





ANUARIO DE DERECHO DE FUNDACIONES  
2010



# ANUARIO DE DERECHO DE FUNDACIONES 2010



Asociación Española de Fundaciones



iustel

1.ª edición, 2010

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.

© 2010, by Santiago Muñoz Machado y otros  
Iustel  
Portal Derecho, S. A.  
www.iustel.com  
Princesa, 29. 28008 Madrid  
ISSN: 2172-6051  
Depósito legal: M. 41.656-2009  
Printed in Spain - Impreso en España  
por Sociedad Anónima de Fotocomposición

## ANUARIO DE DERECHO DE FUNDACIONES

### Consejo de Redacción

SANTIAGO MUÑOZ MACHADO  
JOSÉ LUIS PIÑAR MAÑAS  
(Directores)

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  
ALICIA REAL PÉREZ  
ENRIQUE RÚA ALONSO  
TERESA SANJURJO GONZÁLEZ  
ÁLVARO VILLAGRÁN Y DE VILLOTA



## Sumario (\*)

### ESTUDIOS

#### **Empresa y fundación en el ordenamiento jurídico español (la fundación empresaria)**

JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO  
Catedrático de Derecho Mercantil  
Universidad de Valencia

#### **Análisis jurisprudencial y de la doctrina de la DGT de las entidades parcialmente exentas en el Impuesto sobre Sociedades**

ALEJANDRO BLÁZQUEZ LIDOY  
Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario  
Universidad Rey Juan Carlos

#### **La actividad económica de las fundaciones y el código de conducta para la realización de inversiones financieras temporales de las entidades sin ánimo de lucro**

TERESA RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL  
Profesora Titular Interina de Derecho Mercantil  
Universidad Carlos III de Madrid

#### **Las fundaciones sanitarias y sociales de la Administración Pública**

FRANCISCO VILLAR ROJAS  
Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de La Laguna

#### **El papel de las fundaciones en relación con las actividades y bienes culturales**

CONCEPCIÓN BARRERO RODRÍGUEZ  
Catedrática de Derecho Administrativo  
Universidad de Sevilla

#### **Las cuentas anuales y otros documentos obligatorios de información de las fundaciones**

ENRIQUE RÚA ALONSO DE CORRALES  
Profesor de Economía Financiera y Contabilidad  
Universidad CEU San Pablo de Madrid

---

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

**El régimen jurídico del voluntariado social en la Comunidad Autónoma de Extremadura**

VICENTE ÁLVAREZ GARCÍA  
Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Extremadura  
Antiguo Letrado del Tribunal Constitucional

**Entidades privadas e interés general: el papel de las fundaciones**

JOSÉ LUIS PIÑAR MAÑAS  
Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad CEU San Pablo de Madrid

**CRÓNICA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS****Las fundaciones del sector público en Andalucía. En especial, las fundaciones públicas locales en la nueva Ley de Autonomía Local de Andalucía**

MANUEL RODRÍGUEZ PORTUGUÉS  
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Administrativo  
Universidad de Córdoba

**Las fundaciones en Asturias**

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

**El régimen de las fundaciones de Cantabria**

MARCOS GÓMEZ PUENTE  
Profesor Titular de Derecho Administrativo  
Universidad de Cantabria

**Las fundaciones en Castilla y León**

JOSÉ LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ  
Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Valladolid

**El régimen jurídico de las fundaciones en el ordenamiento jurídico catalán 2009-2010: transparencia y buenas prácticas**

JOAQUÍN TORNOS MAS  
Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Barcelona  
MARÍA DEL MAR MARTÍNEZ MARTÍNEZ  
FPI de la Universidad Abad Oliba-CEU

**Derecho de fundaciones en Extremadura**

VICENTE ÁLVAREZ GARCÍA

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de Extremadura

Antiguo Letrado del Tribunal Constitucional

**El derecho de fundaciones en Galicia: los nuevos cambios normativos**

A. JAVIER FERREIRA FERNÁNDEZ

Profesor Titular de Derecho Administrativo

Universidad de Santiago de Compostela

**Las fundaciones en la Comunidad Autónoma de La Rioja**

ANTONIO FANLO LORAS

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de La Rioja

**Las fundaciones en la Comunidad de Madrid. Doctrina de los Tribunales 2009-2010**

JOSÉ LUIS PIÑAR MAÑAS

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad CEU San Pablo de Madrid

ALICIA REAL PÉREZ

Profesora Titular de Derecho Civil

Universidad Complutense de Madrid

**Las fundaciones en la Región de Murcia**

MANUEL FERNÁNDEZ SALMERÓN

Profesor Titular de Derecho Administrativo

Universidad de Murcia

**Las fundaciones en la Comunidad Foral de Navarra**MARTÍN M.<sup>a</sup> RAZQUIN LIZARRAGA

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad Pública de Navarra

**El Derecho de Fundaciones en la Comunidad Autónoma del País Vasco**

EDORTA COBREROS MENDAZONA

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad del País Vasco

**El régimen jurídico de las Fundaciones en la Comunidad Valenciana**

JUAN FRANCISCO MESTRE DELGADO  
Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Valencia

**CRÓNICA DE LA UNIÓN EUROPEA****Crónica de la Unión Europea**

ROSA GALLEGO GARCÍA  
Subdirectora de la Asociación Española de Fundaciones

**RESEÑA DE JURISPRUDENCIA****Jurisprudencia sobre fundaciones**

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

**Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 17 de septiembre de 2009: responsabilidad de patronos frente a terceros**

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

## ESTUDIOS



# Empresa y fundación en el ordenamiento jurídico español (la fundación empresaria) (\*)

José Miguel Embid Irujo

Catedrático de Derecho Mercantil  
Universidad de Valencia

SUMARIO: I. EL VÍNCULO ENTRE FUNDACIÓN Y EMPRESA: UNA RELACIÓN PROBLEMÁTICA PERO LEGÍTIMA (A MODO DE INTRODUCCIÓN).—II. SUPUESTOS DE EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD DE EMPRESA POR LAS FUNDACIONES Y PLANTEAMIENTO DE POLÍTICA LEGISLATIVA PARA SU REGULACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL: 1. *Consideraciones introductorias*. 2. *La fundación-empresa*. 3. *La fundación con empresa*. 4. *La opción de política legislativa para la regulación de las fundaciones que ejercen actividades empresariales en el Derecho español*.—III. LA ARTICULACIÓN DE LOS FINES FUNDACIONALES CON EL EJERCICIO POR LA FUNDACIÓN DE LA ACTIVIDAD DE EMPRESA: 1. *Consideraciones generales*. 2. *El problema en el Derecho español*: A) Precisiones terminológicas previas en punto a la actividad de las fundaciones. B) Fines de la fundación y actividad fundacional: el ejercicio de la empresa mercantil y su relación con las «actividades propias» de la fundación.—IV. EL MARCO NORMATIVO DE LA FUNDACIÓN EMPRESARIA EN EL DERECHO ESPAÑOL: 1. *Una valoración previa: la insuficiencia del régimen legislativo de la fundación empresaria*. 2. *El papel de la autonomía de la voluntad; en especial, respecto de la organización de la fundación empresaria*. 3. *Aspectos de régimen jurídico comunes a la fundación-empresa y a la fundación con empresa*.—V. LA FUNDACIÓN-EMPRESA: 1. *Las notas distintivas de la actividad mercantil desarrollada por la fundación*. 2. *La relación de la actividad de empresa desarrollada por la fundación con sus fines específicos*.—VI. LA FUNDACIÓN CON EMPRESA: 1. *Premisa: el sentido de la tipificación legal de la fundación con empresa*. 2. *Las notas distintivas del supuesto de hecho*: A) Delimitación de las sociedades en las que puede participar la fundación. B) El carácter mayoritario de la participación: a) El significado del término «mayoritario». b) Las posibilidades de acción derivadas de la posición mayoritaria de la fundación en la sociedad participada. C) La formación

---

(\*) Abreviaturas empleadas: ADF, Anuario de Derecho de Fundaciones; AAMN, Anales de la Academia Matritense del Notariado; C. de c., Código de comercio; DN, Derecho de los Negocios; DWiR, Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht; ECFR, European Company and Financial Law Review; Lcoop, Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas; LF, Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones; LMV, Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores; LSA, Ley de Sociedades Anónimas (texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre); LSRL, Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de responsabilidad limitada; PPE, Papeles de Economía Española; RAP, Revista de Administración Pública; RCDI, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario; RdS, Revista de Derecho de Sociedades; RF, Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de competencia estatal; RRM, Reglamento del Registro Mercantil; RVEH, Revista Valenciana de Economía y Hacienda.

de un grupo de sociedades encabezado por la fundación.—VII. CONSIDERACIONES FINALES (\*\*).

### **I. El vínculo entre fundación y empresa: una relación problemática pero legítima (a modo de introducción)**

No se puede decir que el ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones sea una cuestión típica y exclusiva de nuestro tiempo, aunque sea en los últimos años cuando ha adquirido un relieve más significativo. Como es bien sabido, se remontan a finales del siglo XIX, particularmente en Alemania, las primeras noticias sobre la existencia de fundaciones que llevaban a cabo actividades empresariales, sin perjuicio de la promoción de sus fines específicos. Aunque los ejemplos de fundaciones en que cabía apreciar esta singular conjugación de elementos en apariencia incompatibles no alcanzaban una cifra relevante, el supuesto descrito adquirió notoriedad más allá de las fronteras de Alemania, dando lugar desde la segunda mitad del pasado siglo a un intenso debate doctrinal que ha llegado hasta nuestros días. Y es que, como resulta fácil de imaginar, no parece sencillo el propósito de insertar la actividad típica de empresa, orientada por lo común a la maximización del beneficio, en el seno de una persona jurídica, como la fundación, carente de ánimo de lucro. Prescindiendo ahora de los muchos matices que la evolución del Derecho mercantil, y aun del Derecho de fundaciones, permitiría formular en torno a estas ideas <sup>1</sup>, es lo cierto que la actividad de empresa viene circundada por un

---

(\*\*) El presente trabajo se integra en el proyecto de investigación «Actividad de empresa y entidades sin ánimo de lucro» (SEJ 2007-62414), financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia, del que es investigador principal el autor.

En prensa este trabajo, se han promulgado dos importantes normas que han de ser tenidas en cuenta para su debida actualización. Se trata, en primer lugar, del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital; en vigor desde el 1 de septiembre del presente año, su contenido no altera sustancialmente lo afirmado en el trabajo, más allá de los necesarios ajustes en la referencia a los concretos preceptos. En segundo lugar, debe mencionarse el Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros, que ofrece interesantes matices sobre las relaciones entre fundaciones y grupos de empresas, a través de esa especie de contrato de grupo que es el «sistema institucional de protección».

<sup>1</sup> Una confirmación reciente de las mismas se encuentra en la Sentencia de la Audiencia Nacional (sala de lo contencioso-administrativo, sección 7.<sup>a</sup>) de 22 de octubre de 2007, en la que se dice que «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». La lectura cuidadosa del artículo 24 LF, entre otros preceptos del ac-

cúmulo de elementos de naturaleza diversa (financieros, organizativos, contables, entre otros) cuya debida observancia no resulta fácil de cumplir desde la estructura institucional de la fundación, sobre todo si se toma en cuenta su consideración clásica como persona jurídica de base patrimonial. En particular, las circunstancias que dificultan la conciliación de la vida de la empresa con el funcionamiento de la fundación aparecen conectadas con la necesidad, para esta última, de cumplir con el fin que motiva su razón de ser y justifica la atribución de personalidad jurídica<sup>2</sup>; más precisamente, con el peligro de que los objetivos propios de la actividad de empresa, así como su concreta realización, se sobrepongan al cumplimiento del fin, desvirtuándose, de este modo, el sentido institucional de la fundación.

A pesar de estas innegables dificultades, el ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones ha mantenido una llamativa vitalidad a lo largo del tiempo, dentro de unos límites, no obstante, cuantitativamente modestos. El fenómeno merece, con todo, una consideración particular si se tiene en cuenta la ausencia absoluta de tratamiento normativo en los ordenamientos jurídicos más significativos, lo que no ha impedido, por otra parte, la opinión favorable de la mayor parte de la doctrina comparada. Por tal motivo, es importante destacar el reconocimiento legislativo expreso de la realización de actividades empresariales por las fundaciones en el Derecho español. Ya la Ley 30/1994 dio un gran paso en tal sentido, que ha sido confirmado por la vigente Ley 50/2002, cuya disciplina normativa al respecto, ciertamente insuficiente, constituye una aportación de la máxima importancia<sup>3</sup>. Y es que la postura afirmativa del legislador español otorga plena legitimidad jurídica a la figura en estudio<sup>4</sup>, lo que permite, de un lado, privar de fundamento a las objeciones que se

---

tual Derecho de fundaciones español, permitiría relativizar alguna de estas afirmaciones sin demasiada dificultad.

<sup>2</sup> Al respecto, véanse las interesantes consideraciones de J. FERRER I RIBA, «Les finalitats fundacionals: la seva naturalesa, compliment i modificació», en AA.VV., *Les persones jurídiques en Dret Civil de Catalunya: Associacions y Fundacions*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 138 y ss.

<sup>3</sup> Dichas normas han de ser completadas con lo dispuesto en el Reglamento de fundaciones de competencia estatal, aprobado por Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, que, sin perjuicio de mantener y consolidar la orientación de política jurídica contenida en la Ley 50/2002, introduce algunos matices y desarrollos interesantes, que si en ocasiones precisan el sentido de la disciplina legislativa, a veces plantean ciertas dificultades interpretativas (al respecto, véase *infra* III).

<sup>4</sup> Lo que abona la inserción del ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones en la libertad de empresa, reconocida por el artículo 38 de la Constitución (en tal sentido, A. CIDONCHA, *La libertad de empresa*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, p. 224). No opina lo mismo R. LA CASA GARCÍA, «La fundación-empresa», en M. OLIVENCIA, C. FERNÁNDEZ NÓVOA y R. JIMÉNEZ DE PARGA (dirs.), *Tratado de Derecho Mercantil*, XVII, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 77-80.

le pudieran formular, y, de otro, ofrecer un sustento básico a su desarrollo en la práctica <sup>5</sup>. Es verdad, no obstante, que la referida insuficiencia del régimen jurídico sobre las actividades empresariales desarrolladas por las fundaciones podrá suponer, entre nosotros, algunos inconvenientes a la hora de concretar en la práctica su efectivo alcance. Esa posible situación de inseguridad obligará, desde luego, a extremar el cuidado con motivo de la elaboración de los estatutos de la fundación, cuando por el fundador se pretenda someter el ejercicio de una actividad de empresa a la titularidad de una persona jurídica fundacional. Pero, del mismo modo, será precisa idéntica prudencia con motivo de la actuación del Patronato encargado de dirigir el funcionamiento de una fundación que realice actividades empresariales, cualquiera que sea el modo, dentro de los previstos por el Derecho positivo, en que se lleve a cabo. En todo caso, hay aquí un amplio espacio de desarrollo para la autonomía de la voluntad, de tan acusado relieve en la historia reciente del Derecho de fundaciones.

En el presente estudio, nos limitaremos a poner de manifiesto los rasgos distintivos del fenómeno que nos ocupa, exponiendo sus principales líneas de tratamiento en el Derecho español, el cual, no obstante el tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la Ley 50/2002, sigue constituyendo un ejemplo aislado dentro del Derecho comparado de fundaciones <sup>6</sup>. Como es evidente,

---

<sup>5</sup> El interés de la materia no ha traído consigo una gran contribución doctrinal, aunque se pueden citar ya algunas aportaciones monográficas relativamente completas; entre las más recientes, R. LA CASA GARCÍA, «La fundación-empresa», cit., *passim*; M. PÉREZ ESCOLAR, *La actividad económica de las fundaciones. Tensiones legislativas e interés general*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008; 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, pp. 29 y ss.; más sintéticamente, A. SOTILLO MARTÍ, «Artículo 24», en J. OLAVARRÍA (coord.), *Comentarios a la Ley de fundaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 638-661. A pesar de haberse escrito en una situación legislativa y doctrinal muy diferente a la de nuestros días, sigue siendo básica la monografía de U. VALERO AGÚNDEZ, *La fundación como forma de empresa*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1969. Por otra parte, la aportación de la jurisprudencia tampoco es determinante, si bien permite confirmar, como no podía ser de otro modo, la legitimidad de la fundación empresarial; podemos reseñar, en todo caso, la STS de 5 de abril de 2000 (Ref. Iustel: §261490), que reconoce la legitimidad de las actividades empresariales ejercidas por las fundaciones como medio para conseguir su subsistencia a través del ejercicio de actividades económicas adecuadas o al menos no incompatibles con su propio fin fundacional; por tal razón, la mencionada sentencia concluye que dichas actividades empresariales o, más concretamente, los bienes y recursos en que se traducen, son perfectamente embargables. En la misma línea, véase la STS de 9 de julio de 2002 (Ref. Iustel: §331201). Con todo, véase, no obstante, lo indicado *supra* nota 1 a propósito de un fallo jurisprudencial reciente.

<sup>6</sup> Dentro de esa generalizada atonía, representa una excepción, si bien todavía *in itinere*, el proyecto para el establecimiento de una fundación europea que, aun sin carácter oficial, se ha divulgado hace unos pocos años, con el propósito de configurar en el futuro una figura jurídica de fundación propia del Derecho europeo, en la línea de la sociedad anónima europea o la so-

nos encontramos ante una compleja realidad <sup>7</sup> que obliga a manejar, con especial cuidado, los fundamentos del Derecho de fundaciones en su inevitable intersección con el Derecho mercantil, por razón del supuesto de hecho objeto de análisis. En el tratamiento de los diferentes supuestos de ejercicio de actividad empresarial por parte de las fundaciones, corresponderá al jurista la búsqueda de una adecuada composición de los objetivos, no siempre coincidentes de ambos sectores del ordenamiento, en el bien entendido de que será la satisfacción del fin fundacional (de interés general, como es bien sabido, en el Derecho español) el criterio que deba orientar esa nada fácil labor reconstructiva y ordenadora <sup>8</sup>.

---

ciudad cooperativa europea. En dicho proyecto, dividido en una parte estrictamente jurídico-privada y otra de carácter tributario, se reconoce explícitamente en su artículo 6 el ejercicio indirecto de actividades empresariales por la fundación europea, mediante su participación, incluso de control, en sociedades, sin que se admita el ejercicio directo de actividades empresariales por la fundación de modo permanente. Sobre todo ello, véanse las indicaciones de T. VON HIPPEL, M. HABERSACK y F. HANSEN, «Art. 6, 2», en K. HOPT, W. R. WALZ, T. VON HIPPEL y V. THEN (eds.), *The European Foundation*, Gütersloh, Verlag Bertelsmann Stiftung, 2006, pp. 219-236, con numerosas referencias al ordenamiento jurídico de los Estados miembros de la Unión. Para conocer el surgimiento, la evolución y situación actual de la fundación europea es interesante el documento «Nota sobre la evolución hacia un Estatuto de Fundación Europea», publicado en *ADF* 2009, pp. 459-468.

<sup>7</sup> Susceptible de ser contemplada desde otras perspectivas distintas de la jurídica; para una visión económica, específicamente elaborada desde el análisis económico del Derecho, puede verse el trabajo de H. HANSMANN, «The Role of Nonprofit Enterprise», *Yale Law Journal*, n.º 89, 1980, pp. 835 y ss., que, aun refiriéndose, en general, a entidades asociativas y no propiamente a fundaciones, tiene interés a los efectos del presente estudio.

<sup>8</sup> En el presente trabajo sólo vamos a considerar la realización de actividades empresariales por las fundaciones de competencia estatal, tomando como fundamento de nuestro análisis la disciplina contenida en LF y RF. No desconocemos, por ello, la existencia de una abundante normativa sobre fundaciones en las Comunidades Autónomas, que también incide, si bien limitadamente, en dicho problema. En la doctrina se han planteado, con todo, algunas dudas sobre la posibilidad de que las Comunidades Autónomas dispongan de competencia para regular el vínculo entre fundación y actividad empresarial en sus normas sobre fundaciones, sobre la base de la existencia de diversas competencias exclusivas del Estado, como son las relativas a la legislación mercantil (art. 149.1.6.ª CE), a la legislación civil (art. 149.1.8.ª CE) y a las materias concernientes 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 CE). En la doctrina, M. PÉREZ ESCOLAR (*La actividad económica de las fundaciones. Tensiones legislativas e interés general*, cit., p. 28) no ve inconveniente alguno en que las Comunidades Autónomas regulen el problema que ahora nos ocupa. Por su parte, R. LA CASA GARCÍA («La fundación-empresa», cit., pp. 80-88), tras analizar minuciosamente el problema, no formula una solución concluyente. En el trabajo «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. 63-64, nota 43) hemos defendido que la competencia exclusiva del Estado sobre la legislación mercantil impide la regulación del tema que nos ocupa por las Comunidades autónomas, en cuanto que la fundación asume la condi-

## II. Supuestos de ejercicio de la actividad de empresa por las fundaciones y planteamiento de política legislativa para su regulación en el Derecho español

### 1. Consideraciones introductorias

Aun sin recibir, por regla general, una tipificación precisa en los diversos ordenamientos jurídicos, la doctrina y la práctica han perfilado las características básicas de la fundación empresaria alrededor de dos concretos supuestos de hecho: de un lado, el ejercicio directo de la actividad de empresa por la fundación; de otro, el ejercicio indirecto, mediante la participación de la persona jurídica fundacional en sociedades mercantiles que, éstas sí, llevan a cabo de modo inmediato la actividad empresarial. Al primer supuesto se ha solido referir la doctrina con la denominación de «fundación-empresa», en tanto que el segundo suscita muy diversos calificativos, de entre los cuales ha adquirido notoriedad, en los últimos tiempos, la expresión «fundación con empresa»<sup>9</sup>. Antes de describir, someramente, ambos supuestos parece oportuno formular algunas ideas en torno a la pertinencia de la distinción esbozada, cuya razón de ser última se encuentra en la mayor o menor cercanía de la actividad de empresa al fin propio de la fundación, pudiendo hablarse, en ciertos casos, de auténtica integración de aquélla en éste. Con todo, existe en la referida terminología, quizá, un cierto equívoco: en el supuesto de la fundación-empresa cabría imaginar, en principio, una mayor cercanía de la empresa respecto de la fundación, una mayor integración en su razón de ser y en su estructura organizativa, frente a la fundación con empresa, donde esta última aparecería desligada, al menos formalmente, de aquélla. Y ello, sin perjuicio de que, tanto en uno como en otro supuesto, la empresa se limite a jugar el papel de mero proveedor de recursos para el cumplimiento de los fines fundacionales. La posibilidad de que la empresa regida por la fundación tenga un puro carácter donacional es reconocida sin duda por la doctrina, aunque nuestro Derecho

---

ción de empresario. Para contribuir a la solución del debate, resultaría de utilidad contemplar el problema en el marco del régimen jurídico de las asociaciones, que, no obstante la competencia de las Comunidades autónomas, ha sido objeto de tratamiento exclusivo por el legislador estatal. Al respecto, es interesante la consulta de J. J. MARÍN LÓPEZ, [«El patrimonio de las asociaciones», en M. GARRIDO MELERO y J. M.<sup>a</sup> FUGARDO ESTIVILL (coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, I, José María Bosch Editor, Barcelona, 2005, p. 838], para quien el artículo 13.2.º de la Ley 1/2002, Orgánica del Derecho de Asociación, excluye la aplicación de las correspondientes normas autonómicas, acudiendo en tal sentido al artículo 149.1.1.ª CE. Es igualmente interesante la consulta, a este respecto, de R. LA CASA GARCÍA, ob. cit., pp. 86-87.

<sup>9</sup> Críticamente sobre esta denominación, R. LA CASA GARCÍA, «La fundación-empresa», cit., pp. 130-132.

vigente, como tendremos ocasión de señalar, no parece admitirlo respecto de la fundación-empresa.

Con independencia, no obstante, de que la actividad empresarial esté más o menos desligada de los fines de la fundación, es lo cierto que la terminología no debe conducir a engaño: en ambos casos, la fundación es titular jurídico de la empresa, es decir, merece el calificativo de empresario, aunque, sobre todo en el caso de la fundación con empresa, más en un sentido funcional que institucional. En la fundación-empresa, esa titularidad es directa e inmediata, sin interposición de sujeto alguno; en la fundación con empresa, en cambio, nos encontramos ante una titularidad indirecta o mediata, por cuanto la actividad de empresa aparece vinculada formalmente a una sociedad mercantil en la que aquélla participa de modo determinante. Por eso, queda fuera de nuestro propósito el estudio del caso, tan frecuente, de que las fundaciones participen en el capital de diversas sociedades con finalidad puramente inversora y patrimonial. Aquí no cabe hablar, en sentido estricto, de fundación con empresa, sino de una fundación que participa en una sociedad como mero inversor, careciendo, por tanto, de capacidad decisoria sobre el efectivo funcionamiento de la empresa de la que es titular exclusivo la mencionada sociedad <sup>10</sup>.

Por lo demás, y como colofón a este apartado introductorio, conviene indicar que la separación entre fundación-empresa y fundación con empresa (una suerte de *summa divisio* en el tema que nos ocupa) ha de contemplarse con una cierta dosis de relatividad. Es cierto que ambas modalidades se encuentran bien acreditadas tanto en la realidad práctica como en la numerosa doctrina que las estudia; pero la exactitud de su delimitación no debe llevarse hasta el extremo, trazando una línea estricta de separación entre las dos que las

---

<sup>10</sup> Nada tiene que ver con este asunto el fenómeno, tan actual, de la llamada «fundación de empresa», ni que decir tiene auténtica fundación, pero completamente ajena al ejercicio, directo o indirecto, de una actividad mercantil. Como es sabido, este tipo de fundaciones suele responder al propósito de grandes empresas de financiar la realización de actividades de interés general, sirviendo la fundación de instrumento idóneo al efecto. Además de esta finalidad, la fundación de empresa termina siendo un poderoso instrumento de mejora de la «imagen corporativa» de la empresa constituyente y, en tal sentido, puede servir, entre otras finalidades, para canalizar actividades propias de la llamada responsabilidad social corporativa (al respecto, J. M. EMBID IRUJO, «Derecho, mercado y responsabilidad social corporativa», *PPE*, n.º 108, 2006, pp. 63 y ss.), marginando un tanto la esencia propia de la persona jurídica fundacional. El fenómeno de la fundación de empresa ha encontrado un tratamiento jurídico específico en el Derecho francés, gracias a la Ley de 4 de julio de 1990 (cfr. A. SCHLÜTER, *Stiftungsrecht zwischen Privatautonomie und Gemeinwohlbindung. Ein Rechtsvergleich Deutschland, Frankreich, Italien, England und USA*, Beck, München, 2004, pp. 103-105 y bibliografía allí citada; entre nosotros, J. PEDREIRA MENÉNDEZ, *Las actividades empresariales de las fundaciones y su tributación*, Lex Nova, Valladolid, 1999, pp. 288 y ss.).

convierta en categorías incomunicables. Nada parece oponerse, en principio, a que una fundación que ejercite directa e inmediatamente una actividad mercantil (es decir, una fundación-empresa, de acuerdo con la terminología consolidada) pueda, a su vez, participar en el capital de una o varias sociedades mercantiles, incluso de forma mayoritaria, asumiendo, así, un protagonismo indirecto en el ejercicio de otra u otras actividades empresariales (lo que conduciría a su calificación como fundación con empresa)<sup>11</sup>. Que estas últimas estén o no relacionadas con la primera, es una cuestión irrelevante, y la identidad, conexión o indiferencia entre ellas dependerá en exclusiva de los objetivos de la fundación, cuyo papel, en este supuesto, se aproxima al de una entidad holding con actividad empresarial propia.

## 2. La fundación-empresa

El supuesto de la denominada *fundación-empresa* ha sido objeto, tradicionalmente, de amplia atención doctrinal, si bien en nuestros días su relieve en la realidad práctica de las actividades empresariales llevadas a cabo por las fundaciones no parece demasiado significativo. En dicho caso, la fundación, como ya se ha advertido, es titular directa e inmediata de la actividad de empresa, asumiendo, desde el punto de vista del Derecho, las consecuencias patrimoniales derivadas de dicha actividad. Dado que, por imperativo de la propia naturaleza de la fundación, no existen socios o propietarios individuales de la entidad, puede hablarse en este caso de una considerable objetivación o despersonalización de la empresa<sup>12</sup>. La fundación-empresa se convierte, así, en uno de los ejemplos más significativos de la doctrina de la «empresa en sí» (*Unternehmen an sich*), teorizada en Alemania, al hilo de las ideas de Walther Rathenau<sup>13</sup>, en el primer tercio del pasado siglo. Tal cosa supone, como es fácil de imaginar, la ausencia, cuando menos teórica, de individuos directamente ligados por su interés a la actividad empresarial y una orientación necesariamente distinta, más «institucional», si cabe decir, de los órganos que asuman la gestión y dirección de la fundación-empresa<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> En esta línea, R. LA CASA GARCÍA, «La fundación-empresa», cit., p. 132.

<sup>12</sup> En este sentido, J. M.<sup>a</sup> GONDRA, «La estructura jurídica de la empresa (el fenómeno de la empresa desde la perspectiva de la teoría general del Derecho)», *RDM*, n.º 228, 1998, pp. 523 y 525. La objetivación de la gestión de la empresa, como afirma el mismo GONDRA, no sólo se observa en el supuesto de la fundación-empresa sino también en empresas públicas y grandes sociedades anónimas.

<sup>13</sup> Al respecto, F. LAUX, *Die Lehre vom Unternehmen an sich. Walter Rathenau und die aktienrechtliche Diskussion in der Weimarer Republik*, Duncker und Humblot, Berlin, 1998; véase, igualmente, A. RIECHERS, *Das «Unternehmen an sich»*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1996.

<sup>14</sup> Así, expresamente, U. VALERO AGÚNDEZ, *La fundación como forma de empresa*, cit.,

Aunque cabe concebir de modo diverso, desde el punto de vista organizativo, esta identificación estricta y plena entre fundación y empresa, son dos, esencialmente, las maneras en las que puede manifestarse. Por una parte, cabe hablar de la fundación-empresa puramente *dotacional*, en la que la actividad de empresa resulta ajena a los fines de la fundación y constituye, sin más, una fuente de recursos para financiar su realización. En tal caso, el funcionamiento de la empresa regida por la fundación no presenta características diversas de las que resultan habituales en el mercado, por lo que, de hecho, se puede hablar de una práctica equiparación entre la empresa puramente privada, orientada a la obtención del beneficio, y la empresa fundacional<sup>15</sup>. Por otra, hemos de referirnos a la fundación-empresa de carácter *funcional*, en la que la actividad de empresa es requisito necesario para la realización del fin fundacional y constituye, por tanto, una exigencia inexorable del mismo<sup>16</sup>. Ello supone, obligadamente, la coincidencia plena entre forma jurídica y organización interna y, a su vez, importantes consecuencias desde el punto de vista del resultado de la explotación mercantil. En tal caso, la actividad económica de la fundación vendrá orientada por la finalidad de la obtención de ganancias, ya que ésta será el medio indispensable para la conservación de la empresa, en cuanto que la empresa fundacional se ve más obligada que otras a acudir a la autofinanciación como medio de subsistencia<sup>17</sup>. No parece dudoso, en fin, que tanto la fundación empresa dotacional como la funcional merezcan, en cuanto titulares inmediatos de la actividad mercantil, el calificativo de empresario, con la aplicación a ambas modalidades de fundación-empresa de las circunstancias propias de tal *status*<sup>18</sup>. Y, por otra parte, no debe llevarse al extremo la separa-

---

pp. 134-136. Como ha señalado dicho autor (ob. cit., p. 128), para que la fundación pueda ser considerada forma adecuada para la titularidad de una empresa es preciso «que la conexión entre fundación y empresa responda a una exigencia institucional de aquélla. La razón de este requisito está en que la forma jurídica de la empresa no sólo implica la creación de un sujeto jurídico de la actividad económica, sino, además, la creación de una organización adecuada para el ejercicio de dicha actividad. Y esta organización sólo se da en aquellas fundaciones a las que el fundador ha asignado la función de desarrollar una actividad de empresa».

<sup>15</sup> En este sentido, U. VALERO AGÚNDEZ, *La fundación como forma de empresa*, cit. p. 140. Tal vez por esta razón, algunos autores, críticos con la idea de la fundación-empresa en sí misma considerada, terminan admitiendo la configuración puramente dotacional (así, por ejemplo, D. REUTER, «Rechtsprobleme Unternehmensbezogener Stiftungen», *DWiR*, 1991, p. 196).

<sup>16</sup> Con detalle, U. VALERO AGÚNDEZ, *La fundación como forma de empresa*, cit., pp. 139 y ss. Sobre estas cuestiones, en el marco de la vigente legislación estatal de fundaciones, véase M. PÉREZ ESCOLAR, *La actividad económica de las fundaciones. Tensiones legislativas e interés general*, cit., pp. 87 y ss.

<sup>17</sup> En este sentido, U. VALERO AGÚNDEZ, *La fundación como forma de empresa*, cit., p. 141.

<sup>18</sup> Aunque la distinción esbozada en el texto goza de un considerable refrendo doctrinal (véase, por muchos, y a propósito de las Cajas de Ahorros, M. ARAGÓN REYES, R. GARCÍA VILLAVERDE y J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *El régimen jurídico de las Cajas de Ahorros*, Madrid, 1991,

ción entre ambas modalidades de fundación-empresa, ya que en los supuestos conocidos de la práctica se aprecia una cierta mixtura entre sus características<sup>19</sup>, lo que conduce a calificarlas más como tipos ideales que como supuestos realmente existentes.

### 3. *La fundación con empresa*

Al lado de la fundación-empresa, encontramos a la denominada, sobre todo en los últimos tiempos, *fundación con empresa*. Se trata de un modelo<sup>20</sup> que supera la identificación estricta y plena entre fundación y empresa que acabamos de observar en el supuesto anterior. De este modo, la fundación con empresa supone la separación formal entre la persona jurídica fundacional y la estructura material de la empresa; tal cosa se hace posible por la participación de la fundación en el capital de una sociedad, por lo común de naturaleza mercantil. A través de este expediente, puede permanecer la fundación formalmente ajena a las vicisitudes de la actividad empresarial, cuyas consecuencias se producirán, en principio, en el ámbito exclusivo de la sociedad mercantil participada que disfruta, como es bien sabido, de personalidad jurídica propia. En la práctica es muy frecuente encontrar supuestos de participación de fundaciones en el capital de sociedades mercantiles<sup>21</sup>; pero, como es sabido, no toda participación ha de conducir, inevitablemente, a calificar el supuesto como de fundación con empresa. En este sentido, la necesidad de allegar fondos para integrar y aumentar el patrimonio de la fundación, facilitando, así, el cumplimiento de sus fines, requiere en nuestro tiempo diversificar las fuentes de obtención de ingresos y atender, sobre todo, a las que faciliten un rendi-

---

pp. 120-122), lo cierto es que las dos modalidades de fundación-empresa descritas corresponden, más bien, a tipos ideales antes que a supuestos verdaderamente existentes en la realidad económica. Más común es encontrar figuras intermedias que, de manera variable, integran aspectos propios de las categorías reseñadas. El ejemplo de las Cajas de Ahorros en España ilustra bien esta dificultad de adscribir con plenitud a las fundaciones-empresa realmente existentes a una de las dos; por tal razón, es habitual en la doctrina atribuirle el calificativo de fundación-empresa de tipo mixto [en este sentido, entre otros, R. GARCÍA VILLAVARDE, voz «Caja de Ahorros (Derecho Mercantil)», *Enciclopedia Jurídica Básica*, I, Civitas, Madrid, 1995, p. 869, y A. CASARES MARCOS, «La naturaleza fundacional de las Cajas de Ahorros y la emisión de cuotas participativas», *RAJ* n.º 166, 2005, p. 60; últimamente, sobre la naturaleza fundacional de las Cajas de Ahorros, R. LA CASA GARCÍA, «La fundación-empresa», pp. 253 y ss.]

<sup>19</sup> Así, por muchos, U. VALERO AGÚNDEZ, *La fundación como forma de empresa*, cit., p. 124.

<sup>20</sup> Al respecto, J. PEDREIRA MENÉNDEZ, *Las actividades empresariales*, cit., pp. 288 y ss; críticamente sobre esta denominación, M. PÉREZ ESCOLAR, *La actividad económica de las fundaciones. Tensiones legislativas e interés general*, cit., pp. 43-44.

<sup>21</sup> Las sociedades (y no sólo mercantiles) no son las únicas entidades en las que puede participar una fundación; para más detalles sobre este asunto, incluyendo figuras carentes de personalidad jurídica, R. LA CASA GARCÍA, «La fundación-empresa», cit., pp. 203-210.

miento monetario relevante. Por ello, a los efectos que nos ocupan, interesa considerar únicamente la participación en sociedades con un carácter duradero y con finalidad de control, materia que puede dar paso a la compleja temática de los grupos de empresas, en cuyo caso la expresada separación jurídica entre fundación y sociedad no podrá mantenerse en sus términos más estrictos. Sólo en este marco de relaciones de participación cabe hablar, con propiedad, de fundación con empresa, siendo posible, entonces, la atribución a la fundación del calificativo de empresario, quizá con un sentido más funcional que institucional.

#### **4. *La opción de política legislativa para la regulación de la fundación empresaria en el Derecho español***

A la hora de regular los supuestos de fundaciones que llevan a cabo actividades empresariales, son posibles, ciertamente, muy diversas opciones de política legislativa. En el curso del presente trabajo, analizaremos con cierto detalle el planteamiento del legislador español que parte, aun sin mencionarlas de manera precisa, de las dos modalidades que acabamos de describir. Como tendremos ocasión de señalar <sup>22</sup>, el tratamiento de ambas no es equivalente en lo que se refiere, específicamente, al ámbito de libertad del que disponen a la hora de afrontar el ejercicio concreto de las actividades empresariales. Siendo significativos estos dos criterios como expresión de una opción particular del legislador español, quizá convenga en este momento reparar en la particular ubicación normativa asignada al régimen jurídico de la fundación empresaria. Se trata de un asunto indudablemente perteneciente al terreno de la política legislativa que, sin embargo, no ha recibido atención doctrinal, tal vez por haberse asumido, de manera acrítica, la decisión del legislador de situar dicho régimen, tanto en la ley vigente como en su predecesora, en el ámbito regulador de las fundaciones.

Y es que, en realidad, la opción de nuestro legislador no era la única posible o, al menos, no de manera exclusiva. Teniendo en cuenta que las fundaciones que realizan actividades empresariales, directa o indirectamente, merecen la calificación de empresarios <sup>23</sup>, hubiera podido concretarse alguna vertiente

---

<sup>22</sup> Véase *infra* III, 2, B).

<sup>23</sup> Al respecto, R. LA CASA GARCÍA, «La fundación-empresa», pp. 159 y ss., quien, no obstante, considera ajena a este calificativo a lo que aquí denominamos «fundación con empresa» (pp. 184-185), porque, en tal caso, la actividad mercantil no se ejercita en nombre propio. Sin perjuicio de que este planteamiento pueda ser acertado, como criterio general, si se parte de un entendimiento laxo del ejercicio indirecto de actividades empresariales por las fundaciones,

de su régimen jurídico en el específico sector del Derecho mercantil. A favor de este planteamiento, carente, en la actualidad —como es obvio— de trascendencia práctica, habrían podido militar varias razones. En primer lugar, la notoria sensibilidad hacia la figura de la fundación empresaria por parte de la doctrina mercantilista, que de manera casi unánime y desde hace cierto tiempo, se ha manifestado favorable a su inclusión en el repertorio de formas jurídicas idóneas para la organización de la actividad de empresa<sup>24</sup>. En segundo lugar, hay que aludir, más recientemente, a la perceptible influencia que algunas ramas del Derecho mercantil, como el Derecho de sociedades, han ejercido sobre la legislación de fundaciones. De ella hay numerosas pruebas en la Ley 50/2002, a pesar de las innegables diferencias que, en cuanto personas jurídicas, cabe apreciar entre fundación y sociedad<sup>25</sup>. Por último, y de modo genérico, no debe ignorarse que las fundaciones, y no sólo las que ahora nos ocupan, asumen en nuestros días un papel activo en la realidad económica y social, superando la visión tradicional que las veía como simples formas organizativas de un patrimonio, para convertirse en auténticos operadores económicos en el mercado<sup>26</sup>.

A pesar de la consistencia de estos argumentos, la opción favorable a la legislación de fundaciones se ha consolidado entre nosotros sin mayores inconvenientes. No cabe ignorar, con todo, que la posibilidad de que la fundación empresaria mereciera un tratamiento, desde luego parcial, en el ámbito del Derecho mercantil, hubiera traído consigo dificultades considerables para su realización, ya que habría supuesto, en principio, la reforma de textos legales, como el Código de comercio, de no fácil modificación por diversas razones. En realidad, con la opción favorable a la legislación de fundaciones, lo que se ha querido acentuar, en apariencia, no es propiamente el perfil empresarial —cabría decir— de las fundaciones que nos ocupan, sino, más bien, el carácter netamente fundacional de las figuras reguladas y, por ello mismo, su plena adecuación a los principios caracterizadores de nuestro Derecho de fundaciones, como es, con particular relieve, el servir con su constitución a un fin de interés

---

no resulta tan convincente cuando, como parece, a nuestro juicio, más fundado, se restringe dicha situación a los casos en que las fundaciones tengan poder de decisión sobre el funcionamiento y actividad concretos de la sociedad participada. Véase con más detalle *infra* VI.

<sup>24</sup> Por muchos, véase F. SÁNCHEZ CALERO y J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Instituciones de Derecho Mercantil*, I, 32.ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 111.

<sup>25</sup> Sobre esta cuestión, 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. 79 y ss.

<sup>26</sup> Al respecto, A. BERCOVITZ, *Apuntes de Derecho Mercantil*, 9.ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 132 y ss.

general<sup>27</sup>. Esa adecuación, además, se produce sin ningún matiz, pues las dos modalidades de fundación empresaria que acabamos de describir carecen de rasgos distintivos relevantes, en cuanto a su régimen jurídico, respecto de las fundaciones que no lleven a cabo actividades empresariales. El hecho de que el legislador, tanto en la LF como en el RF, incluya su tratamiento en los capítulos respectivos dedicados a la actividad de la fundación, al lado de otras cuestiones aplicables a todas las fundaciones con independencia de si intervienen o no en la vida mercantil, permite confirmar lo que antecede.

De este modo, el ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones, cualquiera que sea su configuración institucional, se concibe en nuestro Derecho, sobre todo, como un elemento más, singular, si se quiere, de la vertiente externa de dichas personas jurídicas, sin influjo aparente en su ordenación interna, a salvo, claro está, de las necesarias referencias en los casos pertinentes. No es seguro, sin embargo, que este planteamiento de política legislativa sea enteramente correcto, a pesar de que, quizá, tenga la ventaja de su más fácil realización normativa; parece, en todo caso, que es el resultado de una primera y limitada aproximación al tema que nos ocupa, necesitada de un mayor detalle a partir del momento, en particular, en que los diversos supuestos institucionales de fundación con actividad mercantil alcancen un mayor desarrollo práctico. Y es que, en resumidas cuentas, de este modo terminan quedando en el aire numerosas cuestiones derivadas de la inevitable conexión de la fundación empresaria con el Derecho mercantil, como puede ser, por ejemplo, la posibilidad de su inscripción en el Registro mercantil<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Últimamente sobre este decisivo asunto, J. CAFFARENA, «Las fundaciones: fines de interés general, beneficiarios y cláusulas de reversión», *ADF* 2009, pp. 30 y ss.

<sup>28</sup> Como es sabido, la fundación empresaria no figura expresamente mencionada como sujeto inscribible en el Registro mercantil, pudiéndose defender, quizá, su inscripción potestativa al modo de los empresarios individuales, como, en su día, ya propuso U. VALERO AGÚNDEZ (*La fundación como forma de empresa*, cit., pp. 348-350; véanse, no obstante, los matices del autor en p. 120, nota 85); más recientemente, R. LA CASA GARCÍA («La fundación-empresa», cit., pp. 164-165), quien, tras reconocer la dificultad de hacer viable la inscripción de la fundación empresaria, reconoce los inconvenientes que su omisión puede suponer para la realización de su actividad mercantil. Conviene tener en cuenta, no obstante, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de octubre de 2007 (JUR 2007/334786) que declara no procedente la inscripción de una fundación en un Registro, como el mercantil, que tiene por objeto la inscripción de empresas (sobre la misma, véase *supra* nota 1).

### III. La articulación de los fines fundacionales con el ejercicio por la fundación de la actividad de empresa

#### 1. *Consideraciones generales*

En apartados anteriores, hemos advertido que la actividad empresarial de la que sea titular la fundación —en cualquiera de sus modalidades— puede estar más o menos integrada en el esquema organizativo y jurídico de esta última y, del mismo modo, puede estar más o menos conectada con sus fines específicos. Siendo necesaria la articulación entre estos últimos y los propios objetivos e intereses de la empresa desarrollada por la fundación, resulta claro, como principio organizador básico, que, ya nos encontremos en presencia de una fundación-empresa, ya se trate de una fundación con empresa, el fin de la fundación ha de realizarse de manera necesaria sin que pueda oponerse a ello el interés específico que pueda caracterizar a la actividad empresarial desenvuelta. Es lo cierto, sin embargo, que las características propias de ambos supuestos, y de sus concretas formas de ordenación, obligan a matizar la señalada articulación de intereses.

Así, cuando la actividad de empresa resulte ser una exigencia institucional de la propia fundación, lo que sucede, esencialmente, en la fundación con empresa de tipo funcional, no sólo aquella estará vinculada con los fines fundacionales, sino que aparecerá inserta en la realidad organizativa de la fundación en cuanto instrumento idóneo para la consecución de los fines de interés general que el ordenamiento le impone. Cuando nos encontremos, en cambio, ante el supuesto de una fundación-empresa de tipo dotacional o de una fundación con empresa, se nos hará patente una llamativa desconexión entre el fin de la fundación y la actividad de empresa, en cuanto que esta última no constituye, en modo alguno, un requisito institucional de aquélla. En tales casos, resulta bien posible ver con mayor independencia el interés de la empresa fundacional respecto de los fines propios de la fundación, llegando a situarse casi como una realidad dotada de una considerable autonomía en los supuestos, organizativamente muy complejos, de grupos de sociedades encabezados por una fundación.

Las circunstancias que venimos considerando permiten poner de manifiesto, por otro lado, el diferente papel que puede corresponder al fundador desde el punto de vista de la constitución de una fundación titular de una actividad empresarial. Si la libertad del fundador está, desde luego, en la base del Derecho de fundaciones<sup>29</sup>, como motor del mismo, no parece posible desconocer

---

<sup>29</sup> No en balde, el artículo 2.2.º LF señala que «las fundaciones se rigen por la voluntad

que la realización de la concreta actividad mercantil por la fundación, ya constituida, puede obligar, por sus propios imperativos, a que sea ésta, mediante los acuerdos de los órganos competentes —sobre todo, del Patronato— quien determine los pasos concretos a dar en cada caso. Cuando la actividad de empresa resulte ser una exigencia institucional de la propia fundación, por su estrecha conexión con sus fines específicos, el papel del fundador se prolongará, sin duda, más allá del acto de creación de la persona jurídica, condicionando en buena medida su concreta realización. Cuando, en cambio, la actividad mercantil aparezca desligada de los fines fundacionales, asumiendo un papel esencialmente dotacional, parece lógico que al designio originario del fundador se añadan, en llamativa continuidad, los acuerdos del Patronato que serán, en definitiva, quienes terminarán marcando la línea de desarrollo de la misma<sup>30</sup>. Y ello con independencia de que el propio fundador disponga de medios idóneos para influir en las decisiones del Patronato<sup>31</sup>.

Estas afirmaciones, cuya verosimilitud, no obstante, ha de pasar la prueba de su adecuación a cada ordenamiento jurídico<sup>32</sup>, pueden, a nuestro juicio, ser

---

del fundador, por sus Estatutos y, en todo caso, por la Ley»; sobre este aspecto, en el marco general de los conceptos básicos de la fundación en la Ley 50/2002, véase J. GARCÍA ANDRADE, «Objeto y alcance de la ley de fundaciones. Concepto de la fundación. Fines y beneficiarios. Aplicación de la ley y fundaciones especiales», en 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, pp. 44 y ss. Con todo, el entendimiento de la fundación como institución heterónoma, sólo derivada de la voluntad del fundador (véase, desde la perspectiva de la fundación empresaria, U. VALERO AGÚNDEZ, *La fundación como forma de empresa*, cit., pp. 194-196) ha experimentado una significativa matización con el paso del tiempo, de la que es un notable exponente, en particular, el Derecho español de fundaciones, objeto de nuestro análisis. Es más, ni el relevante papel del fundador, en el diseño de la fundación, ni la intervención continua del Protectorado, con finalidad supervisora de su funcionamiento, impiden advertir la mayor autonomía que adquiere nuestra figura en el marco de la legislación vigente, siempre enmarcada en el necesario cumplimiento de fines de interés general.

<sup>30</sup> Estas consideraciones parecen, sobre todo, pertinentes en el caso de la fundación con empresa y, en particular, cuando la fundación se encuentre a la cabeza de un auténtico grupo de empresas. La formulación de los correspondientes planes estratégicos, las decisiones sobre mantenimiento o cesión de participación en sociedades, etc., son decisiones que, sin perjuicio del respeto a los fines fundacionales y la voluntad del fundador, requieren una dirección autónoma, necesariamente residenciada en el Patronato, sin perjuicio de la posible concurrencia de otros órganos (véase *infra* IV, 2).

<sup>31</sup> A este respecto, fuera de nuestras fronteras, es útil la consulta de S. KELLER, *Die Möglichkeiten der Einflussnahme des Stifters im Privatstiftungsrecht*, Wien, Manz, 2006, que analiza el problema en el marco de la «fundación privada», figura característica del reciente Derecho austriaco de fundaciones.

<sup>32</sup> Por ejemplo, en el Derecho español, como se comprobará más adelante, el legislador parece reconocer solamente a la fundación-empresa de tipo funcional, al exigir que la activi-

resumidas de una forma gráfica, mediante las siguientes proposiciones: cuando la actividad de empresa sea una exigencia institucional de la propia fundación —como en el caso de la fundación-empresa de tipo funcional— bien podrá decirse que hay «más fundación que empresa», en el sentido de la inevitable influencia de esta última por los fines de la primera que, directamente condicionados por la voluntad del fundador, inspirarán e informarán la actividad mercantil; cuando, en cambio, la actividad de empresa no sea una exigencia institucional de la fundación —lo que sucede en el caso de la fundación-empresa dotacional y en el de la fundación con empresa—, la desvinculación entre los fines de la fundación y la actividad de empresa permitirá afirmar que hay «tanta fundación como empresa», viviendo sus respectivos fines e intereses trayectorias sustancialmente autónomas que, sin embargo, podrán entrecruzarse en momentos de especial dificultad económica<sup>33</sup>. La voluntad del fundador encontrará, en este caso, el mejor elemento de continuidad en la articulación de un Patronato que asuma, desde la cercanía a la actividad mercantil, la competencia decisiva para orientar y dirigir el funcionamiento de la empresa.

## 2. *El problema en el Derecho español*

### A) *Precisiones terminológicas previas en punto a la actividad de las fundaciones*

Aun sin nombrarlos precisamente, el legislador español, ya desde la Ley 30/1994, ha contemplado las dos modalidades institucionales de ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones que venimos considerando: la fundación-empresa y la fundación con empresa. Tanto aquella ley<sup>34</sup> como la

---

dad mercantil esté vinculada, de forma más o menos intensa, con los fines fundacionales; otra opinión parece sostener R. LA CASA GARCÍA, «La fundación-empresa», cit., pp. 147-149.

<sup>33</sup> No consideramos posible una tercera posibilidad, a saber, que hubiera «más empresa que fundación», al menos en el terreno de los principios y, sobre todo, en aquellos ordenamientos jurídicos, como el español, en los que la fundación ha de perseguir un fin de interés general. La inferioridad de su condición frente al interés de la empresa haría, en buena lógica, imposible su consecución.

<sup>34</sup> Sin perjuicio de que, según numerosas opiniones, el ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones resultaba posible con tal de que se cumplieran los requisitos conceptuales señalados en el artículo 1 de la Ley 30/1994 (así, por ejemplo, J. L. PIÑAR MAÑAS, «Artículos 1 y 2», en *Comentarios a la Ley de fundaciones y de incentivos fiscales*, I, Escuela Libre Editorial-Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 3 y ss.), este texto legal daba pistas más seguras sobre la licitud de aquel propósito. En efecto, ya la exposición de motivos, en su apartado V, afirmaba la posibilidad de que las fundaciones ejercieran «directa o indirectamente actividades mercantiles o industriales». Más adelante, el artículo 22, bajo la rúbrica «actividades mercantiles e industriales» contemplaba lo que venimos denominando «fundación con empresa», merced a la regulación de la participación de las fundaciones en el capital de «sociedades no personalistas». Por último, el artículo 23.6.º imponía la aplicación de las reglas de contabilidad del Código de

vigente parten —según hemos tenido oportunidad de señalar— de una terminología poco precisa y de una discutible ubicación sistemática del asunto. Prolongando este planteamiento, aunque con mayor empeño regulatorio, la Ley 50/2002 encuadra el problema que nos ocupa bajo la rúbrica «actividades económicas» (art. 24 LF), tan genérica como inexacta. Como es evidente, todas las fundaciones realizan, en mayor o menor medida, actividades económicas sin por ello involucrarse de manera efectiva en la realidad empresarial. Hubiera sido preferible, y desde luego mucho más clarificador de las auténticas intenciones de nuestro legislador, rotular el precepto correspondiente con la fórmula «actividades empresariales» o «actividades mercantiles».

A fin de salvar, en apariencia, esta imprecisión se ha dictado con posterioridad el artículo 23 RF, que utiliza expresamente la denominación de «actividades mercantiles» para describir el comportamiento empresarial de una fundación en el mercado <sup>35</sup>, considerándola, a la vez, como una modalidad más de las actividades <sup>36</sup> que puede desarrollar lícitamente dicha persona jurídica; así,

---

comercio a las fundaciones cuando realizaran directamente actividades mercantiles o industriales». Obsérvese que, según este último precepto, sólo el ejercicio directo por la fundación de la actividad de empresa implicaría la llevanza de la contabilidad conforme a las normas que regulan el estatuto del empresario en Derecho español, con lo que habría de presumirse dicha condición en la fundación. Por el contrario, la contabilidad de una fundación que participase mayoritariamente en el capital de una sociedad mercantil no debería ser llevada conforme a las reglas del Código de comercio. Se trataba, en nuestro criterio, de una opción discutible por parte del legislador. En todo caso, de la breve exposición efectuada, cabe deducir, sin demasiadas dudas, que tanto la fundación-empresa, en cuanto titular directo e inmediato de una actividad empresarial, como la fundación con empresa, mediante su participación en sociedades no personalistas, eran contempladas y admitidas por la Ley 30/1994.

<sup>35</sup> Conviene recordar que ya la Ley 30/1994 utilizaba una expresión similar, si bien dentro de la fórmula, más amplia, de «actividades mercantiles e industriales».

<sup>36</sup> La continua referencia normativa al término «actividades», en punto al tema que nos ocupa, obliga a efectuar alguna precisión sobre el mismo. Situados en el marco de la teoría jurídica de la empresa, quizá resulte innecesario decir que el plural utilizado por las normas no debe confundir en torno a su significado exacto. No se trata de «actos», es decir, de comportamientos individualizados ajenos a un propósito organizador de la vertiente profesional de un determinado sujeto, sino de «actividad», o sea, de un designio sistemático en torno a dicha vertiente profesional que se traduce, por razón de la organización, en una serie continua y repetida de actos concretos (al respecto, siguen siendo esclarecedoras las reflexiones de T. ASCARELLI, *Lezioni di Diritto commerciale. Introduzione*, 2.<sup>a</sup> ed., Giuffrè, Milano, 1956, pp. 102-108, entre otras). Sólo en este sentido, como se sabe, cabe hablar de empresa y, lógicamente, de actividad de empresa (al respecto, J. M.<sup>a</sup> GONDRA, «La estructura jurídica de la empresa», cit., pp. 528 y ss.). Por otro lado, el hecho de que las normas utilicen habitualmente el plural («actividades») parece permitir la titularidad simultánea no sólo de una sino de varias empresas por parte de la fundación. Ello supone, por ejemplo, que una fundación-empresa pueda ser titular directa e inmediata de distintas actividades empresariales, siempre que se respeten las reglas vigentes y, fundamentalmente, que dichas empresas guarden alguna relación con los fines fundacionales

dentro de su capítulo V («Actividad de la fundación y gestión económica»), el precepto reseñado distingue dos grandes actividades de las fundaciones: las que denomina «propias», esto es, las que se realizan 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» (art. 23.1.º RF), y las que denomina «mercantiles», las cuales se pueden llevar a cabo por la fundación directa o indirectamente, y en ambos casos parecen requerir la finalidad de obtener lucro <sup>37</sup>.

A la vista de lo expuesto conviene decir que el RF, quizá yendo más allá de lo que correspondería a un texto normativo de su naturaleza, ha intentado establecer un cierto orden terminológico y sistemático en el tema que nos ocupa, propósito mercedor, en principio, de una valoración positiva <sup>38</sup>. Ello se pone de manifiesto, por un lado, en el hecho de emplear un calificativo más exacto para describir las actividades no propias que las fundaciones pueden realizar en el mercado, y al agrupar, por otro, las dos modalidades —que el RF,

---

(art. 23.2.º RF). Por su parte, una fundación con empresa puede, igualmente, resultar titular de diversas actividades empresariales, si bien en este caso, como sabemos, no se requiere, en principio, que estén relacionadas con sus fines. En dicho supuesto quizá resulte más hacedera la titularidad simultánea de varias empresas, puesto que en la fundación-empresa se hará sin duda más compleja la gestión empresarial y la propia organización fundacional. En todo caso, no entramos ahora en los diversos problemas que este asunto pueda plantear, y simplemente nos limitamos a apuntar su aparente licitud en el marco del vigente Derecho español de fundaciones.

<sup>37</sup> Críticamente sobre este planteamiento del RF, R. LA CASA GARCÍA, «La fundación-empresa», cit., p. 147. Con todo, la idea de ánimo de lucro o, mejor, de su ausencia en las fundaciones, como característica general de las mismas, ha recibido un matiz interesante en la STS (sala 1.ª) de 2 de julio de 2008 (Ref. Iustel: §282966), conforme a la cual a la hora de fijar la indemnización favorable a una fundación por incumplimiento de contrato debe incluirse no sólo la pérdida sufrida sino también el lucro cesante o ganancia dejada de percibir, sin que este último pueda confundirse con el ánimo de lucro ni dar lugar a un enriquecimiento injusto por parte de la fundación.

<sup>38</sup> Con alguna excepción llamativa, puesto que el artículo 29 RF («cuentas consolidadas») vuelve a referirse, en su párrafo primero, a «las fundaciones que realicen actividades económicas», recordando la terminología del artículo 24.1.º LF. No hace falta decir que la expresión «actividades económicas» es equivalente a la de «actividades mercantiles», desde luego por razones de coherencia del propio RF y, más específicamente, por el contenido de su artículo 29, que ahora nos ocupa, en donde se contempla la aplicación del régimen sobre consolidación contable del Código de comercio a las fundaciones que se encuentren en alguno de los supuestos previstos en los artículos 42 y 43 del mismo. Alguna leve incongruencia encontramos, también, en la LF, cuya predilección por la fórmula «actividades económicas» se ve desmentida, por ejemplo, en su artículo 25.9.º, *in fine*, precepto en el cual, tras declarar aplicable el régimen contable del C. de c. a las fundaciones que «realicen actividades económicas», de acuerdo con lo indicado en el artículo 24 LF, habla en el inciso final de «los distintos elementos patrimoniales afectos a la actividad mercantil».

al igual que la LF, no nombra— de fundación-empresa y fundación con empresa dentro de una misma categoría de fundaciones, caracterizadas por llevar a cabo actividades mercantiles. De la terminología utilizada por el legislador en el RF, también puede deducirse, a nuestro juicio, un cierto carácter secundario o, en todo caso, menos «natural» para las fundaciones, de las actividades mercantiles. El hecho de calificar como «propias» las que no sean «mercantiles» parece revelar nítidamente dicho propósito <sup>39</sup>.

B) *Fines de la fundación y actividad fundacional: el ejercicio de la empresa mercantil y su relación con las «actividades propias» de la fundación*

De la lectura del artículo 23 RF cabe deducir, en apariencia, que son las actividades propias las que pertenecen a la esencia de la fundación y, sin entrar en su contenido —caracterizado negativamente por no ser mercantil—, han de concurrir en la persona jurídica fundacional para que se constituya con regularidad y actúe con eficacia en la esfera jurídica que le incumbe. Toda fundación, también en apariencia, podrá realizar actividades mercantiles, si bien no pertenece a su esencia el llevarlas a cabo, al menos de acuerdo con el significado literal de la terminología reflejada en el RF; habrá en su ejercicio una concreta opción del fundador, a la hora de pensar en el diseño de la persona jurídica, o, en su caso, de la propia fundación, convencidos, en ambos casos, de su conveniencia para que se pueda cumplir de manera plena el fin de la fundación que, resulta necesario recordarlo, ha de ser de interés general. Cabría decir, en resumen, que, en el planteamiento del artículo 23 RF, las actividades propias son necesarias y suficientes para que la fundación se constituya y actúe eficazmente, en tanto que las mercantiles no son, desde luego, necesarias (a salvo, en apariencia, de la fundación-empresa funcional), pero tampoco suficientes, al tener que concurrir, de manera inexorable, al lado de otras actividades, ésas sí auténticamente propias de la fundación.

---

<sup>39</sup> Véase, también, R. LA CASA GARCÍA, «La fundación-empresa», cit., pp. 146-147. A tenor de esta caracterización, podría llegar a pensarse que el RF priva de sentido a la fundación-empresa funcional, al dejar, en apariencia, fuera del núcleo de la fundación (de sus concretos fines, más específicamente) a la actividad de empresa que pudiera desarrollar, concibiendo esta última, también en apariencia, de modo puramente dotacional. En realidad, esta derivación, como otras a las que pueden dar pie tanto la incierta terminología normativa, como la insuficiencia del régimen establecido, no sería acertada; no sólo por razones de jerarquía normativa, sino, sobre todo, por la ineludible necesidad de interpretar, de acuerdo con su teleología, la legislación fundacional en su conjunto, la conclusión extraída es inadecuada, ya que la actividad empresarial en cuestión siempre habrá de tener una conexión con los fines fundacionales de acuerdo con lo establecido en los artículos 24.1.º LF y 23.2.º RF.

No sería obstáculo para esta conclusión el hecho de que el artículo 23.1.º RF comience diciendo que «las fundaciones podrán desarrollar actividades propias y actividades mercantiles», como si la realización de ambas fuera en todo caso voluntad exclusiva del fundador o de la fundación. Y ello se debe, esencialmente, a dos razones; en primer lugar, a que, a renglón seguido, el RF define la actividad propia, según ya sabemos, como «la realizada por la fundación para el cumplimiento de sus fines, sin ánimo de lucro». En segundo lugar, a la delimitación de las actividades mercantiles que lleva a cabo el propio RF. En efecto, el artículo 23.2.º RF señala que «las fundaciones podrán, además, desarrollar directamente actividades mercantiles», dando a entender que estas últimas sí son voluntarias en cuanto que, al parecer, no se llevan a cabo para dar cumplimiento a los fines de la fundación, si bien han de estar relacionadas con ellos, según se deduce del inciso siguiente del mencionado precepto.

Esta relación de las actividades mercantiles con los fines fundacionales parece valer, exclusivamente, para las fundaciones que ejerciten directamente la actividad empresarial, es decir, para la fundación-empresa. Con independencia de si este punto de vista es acertado o no, el señalado condicionamiento de la actividad de empresa, en tal supuesto, es decir, que no toda actividad de empresa pueda ser llevada a cabo directamente por cualquier fundación (empresa), no parece jugar cuando la actividad mercantil se realiza indirectamente, es decir, en el caso de la fundación con empresa. Tal cosa se puede deducir con relativa facilidad, tanto del artículo 24.1.º, *in fine*, LF, como del artículo 23.2.º, *in fine*, RF; obsérvese que, con alguna diferencia de redacción llamativa<sup>40</sup>, ambos textos normativos afirman dicha posibilidad, al señalar que la fundación con empresa podrá llevar a cabo «cualesquiera actividades económicas» (art. 24.1.º LF) o «cualquier actividad mercantil» (art. 23.2.º RF) mediante su

---

<sup>40</sup> Al margen de que la LF hable de «actividades económicas» y el RF de «actividad mercantil», términos que, a nuestro juicio, han de considerarse equivalentes, aquélla indica, al comienzo del precepto comentado, que las fundaciones podrán «intervenir» en las mencionadas actividades (art. 24.1.º *in fine* LF), en tanto que éste señala que las fundaciones podrán «realizar» tales actividades (art. 23.2.º *in fine* RF). La diferencia semántica entre ambas palabras puede no ser irrelevante en el tema que nos ocupa, al apuntar una diferente calificación de la fundación como sujeto participante en la actividad empresarial. Si se interviene en la actividad empresarial, no es seguro que quepa atribuir al sujeto protagonista la calificación de empresario, ya que tal conclusión dependerá de la intensidad y extensión de dicha intervención; si, en cambio, se realiza una actividad empresarial, aunque sea indirectamente, merced a la participación en una sociedad, no resultará difícil afirmar que el sujeto activo merece en tal caso la calificación de empresario en un sentido funcional. Las consecuencias en ambos casos pueden ser muy distintas, como es obvio, y sólo parece posible indicar ahora que el legislador ha terminado de desarrollar con cierta claridad sus ideas en materia de ejercicio, directo o indirecto, de actividades empresariales por las fundaciones en el RF, dando expresión a algunos criterios no del todo nítidos contenidos en la LF.

participación en sociedades. O sea, dicho con otras palabras, no se requiere expresamente que la actividad empresarial esté relacionada con los fines fundacionales para que pueda ser realizada lícitamente por una fundación.

Este diferente planteamiento de política jurídica, aunque pueda encontrar para su justificación buenas razones de índole práctica o de corte tradicional, introduce una aparente diversidad de trato entre las dos modalidades básicas de ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones. Sin perjuicio de que quepa formular diferentes matices, con motivo de la interpretación singular del régimen normativo previsto para cada modalidad, es lo cierto que la inferior libertad en punto a la realización de actividades mercantiles de que disfruta la fundación-empresa frente a la fundación con empresa puede dar lugar a numerosos problemas y es susceptible de restringir, sin el debido fundamento, la utilidad práctica de aquella figura. No es fácil saber la razón de fondo que se puede encontrar en la base de esta diversidad de trato, a la vista de las escasas referencias al respecto que encontramos en la exposición de motivos de la LF. En ella sólo se habla, aunque sin nombrarla, de la fundación-empresa, quizá por entender que la intervención en la vida empresarial por vía de participación en sociedades no constituye, en sentido estricto, un caso de ejercicio de actividad empresarial, propiamente dicha <sup>41</sup>. Este restrictivo punto de vista, que podría deducirse del tenor literal de la LF, ha sido superado por el RF al introducir nuevas y relevantes perspectivas mediante la equiparación entre la fundación-empresa y la fundación con empresa en cuanto a la titularidad de la actividad mercantil, si bien con la relevante diferencia en cuanto a la inmediatez o no de su ejercicio.

---

<sup>41</sup> Véase *infra* IV, 3, nota 53. En otro orden de cosas, es posible, incluso, que el legislador haya intentado dar algunos pasos, sin demasiado convencimiento ni demasiada claridad, hacia el esbozo de una cierta tipología de las fundaciones que realizan actividades empresariales, es decir, a la vez una tipología fundacional y empresarial. Nos faltan elementos para perfilar debidamente el contenido de dicha (presunta) tipología, aunque quizá cupiera entender que la fundación-empresa estaría destinada a empresas muy conectadas a aspiraciones y valoraciones sociales, jurídicas y económicas, trascendentes a la actividad mercantil cotidiana y que, por ello mismo, sólo pueden encontrar expresión organizativa en estructuras jurídicas, como la fundación, destinadas a la realización de fines de interés general. La fundación con empresa, por su parte, aun insertándose en el esquema normativo y valorativo del Derecho de fundaciones, constituiría, en cambio, una figura abierta con mayor intensidad al mundo empresarial, por cuanto se hace posible la realización del propósito del fundador sin una dependencia estricta del fin de la fundación. Aunque quizá pudiera pensarse, no es seguro vincular esta presunta tipología con la diferencia de tamaño de las respectivas fundaciones, considerando que la fundación-empresa estaría conectada a realidades económicas de reducida dimensión, en tanto que la fundación con empresa vendría a ser expresión de iniciativas empresariales de mayor entidad. Con todo, estas ideas no se deducen nítidamente del vigente Derecho de fundaciones, tal y como aparece expresado entre nosotros.

#### IV. El marco normativo de la fundación empresaria en el Derecho español

##### 1. *Una valoración previa: la insuficiencia del régimen legislativo de la fundación empresaria*

A la hora de exponer, con carácter sintético, el régimen jurídico existente en el Derecho español sobre la fundación empresaria, conviene ocuparse, en primer lugar, de las reglas comunes a los dos supuestos institucionales reconocidos en el mismo, para contemplar, seguidamente, los aspectos específicos relativos tanto a la fundación-empresa como a la fundación con empresa. Antes de entrar, no obstante, en el análisis de tales cuestiones, resulta necesario reiterar la evidente insuficiencia de las disposiciones establecidas en nuestro ordenamiento al respecto, seguramente derivada del criterio, ya advertido con anterioridad, de que la fundación empresaria, cualquiera que sea la modalidad de su concreta articulación, no es una categoría especial de dicha persona jurídica, merecedora de un tratamiento normativo particular, sino un ejemplo más de la fundación «ordinaria» regulada por el legislador, cuyo régimen ha de aplicársele sin matizaciones de ningún tipo. No puede ignorarse, por tanto, este criterio legislativo, que, a lo más, podrá ser objeto de crítica desde una perspectiva de *lege ferenda*, difícil de concretar, por otra parte, dada la falta, sobre todo, de una experiencia práctica suficiente entre nosotros.

Aunque este apartado se limitará a la hermenéutica del Derecho vigente, sin asumir el planteamiento de su reconsideración al hilo de criterios alternativos, sí deben señalarse los numerosos inconvenientes que para la fundación empresaria se derivan del punto de vista adoptado por el legislador español. Y es que el hecho de partir de una visión netamente fundacional de dicha figura, sin elementos que la singularicen respecto de la fundación «ordinaria», aun gozando de argumentos a favor, no permite entender la posición que corresponde a la fundación empresaria en el mercado ni contribuye a resolver los numerosos problemas que, como consecuencia de dicho extremo, le afectan, no sólo en sus relaciones con terceros, sino también en su configuración interna. Para superar, al menos en parte, estos inconvenientes, será necesario añadir a la visión netamente fundacional, querida por el legislador, la inexorable perspectiva mercantil, por situarse nuestra figura *también* en este sector del ordenamiento jurídico, algunas de cuyas normas, por diferentes razones, le serán igualmente de aplicación. No se altera, con este criterio, el planteamiento de *lege data*, antes señalado como guía del presente apartado, pues con la precisión anterior no se pretende reconstruir y desarrollar, bajo otros parámetros, el Derecho español de fundaciones en el tema que nos ocupa, sino, meramen-

te, dar curso al criterio implícitamente existente en la disciplina legislativa en vigor <sup>42</sup>.

## 2. *El papel de la autonomía de la voluntad; en especial, respecto de la organización de la fundación empresaria*

Con todo, quizá sea posible extraer de esta compleja situación algunos elementos positivos a través del recurso a la autonomía de la voluntad, cuya importancia tradicional en la realidad de las fundaciones no hace falta subrayar <sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> Un aspecto en el que este planteamiento puede ser fructífero es el de las modificaciones estructurales de la fundación empresaria, cuyo tratamiento en la Ley 50/2002 resulta particularmente insuficiente, al contemplar sólo la fusión (con detalle, J. CAFFARENA, «La fusión de las fundaciones», en S. MUÑOZ MACHADO, M. CRUZ AMORÓS y R. DE LORENZO GARCÍA (dirs.), *Comentarios a las leyes de fundaciones y mecenazgo*, cit., pp. 437 y ss.), marginando otras modalidades de dichas modificaciones como la transformación o la escisión, por ejemplo. Se trata de un sector relevante para los empresarios y, por ello mismo, verosímelmente también para la fundación empresaria, debido a la necesidad de adaptación continua a los requerimientos de un mercado competitivo. La reciente Ley 3/2009, de 3 de marzo, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles [al respecto, F. RODRÍGUEZ ARTIGAS (coord.), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, 2 vols., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2009; R. ANSÓN PEIRONCELY, J. BANACLOCHE y V. GARRIDO DE PALMA, *La Ley 3/2009 de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, así como las aportaciones de A. VEIGA COPO, V. MARTÍ MOYA, I. TIRADO MARTÍ, J. NOVAL PATO, P. RODAS PAREDES y J. MIQUEL RODRÍGUEZ en I. ARROYO, J. M. EMBID y C. GÓRRIZ (coords.), *Comentarios a la Ley de sociedades anónimas*, 2.ª ed., I, Tecnos, Madrid, 2009] ofrece, en tal sentido, un repertorio de soluciones jurídicas susceptible de ser utilizado en el marco de las modificaciones estructurales de las fundaciones. Se da continuidad de este modo a la significativa influencia del Derecho de sociedades en el régimen de las fundaciones. Con todo, la insuficiencia de la disciplina establecida al efecto en la Ley 50/2002 impide el desarrollo seguro de esta vertiente del régimen jurídico de la fundación empresaria, al quedar en el aire algunas cuestiones esenciales. Sin profundizar demasiado en este importante asunto, parece difícil dar cobertura jurídica a las modificaciones estructurales de las fundaciones que carezcan de regulación en su normativa específica, a la vista del principio de tipicidad legislativa que se predica doctrinalmente de la materia que nos ocupa. Por ello, salvo la fusión, resulta sumamente discutible la posibilidad de que sean viables las restantes modificaciones estructurales reguladas en la Ley 3/2009. De otra parte, y en lo que atañe al ámbito subjetivo del problema, da la impresión de que el vigente Derecho de fundaciones contempla únicamente modificaciones estructurales (*rectius*, la fusión) de fundaciones, es decir alteraciones homogéneas, sin posibilidad de inclusión, por tanto, de otras personas jurídicas en el proceso. Se trata de un planteamiento que cabría calificar de tradicional, y que algunos ordenamientos, como el italiano, han reformado de manera relevante, acogiendo las modificaciones heterogéneas, con participación de personas jurídicas de distinta naturaleza, de un lado, y con la posibilidad de que la entidad resultante de la modificación tenga, del mismo modo, naturaleza diferente a la del sujeto o sujetos que la iniciaron [al respecto, A. ZOPPINI/M. MALTONI (coords.), *La nuova disciplina delle associazioni e delle fondazioni. Riforma del Diritto societario ed enti non profit*, Cedam, Padova, 2007].

<sup>43</sup> A este respecto, véase la relevante aportación de U. BURGARD, *Gestaltungsfreiheit im Stif-*

Aunque resulta sin duda necesario estudiar el alcance de su efectivo protagonismo en el vigente Derecho español de fundaciones, parece indudable que el ámbito de la fundación empresaria ha de ser uno de los terrenos en los que la autonomía de la voluntad podrá alcanzar mayor significación. En este sentido, la autonomía de la voluntad puede jugar un papel destacado en el plano organizativo, teniendo en cuenta que, por su propia naturaleza, la fundación empresaria requerirá verosímelmente una estructura orgánica más compleja que la mera presencia de un Patronato. Ello se debe, en lo esencial, a la necesidad de atender a las dos vertientes de actividad de esta fundación: la propiamente fundacional, vinculada a la realización de sus específicos fines, y la de carácter empresarial, necesitada de asumir los criterios distintivos de la gestión mercantil<sup>44</sup>. Por tal motivo, salvo en los casos de perfecta simbiosis entre fundación y actividad de empresa, propia de la fundación-empresa de carácter funcional, resultará lógico contar, al lado del Patronato, con algún órgano añadido al que corresponda, *prima facie*, la tarea inmediata de dirigir la empresa fundacional, sin perjuicio de la existencia de otros posibles modelos, más complejos, de estructura orgánica<sup>45</sup>.

La posibilidad que acabamos de exponer, tradicionalmente considerada respecto de la fundación-empresa de manera exclusiva<sup>46</sup>, no es, sin embargo,

---

*tungsrecht. Zur Einführung korporativer Strukturen bei der Stiftung*, Dr. Otto Schmidt, Köln, 2006, que recurre a ideas e instituciones provenientes de algunos sectores del ordenamiento jurídico, como el Derecho de sociedades, para canalizar el ejercicio de la autonomía de la voluntad en la configuración jurídica de las fundaciones, ejerzan o no actividades empresariales. Sobre la base de dicho planteamiento, dicho autor llega incluso a admitir, entre otras cosas, la plena validez jurídica de una «fundación configurada corporativamente» (*ibidem*, pp. 655 y ss.); críticamente sobre este «uso intensivo» de la autonomía de la voluntad en el Derecho de fundaciones, D. REUTER, «Stiftungsform, Stiftungsstruktur und Stiftungszweck. Zu neueren Thesen über die Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht», *AcP*, n.º 207, 2007, pp. 1 y ss.

<sup>44</sup> En este sentido, U. VALERO AGÚNDEZ, *La fundación como forma de empresa*, cit., p. 354.

<sup>45</sup> Al respecto, véanse las consideraciones de U. VALERO AGÚNDEZ, *La fundación como forma de empresa*, cit., pp. 354-355 y 377, entre otras muchas.

<sup>46</sup> Así se advierte, por ejemplo, en la fundamental obra de U. VALERO AGÚNDEZ, *La fundación como forma de empresa*, repetidamente citada en este trabajo. Con todo, debe evitarse la tendencia de considerar ajena a esta temática a la modalidad que venimos denominando fundación con empresa, como si el hecho de ejercer indirectamente la actividad de empresa mediante su participación en sociedades hiciera superflua toda reflexión relativa a la necesidad de adecuar su estructura orgánica a las necesidades derivadas de la misma. En este sentido, podría pensarse que corresponderá a la sociedad participada la tarea de diseñar la organización pertinente a la actividad empresarial que gestiona directamente. Sin perjuicio de que ese diseño sólo puede concebirse de acuerdo con las preferencias de la fundación participante, no cabe excluir la tentación de alejar a esta última no sólo de la administración directa de la empresa, sino de cualquier medida que suponga alguna implicación inmediata en la misma, al margen, claro está, del necesario ejercicio por ella de un control básico sobre la sociedad participada. Esta interpretación, quizá subyacente a algunas aportaciones recientes al estudio del tema que

la única a la hora de establecer una adecuada estructura orgánica para la fundación que lleva a cabo actividades empresariales. Desde una perspectiva de menor complejidad, cabría mantener el principio tradicional de unidad orgánica en la fundación, delegando ciertas facultades, básicamente ejecutivas, en algún miembro del Patronato, sin perjuicio de la concesión de apoderamientos específicos para la realización de concretas tareas. De este modo, el Patronato mantendría incólume su condición de órgano único de la fundación, viéndose ayudado para el ejercicio cotidiano de sus múltiples actividades por el patrono delegado o por los apoderados que pudieran nombrarse. Pero, a la inversa, cabe imaginar modelos más complejos, sobre todo idóneos para supuestos de fundación-empresa de gran dimensión, en los que llegue a establecerse una auténtica pluralidad orgánica.

En el ámbito que acabamos de señalar, resulta factible disgregar la función de dirección empresarial en diferentes vertientes, de acuerdo con la lógica propia del mundo de la empresa, asignándolas a distintos órganos, investidos cada uno de ellos con las competencias necesarias para el desarrollo de su específica misión. Es posible pensar, así, en dar autonomía organizativa a sectores concretos de la actividad directiva en la empresa como el financiero, el de personal, el de marketing, el de planificación, etc., correspondiendo a la autonomía de la voluntad del fundador y de la fundación no sólo el número y las competencias de los órganos de la fundación, sino también, lo que es más importante, la definición de las relaciones interorgánicas mediante reglas de subordinación o coordinación, según los casos y circunstancias.

En todo caso, conviene decir que el vigente Derecho español admite, con carácter general, las diversas posibilidades reseñadas de organización interna y no sólo respecto de aquellas que ejerciten actividades empresariales. Así, existe expresamente reconocida la facultad de crear órganos distintos del Patronato <sup>47</sup>

---

nos ocupa, no parece congruente con el auténtico significado de la modalidad de fundación empresarial ahora considerada y tiende a separar artificialmente (con la finalidad, tal vez, de salvaguardar el patrimonio de la fundación) la empresa de la propia fundación.

<sup>47</sup> Sobre estas cuestiones, con más detalles, J. M. EMBID IRUJO, «Gobierno de la fundación», en S. MUÑOZ MACHADO, M. CRUZ AMORÓS y R. DE LORENZO GARCÍA (dirs.), *Comentarios a las leyes de fundaciones y mecenazgo*, cit., pp. 231 y ss. La configuración misma del Patronato es susceptible de reflejar con amplitud los particulares criterios del fundador; así se deduce del artículo 15 LF y del RF, que ofrece una suerte de regulación-modelo al efecto, concebida con un mero carácter supletorio, a falta de específica consideración estatutaria; ha de mencionarse, en concreto, el art. 8 RF cuando advierte, a propósito de este tema, que «las disposiciones recogidas en este capítulo se aplicarán en defecto de la regulación contenida en los estatutos, de acuerdo con la ley». Sobre el Patronato, sigue siendo de interés, aun refiriéndose a la Ley 30/1994, el libro de J. R. SALELLES CLIMENT y R. VERDERA SERVER, *El Patronato de la Fundación*, Aranzadi, Cizur Menor, 1997. Respecto del Derecho vigente, véanse, asimismo, los comenta-

mediante la correspondiente mención estatutaria <sup>48</sup>, indicando su composición y las competencias que se pretenda asignarles, siempre que no incidan en las que, por ley, corresponden necesariamente a aquél <sup>49</sup>. Asimismo, la configuración estatutaria de esos posibles órganos habrá de respetar la posición del Patronato como «órgano de gobierno y representación» de la fundación (art. 14.1.º LF; el art. 15.1.º RF habla de «órgano de gobierno y administración») al que corresponde el cumplimiento de los fines fundacionales y la administración de su patrimonio. Lo mismo podemos decir respecto a la delegación de facultades y la concesión de apoderamientos, expresamente contemplados por la legislación vigente (art. 16.4.º LF) <sup>50</sup>.

### 3. Aspectos de régimen jurídico comunes a la fundación-empresa y a la fundación con empresa

A lo largo del presente trabajo se ha afirmado en diversas ocasiones la insuficiencia del régimen jurídico establecido por el legislador español para la fundación empresaria. Al margen de los preceptos dedicados a perfilar, de manera esquemática, la concreta dimensión institucional de la fundación-empresa y de la fundación con empresa, en efecto, las normas comunes a ambas son muy pocas, y, a la vez, de alcance limitado. Prácticamente todas ellas aparecen situadas, tanto en la LF como en el RF, dentro del apartado relativo al funcionamiento de la fundación y, de manera más concreta, en lo que se refiere a la contabilidad y gestión económica <sup>51</sup>. Quizá el precepto más relevante, en tal

---

rios a los preceptos de la LF relativos al Patronato de R. MARIMÓN DURÁ y J. OLAVARRÍA IGLESIA, en J. OLAVARRÍA IGLESIA (COORD.), *Comentarios a la Ley de fundaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 355 y ss.

<sup>48</sup> Sin perjuicio de otras posibilidades menos complejas, desde el punto de vista organizativo, como pueden ser la delegación de facultades o la concesión de apoderamientos (art. 16 LF); cabe, asimismo, que se establezcan en los estatutos nuevos órganos al lado del Patronato y que, a la vez, este último delegue algunas facultades y conceda apoderamientos. Se trata, en todo caso, de una posibilidad abierta, en el Derecho español, a cualquier fundación y no sólo a las que ejerciten actividades empresariales.

<sup>49</sup> Las funciones propias y, por ello mismo, indelegables del Patronato son la aprobación de las cuentas y del plan de actuación, la modificación de los Estatutos, la fusión y la liquidación de la fundación, así como aquellos actos que requieran la autorización del Protectorado (arts. 16.1.º LF y 15.2.º RF). En todo caso, la creación, modificación y supresión de estos órganos distintos del Patronato, así como el nombramiento y cese de sus miembros se inscribirán en el Registro de Fundaciones de competencia estatal (art. 15.3.º RF, que resulta mucho más preciso que el art. 16.4.º LF).

<sup>50</sup> Para mayores detalles, véase 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. 47-48.

<sup>51</sup> Conviene observar a este respecto que la normativa general sobre contabilidad de las

sentido, se encuentre en el artículo 25.9.º LF, cuando declara aplicable a la contabilidad de las fundaciones lo dispuesto en el C. de c., en el caso de que las mismas «realicen actividades económicas»; a continuación se añade que se deberán «formular cuentas consolidadas cuando la fundación se encuentre en cualquiera de los supuestos allí previstos para la sociedad dominante»<sup>52</sup>.

Estas declaraciones, debidamente completadas por la disciplina complementaria del RF<sup>53</sup>, resultan de extraordinario interés, no obstante lo limitado de su formulación. De un lado, y como efecto fundamental, la propia legislación de fundaciones determina la entrada, como elemento regulador esencial de la fundación empresaria, del Derecho mercantil, en lo relativo, precisamente, a un conjunto normativo propio del *status* del empresario, como es la contabilidad. Sin decirlo expresamente y, a la vez, sin distinguir entre las dos modalidades de ejercicio de actividades mercantiles por una fundación, la disciplina legislativa avala su calificación como empresario. Bien miradas las cosas, no parece lógico otro resultado, pues, de lo contrario, resultaría absurda la remisión al régimen de la contabilidad del C. de c. (propio de los empresarios,

---

fundaciones está impregnada de ideas y planteamientos propios de su tratamiento por el Derecho mercantil (véase, por ejemplo, lo que se dispone en diferentes apartados del art. 25 LF, como norma básica sobre el Derecho contable de las fundaciones), del mismo modo que, según hemos advertido con anterioridad, el Derecho de sociedades ha hecho sentir su influencia en el régimen básico de la fundación como persona jurídica existente entre nosotros (véase *supra* II, 4). Este trasvase continuo de normas desde el Derecho mercantil, así como su posterior adaptación al ámbito de las fundaciones, permite confirmar, una vez más, que toda fundación, aunque no realice actividades empresariales, ha de ser vista como un ejemplo de operador económico del mercado, es decir, como un sujeto activo en la vida económica y social sin perjuicio de su necesario servicio a fines de interés general.

<sup>52</sup> Las alusiones a las actividades empresariales o mercantiles, de acuerdo con la terminología preferida por el RF, son frecuentes a lo largo de diferentes preceptos de nuestro Derecho de fundaciones; sin afán de exhaustividad pueden consultarse los siguientes: artículo 25, párrafos 3.º y 4.º LF, y artículos 26.2.º y 30.1.º RF, entre otros.

<sup>53</sup> Antes de la promulgación del RF, hubiera sido posible discutir si la aplicación del Derecho mercantil contable sólo resultaba pertinente para la fundación-empresa y no para la fundación con empresa. El argumento se habría podido deducir del hecho de que el artículo 25.9.º LF ordenaba tal remisión normativa cuando la fundación realizase actividades económicas, teniendo en cuenta que el artículo 24.1.º LF distinguía (y sigue haciéndolo) entre «desarrollar» actividades económicas —supuesto de la fundación-empresa— e «intervenir» en cualesquiera actividades económicas —supuesto de la fundación con empresa—. Esta diferente terminología permitía, sobre la base de la literalidad del precepto, afirmar que en este último caso no cabría, propiamente, titularidad de la actividad empresarial en sentido estricto, con la imposibilidad de calificar como empresario a la fundación con empresa, entre otras consecuencias. Como es sabido, el artículo 23 RF habla, en los dos supuestos, de «realizar» actividades mercantiles, lo que, a nuestro juicio y de acuerdo con una interpretación teleológica conjunta del Derecho de fundaciones (véase *supra* nota 39), permite la aplicación del Derecho mercantil contable en todos los supuestos de fundación empresaria, quedando sin objeto la posible discusión.

no se olvide) precisamente cuando la fundación realice actividades «económicas», palabra esta última —no resulta necesario reiterarlo— que sólo adquiere sentido como equivalente a «empresariales» o, de acuerdo con el RF, «mercantiles».

Pero, de otro lado, el precepto antes transcrito permite superar cualquier duda sobre la legitimidad de los grupos de sociedades encabezados por una fundación<sup>54</sup>. Al imponer la elaboración de cuentas consolidadas a la fundación que se encuentre en cualquiera de los supuestos relativos a la sociedad dominante contemplados en el artículo 42 C. de c., reconoce nuestro Derecho de fundaciones una de las consecuencias jurídicas específicas vinculadas al supuesto de hecho del grupo, sin establecer matización alguna por el hecho de que la entidad obligada a la rendición de cuentas consolidada sea una fundación<sup>55</sup>.

## V. La fundación-empresa

### 1. *Las notas distintivas de la actividad mercantil desarrollada por la fundación*

Ya ha quedado señalada la orientación que inspira a nuestro legislador a la hora de regular la fundación-empresa, conforme a la cual parece admitirse exclusivamente en el Derecho español su variedad funcional. Los preceptos pertinentes, como ya sabemos, son los artículos 24.1.º LF y 23.2.º RF, cumpliendo este último una importante función de desarrollo, aclaración y complemento del primero, sin que, por ello, se haya alterado, a nuestro juicio, la concepción básica de la Ley 50/2002. Lo esencial, y prácticamente lo único, que hace este texto legal es habilitar a las fundaciones para el ejercicio de actividades económicas (mercantiles en la terminología, más exacta, del RF), señalando su necesaria conexión con los fines fundacionales. Qué se entienda

---

<sup>54</sup> Al respecto, aunque centrado en la Ley 30/1994, J. M. EMBID IRUJO, *Introducción al Derecho de los grupos de sociedades*, Comares, Granada, 2003, pp. 179 y ss.

<sup>55</sup> Como complemento a este asunto, véase lo dispuesto por el artículo 29 RF. *A priori*, quizá pueda pensarse que la consolidación contable será pertinente, sobre todo, en supuestos de fundación con empresa y, en particular, cuando, en dicho ámbito, la fundación se constituya en entidad directora de un auténtico grupo de empresas o sociedades. Sin embargo, con ser lo anterior correcto, no resulta extravagante la hipótesis de que una fundación-empresa, en sentido estricto, venga obligada a consolidar cuentas por ser cabecera de un grupo, sin perjuicio de que ella misma realice directamente actividades mercantiles. No ha de pensarse, por tanto, que la fundación-empresa deba contentarse con ser titular directo de una actividad mercantil quedándole vedada, más de hecho que de derecho, la participación en sociedades u otras personas jurídicas.

por actividades mercantiles —cuestión previa, en buena lógica, a su orientación o fin— es algo a lo que la LF no atiende, sirviendo, a tal efecto, la formulación contenida en el RF, tomada, a su vez, del artículo 3.3.º, *in fine*, 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<sup>56</sup>.

En este sentido, el artículo 23.2.º RF afirma que «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». Con esta formulación, no se hace otra cosa que reiterar, con algunos matices no decisivos a nuestro juicio, los elementos caracterizadores de la actividad de empresa desde el punto de vista jurídico-mercantil<sup>57</sup>. Se contempla, de este modo, una actividad económica, organizada, profesional y en nombre propio, notas todas ellas que, por regla general, encontramos de manera prácticamente unánime, en la doctrina especializada. El carácter económico de la actividad está implícito en el calificativo de mercantil con el que se le adorna; el elemento organizativo se contempla a propósito de la referencia a la ordenación de medios de producción y de recursos humanos, sin que sea necesaria la concurrencia de ambos; la idea de la profesionalidad, por su parte, ha de entenderse implícita en la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios.

Finalmente, en cuanto al ejercicio en nombre propio, inherente al hecho de que la fundación desarrolle «directamente» actividades mercantiles, el precepto que comentamos se limita a requerir que la actividad en cuestión se lleve a cabo «por cuenta propia». No ha de entenderse esta última referencia en sentido estricto, como si bastara para que la fundación-empresa mereciera auténticamente tal calificativo que sus resultados económicos terminarían afectándole a ella y sólo a ella, con independencia incluso de que la actividad mercantil no se realizara en su nombre. Para poder imputar las consecuencias patrimoniales de una actividad mercantil a su autor, es decir, para calificar a este sujeto como empresario, resulta precisa la expedición del nombre, lo que

---

<sup>56</sup> La vertiente tributaria, tan relevante en el régimen jurídico general de las fundaciones, no será considerada aquí, al margen de las posibles alusiones que quepa formular desde la perspectiva concreta del ejercicio de las actividades empresariales por dichas personas jurídicas, objeto central de nuestro trabajo. En el marco del vigente Derecho español, el lector interesado en la vertiente tributaria de las fundaciones puede consultar el volumen editado por S. MUÑOZ MACHADO, M. CRUZ AMORÓS y R. DE LORENZO GARCÍA (dirs.), *Comentarios a las leyes de fundaciones y mecenazgo*, cit., pp. 763 y ss. Recientemente, a propósito del IVA, M. CRUZ AMORÓS, «El régimen español del IVA en las Fundaciones», *ADF* 2009, pp. 15 y ss.

<sup>57</sup> Por muchos, véase J. M.ª GONDRA, «La estructura jurídica de la empresa», cit., *passim*.

implica su uso de modo general y permanente respecto de los terceros con los que se vincula por el ejercicio de dicha actividad<sup>58</sup>. Parece obvio que este requisito también debe considerarse contemplado en el marco del artículo 23.2.º RF.

A los caracteres antedichos, añade el precepto en estudio el propósito de obtener lucro, como objetivo finalista de la actividad mercantil desarrollada por la fundación-empresa. Como es sabido, se discute intensamente si el ánimo de lucro es requisito esencial de la actividad de empresa, habiendo importante doctrina y argumentos legales de peso para negarlo. Con todo, en este caso la alusión al lucro no tiene otro sentido, a nuestro juicio, que el de permitir el desarrollo pleno de la actividad de empresa por parte de la fundación, persona jurídica ésta cuya constitución y funcionamiento, como es bien sabido, excluyen necesariamente tal propósito (art. 2.1.º LF)<sup>59</sup>.

Se obvia, en cambio, al mercado como marco de la actividad de empresa y destino necesario de los bienes o servicios cuya producción o distribución lleve a cabo la fundación. En realidad, y aunque nada diga la norma, la presencia del mercado parece inherente a la formulación propuesta, ya que resultaría absurdo que la organización de personas y medios de producción con los fines señalados se concibiera desde la perspectiva única del autoconsumo. Por si ello no resultara suficiente, tanto el artículo 23.2.º RF, como, ya con anterioridad, el artículo 24.1.º LF, advierten de que las actividades mercantiles desarrolladas por la fundación-empresa quedarán sometidas «a las normas reguladoras de defensa de la competencia». El Derecho *anti-trust* adquiere sentido, como es notorio, por referencia al mercado, por el propósito, en suma, de defender la competencia en el marco del mercado ante las potenciales restricciones de que puede ser objeto por parte de los operadores económicos que en él actúen.

Con todo, la utilidad de la mención del Derecho *anti-trust* para hacer visible al mercado en la actividad mercantil requerida a la fundación-empresa resulta menos relevante de lo que a primera vista pudiera parecer y, en sentido estricto, podría considerarse superflua, a la vez que insuficiente. Y ello, de un lado, porque toda actividad de empresa, y por supuesto, también la que desarrolle una fundación, se lleva a cabo en el mercado, quedando sometida, por ello mismo y sin necesidad de que ninguna norma lo diga, al Derecho de defensa de la competencia. De otro, porque por idéntica razón no sólo se somete

---

<sup>58</sup> Al respecto, J. M.ª GONDRA, «La estructura jurídica de la empresa», cit., pp. 533 y 534.

<sup>59</sup> Esta descripción de la actividad de empresa, válida, como sabemos, para la fundación-empresa, lo es también, a nuestro juicio, para la fundación con empresa, con la lógica salvedad de que, en este caso, el ejercicio de la actividad mercantil es indirecto, merced a la participación de la fundación en sociedades.

el empresario en cuestión a «las normas reguladoras de defensa de la competencia», como señalan los artículos 24.1.º LF y 23.2.º RF, sino al completo y entero Derecho del mercado, que comprende, desde luego, la normativa *anti-trust*, pero también las normas sobre competencia desleal, sobre propiedad industrial y sobre publicidad, entre otras. No obstante, con la referencia que comentamos, quizá el legislador haya querido reforzar la vigencia de estas ideas en el ámbito de las fundaciones, tradicionalmente alejado del mercado <sup>60</sup> y también, aunque en menor medida, de la actividad de empresa <sup>61</sup>.

## 2. *La relación de la actividad de empresa desarrollada por la fundación con sus fines específicos*

A lo largo de este trabajo, hemos indicado en varias ocasiones la necesidad de que, en Derecho español, la actividad mercantil desarrollada por la fundación-empresa esté relacionada con sus fines específicos. Esta conexión entre fines fundacionales y actividad de empresa no es inherente, como sabemos, a la clásica delimitación conceptual de la fundación-empresa, si bien goza de considerable predicamento por su propósito de dar un fundamento pleno a la actividad mercantil realizada por una fundación, evitando que ésta sirva de pantalla de una empresa encubierta, con el consiguiente descrédito de la persona jurídica fundacional. Sin perjuicio de alguna leve diferencia estilística, tanto la LF como el RF formulan la cuestión en términos muy similares. Así, se viene a decir que las fundaciones podrán desarrollar actividades mercantiles «cuyo objeto esté relacionado con los fines fundacionales o sean complementarias o accesorias de aquéllas» (art. 24.1.º LF; con regulación casi idéntica, art. 23.2.º RF). Es el momento de analizar con más detalle esta formulación a fin de apreciar el sentido y la intensidad del vínculo entre fines fundacionales y actividad de empresa requerido por el Derecho español.

Aun no siendo la redacción de ambos preceptos todo lo clara que debiera, entendemos que, literalmente, las actividades mercantiles sólo se justifican por estar relacionadas con los fines fundacionales o por ser complementarias o accesorias de «aquéllas», es decir, de las fundaciones <sup>62</sup>. No se trata, a pesar del

---

<sup>60</sup> Véase *supra* II, 4, y bibliografía allí indicada respecto de la consideración de la fundación como un ejemplo específico de «operador económico del mercado».

<sup>61</sup> Confirma este punto de vista (expuesto ya en nuestro trabajo «Funcionamiento y actividad de la fundación», en S. MUÑOZ MACHADO, M. CRUZ AMORÓS y R. DE LORENZO GARCÍA, *Comentarios a las leyes de fundaciones y mecenazgo*, cit., pp. 403-404); R. LA CASA GARCÍA, «La fundación-empresa», cit., p. 152.

<sup>62</sup> En la misma línea, M. PÉREZ ESCOLAR, *La actividad económica de las fundaciones. Tensiones legislativas e interés general*, cit., p. 113, poniendo de manifiesto el contraste con la Ley 30/1994.

enunciado normativo, de dos cosas distintas o alternativas, pretendiendo, por ejemplo, que las actividades mercantiles «complementarias o accesorias de aquéllas» sirvieran de mera fuente de recursos para el cumplimiento de los fines fundacionales (fundación-empresa dotacional), sin necesidad alguna de que estuvieran vinculadas, aunque fuera mínimamente, con dichos fines. Si hemos acertado al considerar que con la palabra «aquéllas» se alude por el legislador a las fundaciones que desarrollan actividades mercantiles, no puede haber diferencia entre los dos aparentes supuestos que contempla el legislador <sup>63</sup>.

Por ello, que el objeto de las actividades mercantiles esté relacionado con los fines fundacionales no es algo sustancialmente distinto de que las mismas sean complementarias o accesorias de las fundaciones, pues de este modo se nos viene a decir, en última instancia, que dichas actividades mercantiles habrán de ser complementarias o accesorias de los fines de la propia fundación. Entender otra cosa resultaría, además de ilógico, absurdo, ya que la fundación sólo puede desarrollar, conforme al artículo 23.1.º RF, actividades propias y mercantiles; si estas últimas han de ser, en su caso, complementarias o accesorias de las fundaciones, habrán de serlo, igualmente, de sus actividades propias y, por tanto —*a fortiori*—, de sus fines específicos.

La interpretación que venimos defendiendo puede reforzarse, incluso, si observamos que cuando se contempla el supuesto de la fundación con empresa, tanto el artículo 24.1.º, *in fine*, LF, como el artículo 23.2.º, *in fine*, RF, autorizan la realización de «cualquier actividad mercantil» (en la terminología, algo diferente, del RF), afirmándose, de este modo, que no se requiere conexión alguna de dicha actividad con los fines fundacionales. Sobre la base de esta consideración, la redacción normativa, tanto en la LF como en el RF, a propósito de la fundación-empresa, resultaría innecesariamente compleja si lo que, en realidad, se pretendía contemplar (y autorizar) era el ejercicio de la actividad mercantil con independencia de su conexión con los fines fundacionales. Hubiera sido mucho más lógico, más claro y de mayor economía legislativa el decir, lisa y llanamente, que la fundación puede ejercer directamente cualesquiera actividades mercantiles, o fórmula similar, evitando recovecos lingüísticos que siempre producen dificultades hermenéuticas. Hemos de concluir, por tanto, que la fundación-empresa requiere, en Derecho español, la conexión de las actividades mercantiles con los fines fundacionales <sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> Desde un punto de vista gramatical, no parece posible, salvo error legislativo (hasta el momento no declarado), entender otra cosa.

<sup>64</sup> Sobre el significado de las actividades complementarias o accesorias, a las que se refiere el artículo 24 LF, véase, recientemente, lo que indican M. PÉREZ ESCOLAR, *La actividad económica*

Otra cosa es que el legislador no haya establecido rígidamente el alcance de dicha conexión, sugiriendo una cierta gradación en lo que se refiere al vínculo entre actividad mercantil y fin de la fundación. Parece lógico pensar que ese vínculo pueda ser de diversa intensidad, no tanto en lo que se refiere a la cantidad de recursos que de la primera quepa extraer para facilitar la realización del segundo (elemento necesario y no suficiente, como sabemos, para dar título de legitimidad jurídica a la concreta actividad mercantil), sino, sobre todo, en punto a su profundidad, es decir, a la mayor o menor exigencia institucional de la actividad mercantil desarrollada desde el punto de vista del fin fundacional. Siendo esto así, será correcto afirmar que la relación entre actividad mercantil y fin de la fundación no es una magnitud fija sino un *continuum* variable que irá desde aquellos supuestos en los que no quepa concebir una fundación sin el ejercicio de una determinada actividad mercantil, hasta otros en los que esta última se encuentre muy cerca de constituir una pura fuente de recursos, un instrumento meramente dotacional de la fundación. No de otra forma debe entenderse, a nuestro juicio, la referencia legislativa al hecho de que las actividades mercantiles desarrolladas por las fundaciones puedan ser, igualmente, complementarias o accesorias de las mismas.

En el Derecho español, por tanto, no se ha llevado a cabo una tipificación rígida de la fundación-empresa, a salvo de la necesaria conexión, de intensidad variable, entre actividad empresarial y fin de la fundación. Aun constituyendo esta premisa un criterio restrictivo, y por ello mismo discutible, de la funcionalidad propia de la fundación-empresa, como supuesto concreto de empresario, no cabe, a nuestro juicio, llevar a cabo una interpretación más restrictiva aún, conforme a la cual se pretenda exigir un determinado nivel de relación entre la actividad mercantil y el fin o fines específicos de la fundación-empresa. Además de no tener base legal alguna, este planteamiento terminaría por condenar a la figura que nos ocupa a una posición menesterosa en el catálogo de tipos de empresario del Derecho español, reduciendo el sentido de su tipificación normativa <sup>65</sup>.

---

*de las fundaciones. Tensiones legislativas e interés general*, cit., pp. 121 y ss., flexibilizando el sentido último de la expresión legal, y R. LA CASA GARCÍA, «La fundación-empresa», cit., pp. 146-149.

<sup>65</sup> Quizá podría haber algo de base para sostener esta última interpretación atendiendo a la regulación de las entidades sin fines lucrativos en la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, que determina su régimen fiscal. Aunque dicha ley no está concebida de manera específica para las fundaciones (al respecto, A. REAL PÉREZ, «Fundaciones, actividades mercantiles e impuesto de sociedades: algunas reflexiones a propósito de las Leyes 49/2002 y 50/2002», en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Asociaciones y Fundaciones. XI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, cit. pp. 281 y ss.), no obstante su significativa conexión, conviene atender a lo dispuesto en su artículo 3 («requisitos de las entidades sin fines lucrativos») y, dentro de él, a su apartado tercero, que excluye de dicha condición a las entidades que realicen actividades

Conviene advertir que, con motivo de la regulación del ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones, y no sólo con respecto a la fundación-empresa, el legislador español no ha establecido restricción alguna por razón de su objeto o contenido. Es decir, una fundación puede ejercer, directa o indirectamente, cualquier actividad mercantil en el sentido de dedicarse profesional y organizadamente a cualquier género de lícito comercio. El planteamiento de política legislativa a propósito de la fundación-empresa —claramente diverso, como ya se ha expuesto, del relativo a la fundación con empresa— no limita, entre nosotros, la concreta actividad empresarial ejercida por razón de su propio contenido, sino por el hecho de que esté vinculada a sus propios fines. Establecida esa relación dentro de los márgenes que el Derecho positivo contempla, el contenido específico de la actividad mercantil, los modos de su articulación organizativa y los resultados que se produzcan, devienen

---

consistentes «en el desarrollo de explotaciones económicas ajenas a su objeto o finalidad estatutaria». Por lo que a las fundaciones se refiere, este requisito implicará, a nuestro juicio, que la actividad económica (*rectius*, mercantil o empresarial) carezca de toda relación con los fines fundacionales, lo que *a priori* sucede en el caso de la fundación con empresa. Ahora bien, el propio artículo 3.3.º de la Ley 49/2002 continúa diciendo que «se entenderá cumplido este requisito [no desarrollar explotaciones económicas ajenas al objeto o finalidad estatutaria de la entidad sin fines lucrativos] 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». Traduciendo esta formulación legal al tema que nos ocupa, alguien podría sostener que si la actividad mercantil desarrollada directamente por una fundación no vulnera las normas de defensa de la competencia y no alcanza el porcentaje señalado en el artículo 3.3.º de la Ley 49/2002, nada impediría, entonces, su calificación de entidad no lucrativa, desde el punto de vista fiscal, y su reconocimiento como fundación-empresa, desde el punto de vista jurídico-privado, no obstante carecer la actividad mercantil desarrollada (o alguna de ellas, si fueran varias) de toda relación con sus fines específicos, teniendo en cuenta, sobre todo, la recepción por el artículo 23.2.º RF de lo dispuesto en el artículo 3.3.º de la Ley 49/2002 a propósito de los caracteres de la actividad mercantil o económica desarrollada por la fundación. En realidad, esta interpretación resulta correcta hasta el momento en que se califica a la fundación como entidad sin fin lucrativo; el paso siguiente, sin embargo, no tiene un fundamento seguro, entre otras cosas porque la finalidad de la norma que estudiamos reside exclusivamente en la determinación de los caracteres que convierten a un sujeto de Derecho de muy diversa configuración jurídica —y, por ello mismo, no sólo fundación— en entidad sin fin lucrativo. Conseguido este resultado, deducciones ulteriores en torno a la naturaleza y los caracteres de la fundación-empresa parecen fuera de lugar, sin perjuicio de las puntuales conexiones que haya entre la norma fiscal y la norma jurídico-privada, como ya hemos podido apreciar en el artículo 23.2.º RF, a la hora de perfilar los caracteres de la actividad mercantil que puede ejercer lícitamente una fundación-empresa. Se ponen aquí de manifiesto, una vez más, los problemas de conexión entre Derecho fiscal y Derecho mercantil, objeto de detenida atención por nuestra mejor doctrina; por todos, R. URÍA, «Derecho fiscal y Derecho mercantil», *AAMN*, 1946, pp. 257 y ss.

por ello irrelevantes desde el punto de vista normativo. Por este motivo, hemos podido decir con anterioridad que, en el caso que nos ocupa, «hay más fundación que empresa» queriendo subrayar, no el condicionamiento de la actividad mercantil en sí misma entendida por los fines fundacionales, sino su necesaria conexión con ellos <sup>66</sup>.

## VI. La fundación con empresa

### 1. *Premisa: el sentido de la tipificación legal de la fundación con empresa*

La aproximación legislativa al fenómeno de la fundación con empresa se lleva a cabo en el Derecho español desde una perspectiva limitada, en la que destaca, como punto de partida fundamental, el criterio de que la actividad mercantil desarrollada indirectamente por la fundación mediante su participación en sociedades es plenamente libre, sin los matices restrictivos que acabamos de apreciar respecto de la fundación-empresa. Al margen de este importante criterio, lo que preocupa a nuestro legislador a propósito del régimen jurídico de la fundación con empresa es, únicamente, el establecimiento de las condiciones de posibilidad de dicha participación; es decir, en qué sociedades podrá participar la fundación y qué circunstancias habrán de ser observadas con motivo del vínculo entre fundación participante y sociedad participada. Como criterio informador general de dicho asunto, y de la fundación con empresa en cuanto modalidad de la fundación empresaria, se formula en nues-

---

<sup>66</sup> La interpretación del Derecho español vigente que acabamos de proponer, conforme a la cual sólo sería válida, dentro de ciertos márgenes, la fundación-empresa funcional, resulta más restrictiva que la formulada en su día [cfr. J. M. EMBID IRUJO, «Funcionamiento y actividad de la fundación», en S. MUÑOZ MACHADO, M. CRUZ AMORÓS y R. DE LORENZO GARCÍA (dirs.), *Comentarios a las leyes de fundaciones y mecenazgo*, cit., pp. 402-403] a propósito exclusivamente de la disciplina contenida en la LF. En aquel caso, proponíamos, si bien *de lege ferenda*, la posibilidad de admitir la fundación-empresa dotacional, no obstante la clara inclinación de dicha ley por la fundación-empresa funcional. En la actualidad, sin embargo, entendemos conveniente reiterar el punto de vista indicado en el texto, a la vista, en concreto, de lo dispuesto en el RF, cuyo régimen en el tema que nos ocupa afirma sin duda alguna la necesaria conexión entre los fines de la fundación y la actividad de empresa, si bien de una manera no rígida. Desde luego, siempre resultará posible criticar este punto de vista y entender, también *de lege ferenda*, la conveniencia de admitir entre nosotros la figura de la fundación-empresa puramente dotacional. Con todo, la regulación que el RF contiene respecto de la fundación con empresa quizá haga innecesario este planteamiento, encontrándose en este último supuesto la libertad necesaria para hacer posible la desconexión, cuando menos formal, entre fines fundacionales y actividad de empresa. En una línea crítica con el planteamiento de la LF, por considerarlo, en este punto demasiado restrictivo, véase M. PÉREZ ESCOLAR, «Fundación y actividades económicas directas: apuntes en torno a un modelo», *RCDI*, n.º 687, 2005, pp. 865 y ss., así como en su monografía *La actividad económica de las fundaciones. Tensiones legislativas e interés general*, cit., pp. 121 y ss.

tro Derecho una manifestación doble respecto del alcance de la mentada participación: se facilita su establecimiento, incluso con carácter mayoritario o único, en sociedades donde los socios no respondan de las deudas sociales, de un lado, y se le ponen todo tipo de inconvenientes cuando se refiera a sociedades en las que los socios queden sometidos a algún género de responsabilidad por las deudas sociales, de otro <sup>67</sup>. Parece aceptarse, con ello, una postura tendente a proteger el patrimonio fundacional, haciendo viable la participación de una persona jurídica de esta naturaleza en sociedades donde el socio asuma únicamente un riesgo limitado <sup>68</sup>.

Por lo demás, las especiales características del tratamiento de la fundación con empresa en el Derecho español, que acabamos de describir, no facilitan la comprensión auténtica del fenómeno regulado. Y es que el legislador se ha limitado a considerar que la participación en sociedades es la forma alternativa a la fundación-empresa para que una persona jurídica fundacional pueda «intervenir en» (según LF) o «realizar» (de acuerdo con RF) actividades empresariales. Ya hemos señalado con anterioridad la necesaria equivalencia entre ambas expresiones, si bien la imprecisa delimitación del supuesto de hecho oscurece la finalidad de la tipificación. Y es que, dada la ausencia de matices en la regulación, se ha podido llegar a decir que «cualquier supuesto de participación en el capital de sociedades puede reconducirse al ámbito del ejercicio indirecto de actividades empresariales, entendido este fenómeno en un sentido lato» <sup>69</sup>. Con todo, la posibilidad, cierta, de basar dicho criterio en el tenor literal de la norma analizada no puede servir para desvirtuar el sentido esencial de la tipificación legislativa de la fundación empresaria en la modalidad que ahora nos ocupa. Decir que cualquier participación en el capital de una sociedad, por ínfima que sea, permite a la fundación participante ejercer la ac-

---

<sup>67</sup> Sobre todo ello, véase recientemente M. PÉREZ ESCOLAR, *La actividad económica de las fundaciones. Tensiones legislativas e interés general*, cit., pp. 49 y ss.

<sup>68</sup> En este sentido, R. LA CASA GARCÍA, «La fundación-empresa», cit., pp. 184-185. No conviene olvidar, con todo, que esta regla, auténtica «clave de bóveda» del Derecho de sociedades de capital, es soslayada con cierta frecuencia por nuestros tribunales cuando se aprecia alguno de los presupuestos del llamado «levantamiento del velo» de la personalidad jurídica societaria, uno de los cuales es, si bien con carácter controvertido, la situación de grupo (al respecto, por muchos, C. BOLDÓ RODA, *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho privado español*, 4.ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006). Un breve apunte sobre la posibilidad de aplicar el «levantamiento del velo» a una fundación se encuentra ya en U. VALERO AGÚNDEZ, *La fundación como forma de empresa*, cit., p. 130, nota 115.

<sup>69</sup> Son palabras textuales de R. LA CASA GARCÍA, «La fundación-empresa», cit., p. 131, quien no obstante reconoce (p. 184) «que la modalidad de mayor significación y relevancia es la caracterizada por atribuir una posición de control sobre la sociedad participada, de suerte que la fundación queda situada en condiciones de ejercer una influencia determinante sobre las actividades empresariales desarrolladas».

tividad empresarial equivale, en última instancia, a afirmar que un pequeño accionista de una gran sociedad anónima cotizada en Bolsa (incluso aunque disponga de varios miles de acciones) realiza indirectamente la actividad de empresa coincidente con el objeto social de la sociedad participada.

Por lo expuesto, y merced a una suerte de reducción teleológica, las referencias que siguen versarán sobre la fundación con empresa entendida como una modalidad de fundación empresaria que ejerce la actividad mercantil indirectamente mediante su participación duradera, mayoritaria e, incluso, de control, en el capital de la sociedad participada, tal y como ya se indicó con anterioridad<sup>70</sup>. Aunque no de manera exclusiva, este planteamiento conduce a incluir dentro de nuestra figura la compleja temática de los grupos de sociedades encabezados por una fundación, materia ya presupuesta en algún apartado específico del tratamiento legislativo en Derecho español de la fundación empresaria<sup>71</sup>.

## 2. *Las notas distintivas del supuesto de hecho*

### A) *Delimitación de las sociedades en las que puede participar la fundación*

A la hora de precisar la naturaleza y tipo de la sociedad susceptible de recibir la participación de una fundación, primer aspecto relevante del supuesto de hecho de la fundación con empresa, hemos de reseñar, una vez más, la falta de rigor terminológico en nuestro Derecho positivo. Esta circunstancia, en realidad una primera dificultad interpretativa, se traduce en la mención inicial del término «sociedades», tanto en LF (art. 23.1.º *in fine*) como en RF (art. 24.1.º *in fine*), sin añadir calificativo alguno, para, a renglón seguido, utilizarse en la LF<sup>72</sup> la fórmula de «sociedades mercantiles en las que no se responda de las deudas sociales». Ambos textos concluyen empleando, de nuevo, el término «sociedades», a propósito, esencialmente, de la participación de las fundaciones en aquellas compañías en las que los socios tengan algún género de responsabilidad por las deudas sociales<sup>73</sup>.

Como ya se ha advertido, una de las dos caras del planteamiento legislativo respecto del tema que ahora nos ocupa consiste en dificultar la participación de fundaciones en sociedades donde tengan que asumir responsabilidad

<sup>70</sup> Véase *supra* II, 3.

<sup>71</sup> Véase *supra* IV, 3.

<sup>72</sup> También el artículo 24 RF emplea este circunloquio, si bien en forma menos evidente que LF.

<sup>73</sup> A favor de una interpretación amplia del término «sociedades», véase M. PÉREZ ESCOLAR, *La actividad económica de las fundaciones. Tensiones legislativas e interés general*, cit., p. 55.

personal por las deudas sociales. Pero esta circunstancia no permite, a nuestro juicio, arrojar suficiente luz en torno al problema de determinar las sociedades susceptibles de ser participadas por fundaciones, que, como resulta evidente, constituye presupuesto ineludible de toda la disciplina relativa a la fundación con empresa. Es evidente que, a la hora de aclarar la, en apariencia, oscilante terminología legal, no cabe pensar que la participación en sociedades mercantiles excluya la responsabilidad de la fundación como socio de las mismas, ni que tal responsabilidad exista cuando la sociedad participada no sea mercantil. Lo primero, porque, como es bien sabido, la afirmación reseñada valdría sólo para las sociedades mercantiles de capital (con la significativa excepción, no obstante, de la sociedad comanditaria por acciones), pero no para las personalistas; lo segundo, porque existen sociedades no mercantiles, como las cooperativas, en las que se prescinde o, quizá más correctamente, se puede prescindir de la responsabilidad de los socios por las deudas sociales (art. 15.3.º Lcoop).

Sobre la base del ya conocido propósito del legislador, parece posible, a nuestro juicio, formular algunas reglas interpretativas de las normas examinadas <sup>74</sup>. En tal sentido, conviene decir, en primer lugar, que el Derecho español de fundaciones permite, sin género de duda, la participación de fundaciones en sociedades, sean mercantiles o no, restringiendo, no obstante, dicha posibilidad en el caso de que se refiera a sociedades (mercantiles o no) en las que los socios respondan por las deudas sociales.

Lo expuesto no significa, sin embargo, que en este último caso resulte prohibida la participación <sup>75</sup>, sino meramente obstaculizada, pues la fundación se verá obligada a enajenar la participación de que pudiera disponer <sup>76</sup> salvo

---

<sup>74</sup> Al respecto, R. LA CASA GARCÍA, «La fundación-empresa», cit., pp. 190 y ss.

<sup>75</sup> A diferencia de lo establecido en el artículo 22.1.º de la Ley 30/1994, en el que se decía literalmente que «las fundaciones no podrán tener participación alguna en sociedades mercantiles en las que deban responder personalmente de las deudas sociales». Obsérvese que a diferencia de la normativa vigente, que habla sólo de «sociedades», la norma derogada, sin un planteamiento de fondo demasiado claro, restringía el supuesto de hecho a las sociedades mercantiles en las que los socios respondieran personalmente por las deudas sociales.

<sup>76</sup> Que la fundación llegue a ser socia de una sociedad en la que responda por las deudas sociales sucede, tanto en LF como en RF, porque aquélla haya recibido «por cualquier título, bien como parte de la dotación inicial, bien en un momento posterior» una participación en la mencionada sociedad. Hay aquí una diferencia importante con la Ley 30/1994, cuyo artículo 22.2.º limitaba el supuesto en estudio a que la participación (que había de ser mayoritaria) «formara parte de la dotación» [sobre el significado de la dotación en la LF, véase J. CAFFARENA, «La dotación», en S. MUÑOZ MACHADO, M. CRUZ AMORÓS y R. DE LORENZO GARCÍA (dirs.), *Comentarios a las leyes de fundaciones y mecenazgo*, cit., pp. 199 y ss.]. En la actualidad, por tanto, las posibilidades que pueden convertir a la fundación en socio de una sociedad en la que se responda por las deudas sociales son múltiples, incluso la adquisición, originaria o derivativa,

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 (art. 24.3.º LF y art. 24.4.º RF). Con dicción inexacta, se nos viene a decir que la participación de la fundación en una sociedad en la que deba responder de las deudas sociales es lícita, si bien sometida a un régimen claudicante. Obsérvese, en todo caso, que no se señala un plazo para la obligada enajenación de la participación que la ley impone a la persona jurídica fundacional, puesto que transcurrido el plazo de un año sin transformación de la sociedad participada<sup>77</sup> y sin enajenación, la única consecuencia inmediata es que «el protectorado requerirá al Patronato para que, en el plazo de 15 días, realice las alegaciones que considere oportunas»<sup>78</sup>.

---

por ella misma de la participación. No creemos que quepa dar otra interpretación a la frase «si la fundación recibiera por cualquier título», aunque desde una perspectiva literal quizá cupiera entender que el verbo «recibir» puede referirse a un supuesto de conversión en socio de carácter no contractual.

<sup>77</sup> No se plantea en la normativa vigente, a diferencia de la Ley 30/1994, la posibilidad de que la fundación sea socio mayoritario de una sociedad en la que asuma responsabilidad personal por las deudas sociales. En tal caso, la normativa derogada obligaba a la fundación a promover la transformación de la sociedad en un tipo societario en el que «quede limitada la responsabilidad». Aunque con dicción tan inexacta como la actual, resultaba claro el propósito legislativo, sin que se indicara cuál debía ser la actitud de la fundación que no fuera socio mayoritario de dicha sociedad; cabía concluir, no obstante, que si bien no se le imponía, como en el Derecho vigente, la obligación de enajenar su participación, tal consecuencia podía considerarse inevitable por el carácter prohibido de la misma, con arreglo al artículo 22.1.º de la Ley 30/1994. La situación resulta más compleja en la actualidad, ya que la fundación, con participación mayoritaria o sin ella, no viene obligada a promover la transformación, pues tanto LF como RF hablan de que «se produzca» dicha modificación estructural de la sociedad en el plazo de un año desde que la fundación llegue a ser socio de la misma. Parece lógico pensar, no obstante, que el Patronato, de acuerdo con el *standard* de diligencia impuesto a sus miembros [el art. 17.1.º LF dice que «los patronos deberán desempeñar su cargo con la diligencia de un representante leal»; al respecto R. MARIMÓN DURÁ y J. OLAVARRÍA IGLESIA, «Art. 17», en J. OLAVARRÍA IGLESIA (coord.), *Comentarios a la Ley de fundaciones*, cit., pp. 433 y ss.], habrá de poner todos los medios para contribuir al resultado (enajenación de la participación o transformación de la sociedad) indicado por el legislador en la normativa vigente. Sin embargo, la enajenación puede resultar del todo inconveniente por razones económicas fundadas y la transformación, por su parte, devenir imposible por ser la fundación un socio minoritario con escaso poder de decisión en la sociedad. A nuestro juicio, podrá el Patronato exponer las razones que considere oportunas a la hora de presentar las alegaciones que, en contestación al requerimiento del Protectorado, contempla el artículo 24.4.º RF. Del mismo modo, el Patronato deberá explicar cuál ha sido el criterio empleado respecto del ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones que, como socio, hayan podido corresponder a la fundación. Nada se dice al respecto en el vigente Derecho de fundaciones y ha de entenderse, por tanto, que tales derechos no quedan suspendidos sino que mantendrán su vigencia en los términos que la ley o los estatutos de la sociedad puedan establecer.

<sup>78</sup> Con todo, «el protectorado, si concurren las circunstancias previstas en la ley, podrá entablar la acción de responsabilidad contra los patronos o solicitar de la autoridad pública su

En segundo lugar, la participación de las fundaciones en sociedades cuyos socios no respondan de las deudas sociales es, desde luego, lícita y queda sometida exclusivamente, en cuanto a su disposición y utilidad, a lo que la propia fundación participante determine, a salvo, claro está, de su necesaria comunicación al Protectorado cuando merezca el calificativo de mayoritaria <sup>79</sup>. Si la participación no mereciera tal calificativo, resulta obvio que no será preceptiva comunicación alguna al Protectorado <sup>80</sup>. El hecho de que nuestro Derecho de fundaciones hable de participación, no necesariamente mayoritaria <sup>81</sup>, en «sociedades mercantiles en las que no se responda personalmente de las deudas sociales» (art. 24.2.º LF) <sup>82</sup> parece limitar el supuesto de hecho a la participación de las fundaciones en sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada, en todas sus facetas y modalidades (incluyendo, por lo tanto, a

---

cese» (art. 24.4.º *in fine*, RF). No se trata, por lo indicado, de una consecuencia inevitable, pues parece lógico atender, en primera instancia, a lo que el Patronato pueda indicar en las alegaciones que, con arreglo al RF, llegue a exponer tras el plazo concedido al efecto por el Protectorado. En general, sobre este asunto, véase R. LA CASA GARCÍA, «La fundación-empresa», cit., pp. 199-203.

<sup>79</sup> Los detalles de dicha comunicación, tradicional entre nosotros, pues ya aparecía en el artículo 22.3.º de la Ley 30/1994, se contemplan en el artículo 24.1.º RF. A su tenor, y de conformidad con la LF, la comunicación al Protectorado se realizará en cuanto se produzca la adquisición de la participación mayoritaria «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»; al respecto, M. PÉREZ ESCOLAR, *La actividad económica de las fundaciones. Tensiones legislativas e interés general*, cit., pp. 57-59, R. LA CASA GARCÍA, «La fundación-empresa», cit., pp. 196-198.

<sup>80</sup> A salvo de que se trate de «participaciones minoritarias que, acumuladas a adquisiciones anteriores, den lugar a la participación mayoritaria de la fundación en la sociedad mercantil», en cuyo caso se aplicará el régimen de comunicación al Protectorado característico de la adquisición de participaciones mayoritarias (art. 24.1.º, *in fine*, RF).

<sup>81</sup> Obsérvese que en el artículo 24.1.º RF sólo se habla de 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». No se alude expresamente, a diferencia de lo dispuesto en la LF, a la adquisición sin más, cualquiera sea el porcentaje de valores objeto de negociación. Quizá este extremo, que no plantea problema alguno de coherencia normativa ni de interpretación, sirva para poner de relieve, si se quiere de modo elíptico, que el objetivo fundamental de la política legislativa en torno a la fundación con empresa es hacer posible la conversión de la fundación en entidad dominante de un grupo de sociedades.

<sup>82</sup> Contrasta notoriamente esta redacción con lo dispuesto en el artículo 22.3.º de la Ley 30/1994. En dicho precepto se decía que «las fundaciones podrán participar mayoritariamente en sociedades no personalistas», dando cuenta inmediata, en tal caso, al Protectorado. Esta expresión («sociedades no personalistas») es, quizá, menos afortunada que la vigente, pues permite comprender en su literalidad a tipos societarios, como las sociedades comanditarias por acciones, de carácter estrictamente capitalista que, no obstante, mantienen la responsabilidad de algunos de sus socios por las deudas sociales. A pesar de ello, tal supuesto no hubiera sido posible por oponerse derechamente a lo que establecía el artículo 22.1.º de la mencionada ley.

figuras como la sociedad anónima europea y la sociedad limitada nueva empresa).

A la vista de la formulación literal de la ley, podría pensarse, aplicando mecánicamente el argumento *a contrario*, que nuestro Derecho de fundaciones no contemplaría la adquisición de participaciones en sociedades que, excluyendo la responsabilidad de sus socios por las deudas sociales, no merecieran la calificación de mercantiles. Sería el caso, por ejemplo, de una sociedad cooperativa, de acuerdo con lo que se ha señalado anteriormente. En realidad, esta conclusión sería errónea y carente por completo de sentido. Ya ha quedado indicado que, tanto la LF como el RF, aluden al problema que nos ocupa indicando que las fundaciones podrán participar en «sociedades»; de ahí hemos deducido, no obstante la vacilación terminológica característica de nuestro Derecho vigente, que el principio general en la materia ha de ser la licitud de la participación de fundaciones en todo tipo de sociedades, ateniéndose, no obstante, a las reglas que en cada caso establezca el legislador. Por ello, en el ejemplo expuesto, la conclusión ha de ser positiva, a pesar de la frecuencia con la que, incluso en nuestros días, se sigue excluyendo a la sociedad cooperativa del conjunto de las sociedades mercantiles <sup>83</sup>.

B) *El carácter mayoritario de la participación*

a) El significado del término «mayoritario»

Sin duda, como se ha indicado en diversas ocasiones a lo largo de este trabajo, es el carácter mayoritario y, en su caso, de control, de la participación, quizá, la principal razón de ser, si bien no del todo explícita, del tratamiento

---

<sup>83</sup> Otra cosa sería imaginar el régimen jurídico de una participación mayoritaria de la fundación en una sociedad cooperativa. En realidad, el supuesto resulta de difícil realización, tanto en lo que se refiere a la cooperativa de primer grado —donde rige el principio de «un hombre, un voto»—, como a la cooperativa de segundo grado, aunque en esta modalidad, no siempre abierta a la participación de entidades no cooperativas, como la fundación, la asignación del derecho de voto no responda a criterios estrictamente cooperativos; véanse, al respecto, las referencias a nuestro Derecho positivo en la materia contenidas en R. ALFONSO SÁNCHEZ, *La integración cooperativa y sus técnicas de realización: la cooperativa de segundo grado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 352-356. Por lo demás, las razones para incluir el tratamiento de la cooperativa en el Derecho de las sociedades mercantiles son cada día mayores; por muchos, R. URÍA, A. MENÉNDEZ y M. VÉRGEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, 2.ª ed., I, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006, p. 1427. Esa cercanía progresiva permite explicar, sin duda, que el artículo 15.3.º Lcoop disponga que «la responsabilidad del socio por las deudas sociales estará limitada a las aportaciones al capital social que hubiera suscrito, estén o no desembolsadas en su totalidad», superando así la tendencia tradicional de que fueran los propios cooperativistas quienes declararan, en estatutos, si asumían o no responsabilidad personal por las deudas sociales de la cooperativa.

de la fundación con empresa por el legislador español. Y es que, cabría decir, no puede ser de otro modo, por cuanto la delimitación de dicha categoría no se puede efectuar con propiedad si no es aludiendo a la posición determinante de la fundación en la estructura organizativa de las sociedades en las que pueda participar.

Qué haya de entenderse por participación mayoritaria es algo que el artículo 24.2.º LF no contempla. Hay que esperar al artículo 24.2.º RF para disponer de una delimitación legal de tal situación. A tenor de este último precepto:

«A los efectos previstos en el apartado anterior, se entenderá por participación mayoritaria aquella 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 esta le corresponde el número de votos que corresponda a la sociedad dependiente que participe directamente en el capital social de aquéllas».

La norma transcrita muestra una afinidad sustancial con algunas reglas ya existentes en nuestro Derecho de sociedades a propósito de la delimitación, en concreto, de la llamada sociedad dominante (art. 87 LSA, aplicable a las sociedades limitadas por la remisión contenida en el art. 41 LSRL<sup>84</sup>). Quizá, en tal sentido, no hubiera sido estrictamente necesario redactar una norma específica a propósito de idéntica situación en el caso de las fundaciones, no obstante las conocidas diferencias existentes entre ambas personas jurídicas. Con todo, en el caso que nos ocupa, hemos de prestar atención prioritaria al artículo 24.2.º RF cuyo contenido intentaremos comentar brevemente. De entrada, la idea de participación mayoritaria tiene una característica esencial referida a la posesión de más del 50% del capital social o de los derechos de voto de una sociedad, sin perjuicio de que el carácter mayoritario de la participación puede aumentar hasta que la fundación se convierta en socio único de la sociedad participada. No hay inconveniente alguno en que esto suceda, desde luego en lo que atañe al Derecho de sociedades, y tampoco desde la perspectiva del Derecho de fundaciones.

Puede dar lugar a equívocos, no obstante, la contraposición entre el capital social y los derechos de voto que se efectúa en el artículo 24.2.º RF. Como es

---

<sup>84</sup> Al respecto, J. M. EMBID IRUJO, «Artículo 87», en I. ARROYO, J. M. EMBID y C. GÓRRIZ (coords.), *Comentarios a la Ley de sociedades anónimas*, 2.ª ed., I, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 895 y ss.

bien sabido, y se deduce con claridad del artículo 87 LSA, el elemento decisivo a la hora de hablar de participación mayoritaria, o de control societario, viene necesariamente referido a los derechos de voto, por cuanto no es infrecuente que la posesión de más de la mitad del capital no vaya acompañada de idéntico porcentaje de derechos de voto, haciéndose imposible, entonces, que el socio aparentemente mayoritario domine de modo efectivo a la sociedad en que participa. En el Derecho español de sociedades, al igual que en otros ordenamientos, es posible, tanto respecto de las sociedades anónimas como de las limitadas, desligar el derecho de voto del capital poseído a través de diferentes técnicas, suprimiendo la regla tradicional de que una participación o una acción atribuyan a su titular un derecho de voto (en este sentido, para la sociedad limitada, art. 53 LSRL).

Así, cabe imaginar, en primer lugar, la posibilidad de emitir acciones y participaciones desprovistas de tal derecho, dentro de los límites y condiciones establecidos en nuestro Derecho positivo (arts. 90-92 LSA y 42 bis LSRL que se remite en bloque, a los efectos de las participaciones sin derecho de voto, al régimen de las acciones sin derecho de voto<sup>85</sup>). Pero, en segundo lugar, cabe pensar en desligar la titularidad del capital del voto mediante técnicas de asignación desigual de este derecho, lo que puede conseguirse, básicamente, de dos modos: estableciendo el llamado «voto plural», por el cual algunos socios disfrutarán de más derechos de voto que otros, o limitando estatutariamente el número máximo de votos que pueda emitir un mismo socio o grupo de sociedades. El primer supuesto sólo es posible entre nosotros en la sociedad de responsabilidad limitada (art. 184.1.1.º RRM)<sup>86</sup>, en tanto que el segundo es aplicable en ella y también en la sociedad anónima (arts. 105.2.º LSA y 53.4.º LSRL)<sup>87</sup>.

En el ordenamiento jurídico español estas técnicas se formulan sin especiales matices aplicativos, por lo que, en apariencia, las sociedades anónimas y

---

<sup>85</sup> Por muchos, véase el análisis de los artículos 90-92 LSA que lleva a cabo A. FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, en I. ARROYO, J. M. EMBID y C. GÓRRIZ (coords.), *Comentarios a la Ley de sociedades anónimas*, I, cit., pp. 925 y ss. En la sociedad de responsabilidad limitada se discutió desde la promulgación de su ley reguladora la posibilidad de que se pudieran emitir participaciones sin derecho de voto, siendo mayoritario el criterio positivo, hasta que, finalmente, con la introducción en 2003 del artículo 42 bis LSRL, zanjó el legislador la polémica; al respecto, véase L. MIRANDA SERRANO y J. PAGADOR LÓPEZ, «¿Participaciones sin voto? Ensayo de una respuesta (*de lege lata*) para una cuestión particularmente controvertida», *RdS*, n.º 18, 2002, pp. 167 y ss.

<sup>86</sup> Al respecto, J. ECHEBARRÍA SÁENZ, «Participaciones con voto privilegiado y principio de mayoría en la SRL», en *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al Profesor Justino Duque Domínguez*, I, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1998, pp. 193 y ss.

<sup>87</sup> De la amplia literatura existente al efecto, véase A. RECALDE, *Limitación estatutaria del derecho de voto en las sociedades de capitales*, Madrid, Civitas, 1996.

de responsabilidad limitada, con independencia de su dimensión, objeto social y demás características podrán hacer uso de ellas sin restricciones. En el caso de las sociedades anónimas, no obstante, existe desde hace tiempo una opinión negativa sobre la posibilidad de desligar el derecho de voto de la titularidad de las acciones respecto de las sociedades cotizadas. No se trata tanto de que encontremos una prohibición legal en la materia, cosa que, como se acaba de decir, no existe en el Derecho español, sino que al hilo de la formulación progresiva de un régimen especial para dicha modalidad de sociedad anónima se ha ido afirmando la incompatibilidad de las técnicas indicadas con el carácter necesariamente abierto de toda sociedad cotizada. En particular, esta opinión negativa se refiere a las limitaciones estatutarias del número máximo de votos que puede emitir un accionista o sociedades pertenecientes a un grupo, en cuanto supone una suerte de «cláusula de blindaje» de difícil compatibilidad con los principios rectores del mercado bursátil<sup>88</sup>.

Por las razones expuestas, quizá no sea del todo adecuada la contraposición existente en el artículo 24.2.º RF entre posesión del capital y titularidad de los derechos de voto. Sí sería, en cambio, más oportuno, centrar en este último aspecto el elemento básico determinante del carácter mayoritario de la participación de la persona jurídica fundacional en la respectiva sociedad. Y es que, siguiendo la letra de la ley, bien podría suceder que una participación en el capital de una sociedad superior al 50% supusiera meramente una mayoría nominal, que no una efectiva posición de poder de la fundación en el seno de la sociedad participada. Parece, por tanto, que la norma ha de entenderse en un sentido finalista, de modo que la fundación disponga, efectivamente, de una situación de dominio en el seno de la sociedad; por ejemplo, mediante la titularidad o la posibilidad de disponer de la mayoría de los derechos de voto exis-

---

<sup>88</sup> Sin necesidad de extendernos en la cita de la amplia bibliografía existente [sirva, por todos, la mención de los numerosos trabajos dedicados a la cuestión por A. SÁNCHEZ ANDRÉS, entre ellos A. SÁNCHEZ ANDRÉS, A. MENÉNDEZ y E. BELTRÁN, «La acción y los derechos del accionista», en R. URÍA, A. MENÉNDEZ y M. OLIVENCIA (dirs.), *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles*, IV-1.º, Civitas, Madrid, 1994], bastará con mencionar la expresa acogida de la opinión manifestada en el texto entre las recomendaciones del Código unificado de buen gobierno en el año 2006. En este sentido se recomienda «que los Estatutos de las sociedades cotizadas no limiten el número máximo de votos que pueda emitir un mismo accionista, ni contengan otras restricciones que dificulten la toma de control de la sociedad mediante la adquisición de sus acciones en el mercado». Con ser importante esta recomendación, entendemos, no obstante, que sería conveniente la promulgación de una específica norma legal, por cuanto el mantenimiento incólume del artículo 105.2.º LSA puede inducir a más de una confusión. Sobre este asunto, por muchos, G. FERRARINI, «One Share-One Vote: A European Rule?», *ECFR*, n.º 3-2, 2006, pp. 147 y ss.

tentes, lo que hará posible la influencia determinante de la fundación en la formación de la voluntad social.

Con todo, podría suceder que la fundación no dispusiera de la mayoría del capital o, en su caso, de los correspondientes derechos de voto y, sin embargo, llegara a tener una posición de dominio dentro de la sociedad participada. Tal cosa, en absoluto improbable, podría suceder, en principio, de dos maneras: en primer lugar, porque la propia fundación fuera titular de otros medios o técnicas, jurídicas o económicas, que junto con su participación en el capital o la titularidad de derechos de voto le concedieran de hecho una posición de preeminencia en el seno de la sociedad participada<sup>89</sup>; en segundo lugar, porque la fundación, actuando en concierto con otro u otros socios de la sociedad participada, consiguiera también la referida posición mayoritaria. En el primer caso nos encontraríamos ante una posición de dominio individual por parte de la fundación en la sociedad participada, que es, en el fondo, la que parece haber contemplado nuestro Derecho vigente, si bien de forma restringida a la titularidad de determinados medios. En el segundo, en cambio, estaríamos ante una situación de control conjunto propiciada, obviamente, por la carencia de la fundación de la mayoría suficiente para el dominio exclusivo de la sociedad participada.

Aunque, como ya ha quedado dicho, el legislador español sólo contempla formalmente la posición mayoritaria de la fundación con carácter individual, derivada de ciertos medios concretos, entendemos conveniente, sobre la base de la ya indicada interpretación finalista, dar cauce a otras posibles situaciones mayoritarias, ya individuales, ya conjuntas, cuya exclusión a la hora de aplicar las normas relativas a la fundación con empresa sería por completo impropio. A tal efecto, y de manera provisional, consideramos conveniente suplir las insuficiencias de la norma en estudio con el recurso a los preceptos que, en nuestro Derecho, se ocupan de regular situaciones de control o dominio en el

---

<sup>89</sup> Mediante la existencia de relaciones externas con la sociedad, instrumentadas, por ejemplo, por contratos que conduzcan a una situación fáctica de mera dependencia económica (en general, P. P. FERRARO, *L'impresa dipendente*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2004, pp. 39 y ss.). Del mismo modo, puede ser traído a colación el supuesto de identidad personal entre el Patronato de la fundación y el órgano administrativo de la sociedad (*interlocking directorates*). Por sí solos, o unidos con una participación en el capital, ambos instrumentos pueden contribuir decisivamente a la consolidación de una posición de poder firme de la fundación en el seno de la sociedad. El tema se inscribe, como no podía ser menos, en el marco de las técnicas que permiten obtener el control de una sociedad; al respecto, sintéticamente, J. M. EMBID IRUJO, *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios. La tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, pp. 64 y ss.; en general, sobre la situación de dominio, J. A. ANTUNES, *Os grupos de sociedades. Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2002, pp. 451 y ss.

ámbito del Derecho de sociedades, como puede ser, en concreto, el artículo 87 LSA, de ámbito, sin duda, más general <sup>90</sup>.

b) Las posibilidades de acción derivadas de la posición mayoritaria de la fundación en la sociedad participada

Con la exposición precedente, hemos intentado delimitar el significado del término «mayoritario», analizando someramente los instrumentos idóneos para que la fundación consiga una posición de tal alcance en el seno de la sociedad participada. Procede precisar, a continuación, el contenido de esa posición mayoritaria, es decir, las posibilidades de acción que atribuye a la fundación participante en el seno de la sociedad. En una primera aproximación, reiterando afirmaciones anteriores, cabe decir que el socio mayoritario en una sociedad disfrutará de la posibilidad legal de influir de manera decisiva <sup>91</sup> en la formación de la voluntad social, como consecuencia de su posición preeminente en el marco de la Junta general de socios, con las indudables repercusiones que ello pueda provocar en el funcionamiento de la administración de la sociedad. Tal posibilidad de influjo traduce, a niveles concretos de actividad social ordinaria, la situación de entidad dominante o controladora que ha de atribuirse al socio mayoritario, en este caso la fundación.

Sobre la base de esta circunstancia, la fundación podrá utilizar el poder derivado de su participación mayoritaria para, por ejemplo, hacer posible la adopción de determinados acuerdos por la Junta general, para conseguir que se nombren o cesen a determinados miembros del órgano administrativo, para alentar o rechazar determinadas orientaciones en torno a la política de dividendos de la sociedad, etc. En los ejemplos indicados, y en muchos otros que se podrían exponer, se pone de manifiesto que la influencia dominante derivada de una posición de control en el seno de una sociedad tiene esencialmente una dimensión societaria, sin que ello deba entenderse como una mera redundancia. Con la expresión utilizada queremos decir, en esencia, que la posición de poder derivada de la participación mayoritaria no trasciende, en cuanto tal, la esfera estricta del Derecho de sociedades y, por lo tanto, sin perjuicio de la legitimidad

---

<sup>90</sup> No conviene ignorar la relación entre este precepto y el artículo 42 C. de c. que constituye, como es bien sabido, una norma relevante en el campo de los grupos de sociedades sobre la base de la noción de control y mediante el establecimiento de situaciones que dan lugar al dominio de una sociedad, todo ello con la finalidad de hacer posible la consolidación contable de los grupos. Sobre el significado de dicho precepto en el contexto actual del Derecho español de grupos, véase J. M. EMBID IRUJO, «Un paso adelante y varios atrás: sobre las vicisitudes recientes del concepto legislativo del grupo en el ordenamiento español», *RdS*, n.º 30, 2008, pp. 19-31.

<sup>91</sup> De «influencia dominante», utilizando una expresión extendida en el Derecho comparado, habla el artículo 87 LSA.

de las actuaciones antes mencionadas, el titular de dicha posición —en nuestro caso, la fundación— ha de ejercer su poder teniendo bien presente el interés social de la sociedad participada. Y es que el hecho de controlar o dominar a una sociedad no crea entre la fundación participante y la sociedad participada una (nueva) unidad organizativa y de actividad que supere el significado estrictamente individual de ambas personas jurídicas<sup>92</sup>. Para ello tendrá que llevarse a cabo por parte de la fundación una dirección económica unificada que integre a la sociedad dominada en el marco de un determinado plan empresarial y que, en suma, sirva para constituir un auténtico grupo de empresas o de sociedades<sup>93</sup>. Pero, con ello, llegamos al punto último y esencial, por el momento, del régimen jurídico de la fundación con empresa.

### C) *La formación de un grupo de sociedades encabezado por la fundación*

Aunque el fenómeno de los grupos de sociedades no ha recibido todavía, entre nosotros, la atención legislativa que sin duda merece, no cabe duda de que dicha estructura empresarial —muchas veces mencionada en diversas normas del ordenamiento jurídico español— resulta plenamente legítima y es, por lo tanto, también legítimo que se promueva y defienda su interés conjunto, sin perjuicio, claro está, de la debida tutela a quienes puedan verse perjudicados por ello<sup>94</sup>. A pesar de ese insuficiente régimen jurídico, no parece que a

---

<sup>92</sup> Es cierto, en todo caso, que el ejercicio por la fundación de las facultades derivadas de la posición mayoritaria que ostenta en una determinada sociedad podrá traer consigo algunas desventajas para los socios minoritarios de esta última, que habrán de ser afrontadas con los mecanismos habituales del Derecho de sociedades, siquiera reforzados en algún punto concreto.

<sup>93</sup> La definición doctrinal del grupo (y, en algunos países como Alemania, también legal) de acuerdo con la cual el grupo requiere, además de la existencia de una relación de control o dominio, el ejercicio de una dirección económica unificada puede decirse que es mayoritaria en la doctrina española. Y en los últimos años, incluso, se había convertido en el criterio legal por antonomasia, sobre la base de la reforma que experimentó en 2003 el artículo 42.1.º C. de c. No obstante, merced a la reforma contable instrumentada por la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, se ha llevado de nuevo al indicio precepto una definición del grupo basada esencialmente en el control societario. No es el momento de tomar postura sobre esta errática política legislativa y sobre el mantenimiento, dentro del Derecho español, de un concepto de grupo (quizá válido a efectos puramente contables) basado en el control societario, de acuerdo con lo que ahora dispone el artículo 42 C. de c., sin perjuicio de que en otras normas, por ejemplo el artículo 78 Lcoop, siga vigente el concepto de grupo basado en la unidad de decisión; al respecto, véase J. M. EMBID IRUJO, «Un paso adelante y varios atrás: sobre las vicisitudes recientes del concepto legislativo del grupo en el ordenamiento español», cit., *passim*.

<sup>94</sup> Que el grupo de sociedades es, entre nosotros, una estructura empresarial legítima constituye, desde hace algún tiempo, una afirmación habitual en la doctrina española derivada,

nuestro moderno Derecho de fundaciones le haya resultado ajena la problemática de los grupos de sociedades cuando están dirigidos por una fundación. De ello constituye buena prueba la imposición del régimen de la consolidación contable a las fundaciones que ejerzan la dirección económica unificada de un grupo y se encuentren en alguno de los supuestos que, con carácter general, establece al respecto el artículo 42 C. de c.<sup>95</sup>.

Con todo, la alusión a la vertiente contable del tema que nos ocupa no agota, desde luego, la problemática específica que caracteriza a esta singular nueva forma de empresa, en general, y, en particular, a los que se derivan de que sea una fundación la persona jurídica que se encuentre en el vértice de la organización del grupo<sup>96</sup>. No parece conveniente que, en este trabajo, nos extendamos demasiado en lo que atañe al tratamiento general de los grupos, a sus diversas clases, así como a las piezas básicas que integran su régimen jurídico fundamental; a la vista del supuesto descrito en nuestro Derecho de fundaciones, resulta evidente que el posible grupo encabezado por una fundación habrá de ser uno de carácter jerárquico o vertical. Es indudable, a nuestro jui-

---

en lo esencial, de la frecuencia con que el legislador alude a esta forma de empresa en numerosos preceptos sin asomo de la más mínima sombra de ilicitud; en tal sentido, véanse, entre otros, los trabajos de P. GIRGADO, *La empresa de grupo y el Derecho de sociedades*, Comares, Granada, 2001; J. M. EMBID IRUJO, *Introducción al Derecho de los grupos de sociedades*, cit.; M. FUENTES NAHARRO, *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007; M.<sup>a</sup> L. DE ARRIBA FERNÁNDEZ, *Derecho de grupos de sociedades*, 2.<sup>a</sup> ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2009.

<sup>95</sup> Se trata de una circunstancia que ya contemplaba la Ley 30/1994 y que desarrolló posteriormente el RD 776/1998, de 30 de abril. En la actualidad, hay que mencionar los artículos 25.9.º LF y 29 RF (al respecto, véase *supra* IV, 3).

<sup>96</sup> Aludimos reiteradamente a situaciones en las que la fundación «encabeza» o «dirige» el grupo de sociedades, por cuanto no parece posible que una fundación ocupe una posición subordinada dentro de semejante estructura empresarial. Al ser la fundación, como sabemos, una persona jurídica de base patrimonial, y no asociativa, que, a la vez, ha de perseguir un fin de interés general, sería altamente difícil que pudiera cumplir con este objetivo estando integrada, como entidad dependiente, en un grupo y, al mismo tiempo, sometida al interés del grupo, de inevitable observancia para todos sus componentes. Más detalles al respecto en J. M. EMBID IRUJO, *Introducción al Derecho de los grupos de sociedades*, cit., pp. 189 y ss. Con todo, quizá pudiera hablarse de una dependencia «genética», no funcional, de la fundación respecto del fundador cuando este último ha diseñado minuciosamente las diversas cláusulas del negocio constitutivo de la persona jurídica, con especial incidencia en la determinación de los estatutos. Del mismo modo, esa dependencia se puede apreciar, con mayor intensidad, incluso, en las fundaciones del sector público, si bien en este caso ha de quedar al margen, por su propia naturaleza, la posibilidad del ejercicio de actividades empresariales por aquéllas. Sobre el fenómeno, tan importante en los últimos años, de las fundaciones del sector público, véase, recientemente, M.<sup>a</sup> T. CARBALLEIRA RIVERA, *Fundaciones y Administración pública*, Atelier, Barcelona, 2009; S. MUÑOZ MACHADO, «Las fundaciones del sector público y la legislación de contratos», *ADE* 2009, pp. 153 y ss.

cio, que una fundación, por el mero hecho de serlo, también podrá formar parte de un grupo paritario, ejerciendo incluso el papel de entidad directora del mismo, si bien se trata de un caso no contemplado directamente por la normativa vigente.

Como ya se ha indicado, la formación de la empresa de grupo trae consigo la existencia de un interés conjunto que se superpone a los intereses individuales de las sociedades que lo componen. De este modo, el conflicto básico que acompaña al funcionamiento de todo grupo (sobre todo si es jerárquico) reside en la contraposición de tales intereses y, por ello mismo, en la consiguiente necesidad de tutelar, con especial énfasis, a socios minoritarios, acreedores y trabajadores de las sociedades dominadas, a fin de compensar los perjuicios que puedan experimentar por la supremacía, que el ordenamiento reconoce, del interés del grupo. Con todo, la intensidad de este conflicto depende, también, de la concreta estructura de ordenación interna que el grupo adopte; será mayor en los denominados *grupos centralizados*, en los que la dirección del grupo (la entidad dominante) condiciona casi en su totalidad el funcionamiento empresarial y jurídico de las sociedades dominadas, y será, lógicamente, menor, en los llamados *grupos descentralizados*, donde estas últimas gozan de un margen variable de autonomía empresarial y también jurídica <sup>97</sup>.

Estas circunstancias se han de trasladar, sin género de duda, a los grupos jerárquicos encabezados por una fundación, que, en cuanto entidad directora del grupo, habrá de asumir, desde luego, el ejercicio cotidiano de la dirección económica unificada y las consecuencias derivadas del mismo en cuanto a la tutela de los intereses necesitados de protección. Teniendo en cuenta, no obstante, que la fundación ha de perseguir, por definición, la realización concreta de un fin de interés general, pueden surgir conflictos entre este último y el correspondiente interés del grupo, de resolución, en principio, no fácil. Por tal razón, se comprenden las observaciones críticas en torno al supuesto que nos ocupa formuladas desde algún sector, especialmente autorizado, de la doctrina <sup>98</sup>. Y es que, la singular condición jurídica de la fundación no puede ser un obstáculo a la aplicación del Derecho de grupos en todos sus extremos, con el consiguiente respeto al interés del grupo en concreto.

---

<sup>97</sup> Se trata de cuestiones suficientemente conocidas en el ámbito de la doctrina especializada en el estudio de los grupos, por lo que basta con remitir al lector para su mejor conocimiento a la bibliografía citada en notas anteriores, en particular a la consignada en la nota 94.

<sup>98</sup> Véase, por todos, V. EMMERICH y M. HABERSACK, *Konzernrecht*, 8.<sup>a</sup> ed., Beck, München, 2005, pp. 483-484, quienes, en términos generales, se muestran poco favorables al ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones.

Estas dificultades, no obstante, han de ser valoradas en sus justos términos. En principio, la cobertura constitucional al ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones legitima la articulación concreta del supuesto a través de la figura de la fundación con empresa, sin género de duda. Además, el legislador ha dado pasos concretos en la fijación de un régimen jurídico, si bien incipiente, como hemos tenido ocasión de ver en las páginas precedentes. Sobre la base de estas premisas, parece indudable que la fundación directora de un grupo de empresas ha de asumir los compromisos derivados de su singular naturaleza jurídica, de una parte, y de su carácter de entidad directora de una compleja estructura empresarial, de otra. Por tal razón, la fundación habrá de atender a la realización del fin de interés general que le da sentido y razón de ser, y a la que viene obligada por ley. Pero, al mismo tiempo, habrá de asumir, como ya se ha sugerido, las consecuencias inevitables de la formación de un auténtico grupo empresarial, dentro del cual le corresponderá indudablemente la tarea de coordinar y dirigir la actividad básica de las entidades que lo componen, cometidos ambos que, desde una perspectiva funcional, servirán para atribuirle la condición de empresario. A tal efecto, será preciso considerar con todo cuidado (por parte del fundador y también por parte del Patronato de la fundación) cuál será la estructura de grupo más idónea para cumplir con los diversos requerimientos normativos concurrentes en tal caso. Pensamos, en tal sentido, que la figura del grupo descentralizado resultará a priori más idónea para dar el debido cauce a la realización del fin de interés general de la fundación, así como a la preservación del interés del grupo formado.

Y, dentro de este esquema de articulación organizativa, sería conveniente objetivar los puntos básicos del grupo que se pretende constituir a través de la conclusión del denominado doctrinalmente «contrato de grupo», suscrito, en el presente caso, entre la fundación y la o las sociedades dominadas por ella. En dicho contrato, de naturaleza organizativa y licitud cierta en nuestro Derecho<sup>99</sup>, encontrarán acomodo los principios de organización y funcionamiento del grupo, las medidas de tutela previstas para los sujetos afectados por su actividad, así como los medios de resolución de los conflictos internos que puedan presentarse. Sin perjuicio de otros detalles concretos, susceptibles de incluirse en el clausulado del contrato, parece indudable concluir que la figura ahora en estudio hará más transparente la estructura empresarial del grupo encabezado por la fundación, estableciendo las bases necesarias para su regular funcionamiento. De este modo, los posibles conflictos entre el interés del gru-

---

<sup>99</sup> Sobre estos temas, hoy ya habituales en el debate sobre el régimen jurídico de los grupos, J. M. EMBID IRUJO, *Introducción al Derecho de los grupos de sociedades*, cit., pp. 54 y ss.

po, como conjunto empresarial, y el interés general al que, por definición, ha de orientarse el fin de la fundación podrán encontrar un adecuado cauce de solución, contribuyéndose, en fin, a la insoslayable tarea de dotar de seguridad jurídica al supuesto de la fundación con empresa mediante el establecimiento de soluciones equitativas en el contrato de grupo.

## VII. Consideraciones finales

A pesar de su extensión, considerablemente superior a la que suele ser habitual en un artículo de revista científica, el presente trabajo debe verse únicamente como una mera presentación de algunas cuestiones básicas relativas al tratamiento jurídico de la fundación empresaria. Esa presentación la hemos llevado a cabo tomando como punto de referencia la disciplina legislativa existente en el ordenamiento español sobre la figura que, como se ha expuesto repetidamente, contempla dos modalidades de la misma: la fundación-empresa y la fundación con empresa, de acuerdo con la terminología adoptada en este trabajo. La distinción entre ambas se basa en el modo, directo o indirecto, de ejercer la actividad empresarial; en el primer caso, característico de la fundación-empresa, la fundación asume de manera inmediata la titularidad de la empresa, en tanto que, en el segundo, la fundación realiza la actividad mercantil a través de su participación en el capital de sociedades, sin especiales límites en cuanto su extensión pero orientada por el legislador hacia aquellas en las que los socios no respondan por las deudas sociales. A esa diferencia sustancial a la hora de desarrollar la actividad mercantil ha respondido nuestro ordenamiento de una manera esquemática, usando, a la vez, una terminología vacilante. Resulta notorio, en todo caso, el mayor campo funcional atribuido a la fundación con empresa que a la fundación-empresa, dado que esta última, en particular, sólo podrá desarrollar actividades mercantiles que estén vinculadas, de modo más o menos intenso, pero siempre perceptible, con los fines que le son propios. En cambio, la fundación con empresa queda facultada para proyectar su intervención en la realidad empresarial sin restricción alguna por razón del contenido de la actividad, ni tampoco por la intensidad de su participación en el capital de las sociedades, pudiendo, incluso, llegar a convertirse en la cabeza de un complejo grupo empresarial.

Con ser insuficiente el régimen jurídico establecido entre nosotros sobre la fundación empresaria, y sin perjuicio de otros serios inconvenientes que hemos intentado resaltar en nuestro trabajo, a la hora de la conclusión debe afirmarse sin género de duda la importancia de la labor reguladora acometida por el legislador español, inserta, por lo demás, en una destacada modernización del Derecho de fundaciones en nuestro país, que arranca, como es bien sabido,

de la disciplina establecida en la Ley 30/1994. Por otro lado, la teleología inmanente al tratamiento legal de la fundación empresaria permite conectar el fenómeno regulado con una destacada doctrina, tanto nacional como extranjera, que con un esfuerzo dilatado en el tiempo ha ido delimitando los caracteres básicos de una realidad con diversas caras no siempre fáciles de captar con simultaneidad por el ordenamiento jurídico<sup>100</sup>. Y es que, aun siendo nuestra figura una persona jurídica netamente fundacional —como se deduce de la tipificación normativa llevada a cabo entre nosotros—, no resulta posible prescindir de su evidente inserción en la realidad mercantil, cuando se trata de fijar, con la mayor precisión posible, su régimen jurídico.

Ante tal situación, y en beneficio de las concretas fundaciones que decidan ejercer actividades empresariales, o que continúen en tal empeño, será preciso ir llenando de contenido el mapa que nuestro legislador meramente ha dibujado. Dicha tarea habrá de fundarse, a nuestro juicio, en una interpretación de corte finalista que evite los meandros de la inestabilidad terminológica<sup>101</sup>, que lleve a concordia los desajustes entre LF y RF, que permita ajustar en lo posible el punto de partida fundacional con la insoslayable perspectiva mercantil, y que contribuya a superar, en fin, la evidente insuficiencia del régimen jurídico predispuerto. En esta misión, hay, por último, un amplio campo de desarrollo para la autonomía de la voluntad, cuyo protagonismo tradicional en la configuración jurídica de las fundaciones adquiere ahora un aire nuevo como consecuencia de la plena inserción de la fundación empresaria en la realidad del

---

<sup>100</sup> El valor, ciertamente relevante, de algunas de esas aportaciones (como sucede, entre nosotros, con la, por tantos conceptos, admirable monografía de U. VALERO AGÜNDEZ, *La fundación como forma de empresa*, cit.) no debe confundir sobre el papel que debe atribuirse a la doctrina en la necesaria labor de construcción del régimen jurídico de la fundación empresaria. Hay que partir, como no puede ser de otro modo, del marco regulador realmente existente, cuya interpretación y análisis es la primera tarea del jurista, evitando la tentación de ignorarlo por considerar auténtica *ratio scripta* la contribución de algunos autores, con independencia del acierto, mayor o menor, que concurra en sus opiniones. Sobre esta cuestión, auténticamente central en el oficio jurídico, véase la reciente edición de P. CALAMANDREI, *Fe en el Derecho* (trad. esp. y prólogo de Perfecto Andrés Ibáñez), Marcial Pons, Madrid, 2009; entre nosotros, y no muy lejos de las materias propias de este trabajo, J. GIRÓN TENA, «Prólogo» a G. ESTEBAN VELASCO, *El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del Derecho español*, Fundación Universidad Empresa, Madrid, 1982, p. 14, quien, asimismo, reconoce al jurista competencia para la crítica y la transformación del Derecho positivo.

<sup>101</sup> La fórmula «fundación empresaria», aquí propuesta, no aspira a resolver la referida inestabilidad terminológica, inevitable, quizá, en una regulación de nuevo cuño, todavía poco contrastada con la realidad práctica de la figura. Intenta, en todo caso, ser clara, suficientemente comprensiva de las dos modalidades reconocidas por el legislador, destacando, a la vez, la dimensión empresarial que, desde un punto de vista subjetivo, corresponde en todo caso a la fundación, cuando menos desde una perspectiva funcional.

mercado y la actividad mercantil. Nos encontramos, por ello, ante un asunto de gran relieve que, sin desdeñar otras vertientes relevantes del Derecho de fundaciones en nuestros días y sin ignorar su ya considerable antigüedad, quizá pueda llegar a constituir el «tema de nuestro tiempo» en el ámbito de dicha materia <sup>102</sup>.

---

<sup>102</sup> Y es que la sazón del tiempo que nos ha tocado vivir parece abrir el camino a formas singulares de empresario, como las que representan o pueden representar las fundaciones, cuyo desarrollo económico y alcance social pertenecen sobre todo al inmediato futuro. Por tal razón, y como quería J. ORTEGA Y GASSET (*El tema de nuestro tiempo*, 18.ª ed., Revista de Occidente, Madrid, 1976, p. 107), no queda sino «abrir bien los ojos sobre el contorno y aceptar la faena que nos propone el destino: el tema de nuestro tiempo».



# Análisis jurisprudencial y de la doctrina de la DGT de las entidades parcialmente exentas en el Impuesto sobre Sociedades

*Alejandro Blázquez Lidoy*

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario  
Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS ENTIDADES TOTALMENTE EXENTAS.—III. CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL RÉGIMEN DE LAS ENTIDADES PARCIALMENTE EXENTAS.—IV. LAS ACTIVIDADES EMPRESARIALES Y LAS ENTIDADES NO LUCRATIVAS.—V. DIFERENCIAS DEL RÉGIMEN DE LAS ENTIDADES PARCIALMENTE EXENTAS CON EL RÉGIMEN DE LA LEY 49/2002: 1. *Diferencias en el ámbito subjetivo*. 2. *Diferencias en el régimen jurídico aplicable*. 3. *¿Es siempre el régimen de la Ley 49/2002 preferible al del TRLIS?*—VI. LA EXENCIÓN DE ADQUISICIONES Y TRANSMISIONES GRATUITAS: 1. *Rentas gratuitas obtenidas en cumplimiento de su objeto*. 2. *Donaciones para cumplimiento de fines que llevan aparejada alguna contraprestación*. 3. *Aplicación de la exención de los convenios de colaboración del artículo 25 de la Ley 49/2002 a las entidades parcialmente exentas*.—VII. LA EXENCIÓN DE RENTAS POR TRANSMISIONES ONEROSAS: 1. *Consideraciones sobre los bienes objeto de transmisión*. 2. *Consideración sobre los bienes objeto de reinversión*.—VIII. EXENCIÓN DE LAS ACTIVIDADES QUE COINCIDEN CON LA ACTIVIDAD DE LA ENTIDAD NO LUCRATIVA. EL PROBLEMA DE LAS ACTIVIDADES EMPRESARIALES QUE COINCIDEN CON LOS FINES: 1. *Actividades que coincidan con los fines que no sean explotaciones económicas*. 2. *Explotaciones económicas que coincidan con la actividad de la entidad no lucrativa*: A) Principio de correlación de ingresos y gastos en las cuotas. B) El régimen de las operaciones vinculadas en las entidades parcialmente exentas. 3. *Tratamiento de los gastos asociados a las actividades exentas y explotaciones económicas y otras rentas sujetas*. A) Cuotas de los asociados parcialmente afectas a explotaciones económicas.

## I. Introducción

La aparición de la Ley 49/2002, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, ha hecho que la mayoría de los estudios doctrinales en el ámbito de la imposición directa se hayan centrado en dicho tributo y el régimen de las entidades parcialmente exentas haya pasado a un segundo plano, aun cuando sea éste el régimen de más larga tradición en el sistema impositivo español y el que afecta a un mayor número de entidades, pues no en vano alcanza a las asociaciones que no sean de utilidad pública. Además, el régimen de la Ley 49/2002 es de mera comunicación, de

tal manera que las entidades aplican dicho régimen porque entienden que cumplen con la totalidad de los requisitos del artículo 3 de dicha norma. Sin embargo, lo cierto es que las condiciones de dicho precepto son incumplidas a efectos prácticos por más entidades de las deseables, de tal manera que su régimen de tributación será, realmente, el de las entidades parcialmente exentas.

La sistemática del presente trabajo es atípica. El objeto del mismo es exponer la doctrina de la DGT y la jurisprudencia emitida en los últimos años con relación al régimen de las entidades parcialmente exentas, sin perjuicio de analizar jurídicamente otras cuestiones.

## II. Las entidades totalmente exentas

El artículo 9 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, RDLeg. 4/2002 (TRLIS) recoge el régimen jurídico de las entidades exentas, ya sean entidades totalmente exentas o bien de forma parcial. El régimen de las entidades totalmente exentas se regula exclusivamente en este precepto. Sin embargo, el régimen de las parcialmente exentas se configura como un régimen de remisión a otros apartados de la norma. Así, en el apartado segundo se hace mención a las entidades acogidas a la Ley 49/2002, de régimen de fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo. Se trata de una norma de reenvío completo, ya que su régimen jurídico está totalmente regulado en dicha norma. Por su parte, en el apartado tercero sí se hace mención a las entidades que por su naturaleza están parcialmente exentas del Impuesto sobre Sociedades y su régimen jurídico se regula en el propio TRLIS (arts. 120 a 122).

El artículo 9.1 determina que estarán totalmente exentos del Impuesto, entre otros, «b) *Los organismos autónomos del Estado y entidades de derecho público de análogo carácter de las comunidades autónomas y de las entidades locales*». Se ha cuestionado si las asociaciones públicas o las fundaciones del sector público estatal podrían estar dentro de este precepto y, por tanto, totalmente exentas. No hay que olvidar que dentro del concepto sector público, tal y como aparece en la Ley General Presupuestaria (art. 2 de la Ley 47/2003), están contemplados una serie de organismos controlados por el Estado pero que se rigen por Derecho privado, como es el caso de las sociedades mercantiles públicas, fundaciones del sector público estatal, entes públicos empresariales.

En la STSJ de Murcia (recurso núm. 50/1997) se afirma que los entes públicos empresariales no gozan de la exención subjetiva. De la misma forma, en la Contestación de la DGT de 31 de julio de 2002 (consulta núm. 1162-02) se mantiene que las entidades públicas empresariales no están exentas del IS.

*Vide* también la Contestación de 16 de marzo de 2001 (consulta núm. 0557-01). En la Contestación de 31 de julio de 2002 (consulta núm. 1163-02) se señala que un organismo autónomo de carácter financiero con el objeto de fomentar, coordinar y canalizar el crédito agrario en Cataluña, no puede gozar de la exención en tanto la Ley 6/1997 considera como organismos públicos los organismos autónomos que se rigen por el Derecho administrativo y se les encomienda, en régimen de descentralización funcional y en ejecución de programas específicos de la actividad de un Ministerio, la realización de actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos. Pues bien, en el presente caso, tanto por su objeto, por cuanto que el mismo no es prestar servicios públicos de carácter administrativo, sino prestar servicios de carácter financiero, en particular, al sector agrario, como por su régimen jurídico, al estar reguladas sus actividades con terceros por normas de derecho privado, no le resulta aplicable la exención total.

Con relación a las sociedades mercantiles, en la STSJ del Principado de Asturias de 13 de abril de 2009 (recurso núm. 561/2007) se entiende que la Inspección Técnica de Vehículos de Asturias, SA, como empresa pública de capital social suscrito íntegramente por el Principado de Asturias para realizar dentro del territorio de esta Comunidad Autónoma la inspección técnica de vehículos con competencia exclusiva, no está exenta totalmente del Impuesto sobre Sociedades, ya que la actividad de una empresa pública configurada como una sociedad anónima con personalidad jurídica propia no tiene cabida en ninguno de los supuestos de exención del Impuesto sobre Sociedades contemplados en el artículo 9.1 TRLIS, pues ni es la Administración de la Comunidad Autónoma, ni Organismo autónomo de la misma, ni ninguna de las entidades a que hace referencia el referido precepto legal que además, al contemplar una exención del impuesto, su interpretación debe hacerse en sus propios términos, sin que puedan hacerse interpretaciones extensivas o analógicas. De la misma manera, el Tribunal Supremo afirma con relación a una sociedad de Inspección de Vehículos que nos encontramos ante una sociedad anónima que opera en régimen de derecho privado y que, por ello, no puede subsumirse bajo el concepto de Administración Institucional y, mucho menos, de Administración Territorial distinta de la Comunidad Autónoma de Asturias (Sentencia de 10 de junio de 2004, recurso núm. 7925/1999). En la SAN de 1 de marzo de 2001 (recurso núm. 130/1998) se afirma que ni las sociedades estatales, ni los entes públicos de las Comunidades Autónomas que por ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado, están exentos por el artículo 9.1 TRLIS. Por su parte, la Resolución del TEAC de 19 de enero de 2007 (RG 527/200) advierte que una sociedad anónima recurrente no es una entidad local en virtud de lo dispuesto en el artículo 3 de la

Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, ni una entidad autónoma municipal de análogo carácter a los organismos autónomos estatales, que se rigen por lo previsto en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado ni un ente público municipal de análogo carácter a los organismos públicos mencionados en las disposiciones adicionales novena y décima, apartado 1, de la Ley 6/1997.

De la misma manera, la DGT ha señalado en dos Contestaciones de 30 de enero de 2006 (consultas núm. V0182-06 y V0185-06) que las sociedades anónimas participadas al 100% por un Ente público son unas sociedades mercantiles sujetas y no exentas del Impuesto sobre Sociedades, ya que no tiene la condición exigida en la letra b) del artículo 9.1 TRLIS, es decir, no son un organismo autónomo ni una entidad de derecho público de carácter análogo a las entidades estatales a que alcanza la exención prevista en la letra f) de dicho artículo. *Vide* también la Contestación de 20 de julio de 2000 (consulta núm. 1416-00) y la de 6 de mayo de 2008 (consulta núm. V0905-08). De la misma manera, la AN advierte que las empresas públicas que actúan en régimen de competencia en el mercado no disfrutan de exención subjetiva (Sentencia de 28 de abril de 2008, recurso núm. 195/2006). *Vide* también SAN de 30 de marzo de 2006 (recurso núm. 827/2003).

### **III. Características generales del régimen de las entidades parcialmente exentas**

El régimen jurídico de las entidades parcialmente exentas está regulado en los artículos 120 a 122 TRLIS. Junto a este régimen, su marco normativo se completa con tres especialidades más recogidas en otros preceptos del TRLIS. Por un lado, el tipo de gravamen del 25% (art. 28.2 TRLIS). Por otro, su deber de llevar la contabilidad de tal forma que permita identificar los ingresos y gastos correspondientes a las rentas y explotaciones económicas no exentas (art. 133.1, pfo. segundo), lo que implica un deber adicional. Por último, en el artículo 136.3 TRLIS se ha determinado que no tienen obligación de declarar las entidades parcialmente exentas que cumplan con una serie de requisitos a los que posteriormente haremos mención.

Por otro lado, el TEAC ha señalado en su Resolución de 2 de marzo de 2006 (RG 1715/2003) que a pesar de que la Ley del IS configura el Impuesto sobre Sociedades como un impuesto sintético que grava la totalidad de la renta de las sociedades y demás entidades jurídicas, el carácter sintético se desdibuja, no obstante, en relación con las entidades parcialmente exentas en las

que separa de forma analítica las distintas rentas que se pueden obtener a efectos de concretar su tributación o no en el Impuesto sobre Sociedades. Así, básicamente, y con independencia de las distintas cuestiones de interpretación a las que haremos posteriormente mención, las principales características de las entidades parcialmente exentas son las siguientes:

i) Están exentas las rentas que procedan de la realización de actividades que constituyan su objeto social o finalidad específica (siempre que no sean explotaciones económicas). Como consecuencia, no son gastos deducibles los gastos que se destinen al sostenimiento de estas rentas.

ii) Están exentas las rentas 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.

iii) Están exentas las rentas 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. Si las rentas no estuvieran exentas, podrían acogerse, si cumplen con las condiciones, a la deducción por reinversión de beneficios extraordinarios regulado en el artículo 42 TRLIS.

iv) Están gravadas y no exentas las rentas de explotaciones económicas, las rentas derivadas del patrimonio, las rentas obtenidas en transmisiones [distintas de las señaladas en el apartado ii) y iii)]. Es decir, tributan los dividendos, intereses, alquileres, etc. Así, en la Contestación de 9 de enero de 2008 (consulta núm. V0027-08) expresamente se señala que la exención no alcanza a las rentas derivadas de la cesión de su recinto ferial, arrendamiento de inmuebles, ingresos financieros, etc. Por su parte, en la Contestación de 27 de febrero de 2008 (consulta núm. V0441-08) se señala que los dividendos no están exentos en el IS, sin perjuicio de la aplicación de la deducción para evitar la doble imposición interna.

v) No son gastos deducibles las cantidades que constituyan aplicación de resultados. Es decir, los gastos que sean realizados en cumplimiento de sus fines y que se realicen como consecuencia de actividades gratuitas no son deducibles en ningún caso. Esto implica que estos gastos no se pueden compensar con otras rentas positivas. Se trata, en última instancia, de no considerar deducibles las donaciones, tal y como sucede con el régimen general.

vi) A los efectos de determinar la base imponible no se pueden deducir los gastos exclusivamente afectos a las rentas exentas. Por su parte, 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. Por tanto, las pérdidas por actividades exentas no pueden compensarse con otras rentas positivas.

vii) Las rentas tributan al tipo del 25%. Las reducciones de tipo que han afectado a las entidades mercantiles no han operado para las entidades no lucrativas, que siguen aplicando el tipo del 25%. De esta manera, las entidades mercantiles de reducida dimensión tienen el mismo tipo de gravamen que las rentas obtenidas hasta 120.202,41 euros lo que realmente pone en entredicho el beneficio fiscal que supone el ser una entidad no lucrativa mediante la aplicación de un tipo de gravamen reducido.

Es más, conforme a la disposición adicional duodécima del TRLIS, añadida por la Ley 36/2009, para las entidades con una cifra de negocios inferior a 5 millones de euros y una plantilla media inferior a 25 empleados durante los ejercicios 2009, 2010 y 2011 se tributará al tipo del 20% por las rentas hasta 120.202,41 euros y por encima lo harán al tipo del 25%, siempre que mantengan la plantilla media. Por tanto, el tipo de gravamen de las entidades no lucrativas será, normalmente, el del 25%. Pero, además, si cumplen las anteriores condiciones, podrá ser hasta de un 20%.

viii) Una de las especialidades de las entidades parcialmente exentas es que, conforme al artículo 136.3 TRLIS, no tienen obligación de declarar cuando se cumplan los siguientes requisitos: a) que sus ingresos totales no superen 100.000 euros anuales; b) que los ingresos correspondientes a rentas no exentas sometidas a retención no superen 2.000 euros anuales; c) que todas las rentas no exentas que obtengan estén sometidas a retención.

La no obligación de declarar supone que la retención que se haya practicado a los ingresos sometidos a retención será la tributación final a soportar por estas entidades. Es decir, no se trata de un supuesto de exención en esta parte, sino que la tributación final de la entidad se limitará al tipo de retención sobre los ingresos. Por tanto, si, por ejemplo, una entidad no lucrativa tuviera una cartera de acciones y recibiera dividendos por importe de 2.000 euros, se le habría practicado una retención del 19% sobre los ingresos, por lo que el tipo de gravamen final sería inferior en 6 puntos mediante este sistema. Sin embargo, si lo que se retiene son por rentas de locales de negocios, la retención del 19% sería por los ingresos, pero no se habría computado por la entidad los gastos deducibles (como las deducciones), de tal manera que podría ser mejor tributar por el 25% de los beneficios.

Con relación al fundamento de las exenciones en el presente régimen, el TEAC ha señalado en su Resolución de 21 de diciembre de 2006

(RG 4003/2004) que la exención parcial de las entidades parcialmente exentas se justifica para hacer efectivo el principio de neutralidad en las decisiones de los contribuyentes que es uno de los principios inspiradores del Impuesto sobre Sociedades, tal y como señala la Exposición de Motivos de la Ley 43/1995; si no se limitara la exención, como hace el régimen aplicable a las entidades parcialmente exentas, todos los agentes económicos estarían incentivados desde el punto de vista tributario a constituir asociaciones para no declarar sus rentas derivadas de explotaciones económicas y de incrementos de patrimonio.

#### **IV. Las actividades empresariales y las entidades no lucrativas**

El régimen fiscal de las entidades parcialmente exentas se aplica, fundamentalmente, a las entidades que carezcan de ánimo de lucro, tal y como se establece en el artículo 9.3.a) TRLIS. Sin embargo, en el ámbito de las entidades no lucrativas se ha planteado si el hecho de que estas entidades actúen en el mercado, en competencia con otras, y obteniendo beneficios, puede hacer que no sean consideradas sin ánimo de lucro a los efectos del IS. En este sentido, resulta necesario distinguir entre el ánimo de lucro objetivo y el ánimo de lucro subjetivo. El primero implica que en el desarrollo de una actividad no se trata de obtener beneficios. El segundo, que en el desarrollo de una actividad sí se pueden obtener beneficios, pero el destino de los mismos está orientado a entidades sin fines lucrativos. En principio, en el ámbito impositivo, el ánimo de lucro debe entenderse en este segundo sentido. Es decir, cualquier fundación, asociación, etc., puede realizar actividades de carácter empresarial, especialmente en cumplimiento de fines, y obtener beneficios, y eso no elimina el ánimo de lucro. Así, en el ámbito del IVA, la STJCE de 21 de marzo de 2002 (Kennemer Golf & Country Club, As. C-174/00) advertía que el concepto de entidad sin ánimo lucrativo empleado en la directiva suponía que la carencia del ánimo de lucro se exigía del organismo y no de las actividades en concreto. Y especialmente significativa es la STS de 20 de julio de 2009 (recurso núm. 3191/2003), donde se cuestionaba si una actividad enderezada a satisfacer los fines de interés general dejaba de serlo si se instrumentalizaba mediante la realización de operaciones mercantiles. Entiende el Tribunal que dicha postura no se puede compartir, porque no hay prácticamente ningún sector de las actividades dirigido a satisfacer necesidades de interés general que no constituya en nuestro tiempo objeto de empresas con ánimo de lucro y porque la propia Ley 49/2002 exige a las organizaciones a las que se aplica que la actividad que desarrollen no consista en operaciones económicas «*ajenas a su objeto o finalidad estatutaria*» por lo que sí se permiten actividades que coincidan con los fines fundacionales.

Sin embargo, la STSJ de Cataluña, de 14 de noviembre de 2005 (recurso núm. 319/2002), señala con relación a una asociación deportiva que el pago del precio por el asociado se traduce en la incorporación como socio del beneficiario del servicio y en cuanto a los socios precedentes, la aportación se traduce en un beneficio en tanto se integra en el patrimonio del que se sirven o utilizan. Y, por tanto *«el beneficio de los asociados excluye el ánimo de lucro de la entidad, de la misma forma que lo excluiría si los beneficios se tradujeran en ingresos procedentes de personas no asociadas. La entidad tiene ánimo de lucro porque su finalidad es el beneficio de sus asociados»*. Y de manera parecida, la SAN de 1 de marzo de 2001 (recurso núm. 168/1998) mantuvo que si bien un club de golf, en principio, podría considerarse como una de las asociaciones sin ánimo de lucro a que hace referencia el precepto, había de tenerse en cuenta que era una asociación deportiva en la que el elemento deporte es el que configura la misma, y no puede obviarse la normativa que respecto de tales clubes o asociaciones deportivas existe en nuestro ordenamiento, de tal manera que *«las entidades privadas deportivas que no sean declaradas de carácter cultural o reconocidas como de utilidad pública (conforme a los trámites previstos en la Ley reguladora del Deporte en Cataluña), no pueden ser consideradas como instituciones sin ánimo de lucro a efectos fiscales, y por ende no pueden beneficiarse de las exenciones previstas en el artículo 5.º 2 de la Ley 61/1978 del IS»*.

## **V. Diferencias del régimen de las entidades parcialmente exentas con el régimen de la Ley 49/2002**

Junto con el régimen de las entidades parcialmente exentas del TRLIS está la Ley 49/2002, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo. Se trata también de un régimen de entidades parcialmente exentas pero con distinto alcance.

### **1. Diferencias en el ámbito subjetivo**

La primera diferencia entre ambos regímenes reside en las entidades que pueden acogerse al régimen de la Ley 49/2002 y el TRLIS. En la Ley 49/2002 estarían las siguientes entidades:

i) Las fundaciones; asociaciones declaradas de utilidad pública; delegaciones de fundaciones extranjeras inscritas en el Registro de Fundaciones; federaciones deportivas españolas, las federaciones deportivas territoriales de ámbito autonómico integradas en aquéllas; el Comité Olímpico Español y el Comité Paralímpico Español, y las federaciones y asociaciones de las entidades sin fines lucrativos a que se refieren los párrafos anteriores. Además, la DGT

ha señalado que también pueden acogerse a la Ley 49/2002 las Organizaciones no gubernamentales de desarrollo de la Ley 23/1998, aunque no sean asociaciones de utilidad pública (Contestación de 22 de enero de 2009, consulta núm. V0126-09). Todas estas entidades deben cumplir la totalidad de requisitos establecidos en el artículo 3 de la Ley 49/2002 y solicitar la aplicación de dicho régimen. En caso contrario tributarían por el régimen de las entidades parcialmente exentas del TRLIS.

ii) Como un régimen especial de entidades que pueden estar dentro de este régimen está la Obra Pía de los Santos Lugares (disposición adicional sexta), que sólo tiene que cumplir con lo establecido en el artículo 3.5, y las Fundaciones de entidades religiosas (disposición adicional octava) —que en este caso deberán optar—. Y también pueden optar a este régimen las entidades benéficas de construcción constituidas al amparo del artículo 5 de la Ley de 15 de julio de 1954 (disposición adicional decimotercera).

iii) Por último hay una serie de entidades no lucrativas que en todo caso estarán dentro del régimen del IS de la Ley 49/2002, sin necesidad de que cumplan con los requisitos del artículo 3 y sin necesidad de solicitarlo. Son la Cruz Roja Española y la Organización Nacional de Ciegos Españoles (disposición adicional quinta) y la Iglesia Católica y las iglesias, confesiones y comunidades religiosas que tengan suscritos acuerdos de cooperación con el Estado español (disposición adicional novena). Se trata de un régimen de privilegio que puede llevar aparejada una posible vulneración del principio de igualdad.

Por su parte, el artículo 9.3 señala que están dentro del régimen de las entidades parcialmente exentas las entidades e instituciones sin ánimo de lucro no incluidas en la Ley 49/2002. Es decir, la totalidad de asociaciones y, además, las fundaciones y asociaciones de utilidad pública que o bien no cumplan con el artículo 3 de la citada norma o cumpliendo con él no han optado por dicho régimen de tributación. Además, el artículo 9.3 incluye a las uniones, federaciones y confederaciones de cooperativas; los colegios profesionales, las asociaciones empresariales, las cámaras oficiales y los sindicatos de trabajadores; los fondos de promoción de empleo constituidos al amparo del artículo 22 de la Ley 27/1984; las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social que cumplan los requisitos establecidos por su normativa reguladora, y, por último, la entidad de derecho público Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias.

Con relación a las Mutualidades, en la Contestación de la DGT de 25 de junio de 2007 (consulta núm. V1371-07) se entiende que la Ley se refiere exclusivamente a las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la seguridad social por lo que otras mutuas, a pesar de su falta de ánimo de lucro,

no pueden considerarse incluidas en el régimen de entidades parcialmente exentas, lo que afecta a una mutualidad de previsión social. Lo mismo se mantiene, excluyendo ahora a las Mutuas a Prima Fija, en la Contestación de 13 de mayo de 2004 (consulta núm. 1229-04). Esto plantea, a nuestro parecer, un problema con relación al artículo 9.3.a) que determina que están exentas las entidades sin ánimo de lucro que no estén acogidas a la Ley 49/2002. Si la interpretación que aporta la Contestación de la DGT es correcta habría que interpretar que el artículo 9.3.a) es una norma de remisión a la Ley 49/2002, de tal manera que sólo las entidades allí identificadas y que no pudieran optar por dicho régimen podrían estar en dicho supuesto, pero no el resto de entidades no lucrativas. Y dicho criterio no parece sostenible.

## ***2. Diferencias en el régimen jurídico aplicable***

Como hemos señalado, el artículo 9.3.a) determina que tributan por el régimen de las entidades parcialmente exentas las entidades e instituciones sin ánimo de lucro que no hayan podido tributar por el régimen de la Ley 49/2002. Es decir, las fundaciones y las asociaciones declaradas de utilidad pública sin ánimo de lucro que cumplan con los requisitos del artículo 3 de la Ley 49/2002 pueden optar por el régimen especial de dicha norma o bien por el régimen general.

Es necesario señalar que el régimen de la Ley 49/2002 no se limita a especialidades en la tributación de las entidades en el IS. Por el contrario, los beneficios fiscales de la Ley 49/2002 también tienen incidencia en el ámbito de otros tributos, como los de carácter local, así como en el ITPAJD y, sobre todo, en el mecenazgo. Sólo las cantidades que se aporten a dichas entidades dan lugar a un beneficio fiscal de la deducción del 35% en los donantes personas jurídicas. Por el contrario, si se donan a entidades parcialmente exentas el gasto no es deducible ni tiene derecho a la deducción.

Las diferencias entre el TRLIS y la Ley 49/2002 serían las siguientes:

i) En la Ley 49/2002 todo está exento excepto las explotaciones económicas que no estén incluidas en el artículo 7 de la Ley 49/2002. Es decir, sólo ciertas explotaciones económicas van a tributar y el resto de ingresos están exentos (donaciones, intereses, dividendos, alquileres, contratos de patrocinio, las derivadas de adquisiciones o de transmisiones, por cualquier título, de bienes o derechos). Por su parte, en el TRLIS sólo están exentas las donaciones, y las rentas 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) y las rentas que se pongan de manifiesto en la trans-

misión onerosa de bienes afectos a la realización del objeto o finalidad específica cuando el total del producto obtenido se destine a nuevas inversiones relacionadas con dicho objeto o finalidad específica. En definitiva, el alcance de la exención de la Ley 49/2002 es mucho más amplia que en el caso del TRLIS.

ii) Las explotaciones económicas en la Ley 49/2002 son las únicas rentas que tributan. Sin embargo, también estarán exentas aquellas explotaciones que coincidan con los fines de la fundación y que estén recogidas en el artículo 7 de la Ley 49/2002. Son las actividades de carácter social, cultural (museos, música, publicaciones, conferencias, etc.), sanitarias, deportivas, educativas, de parques, las explotaciones que tengan un carácter meramente auxiliar o complementario a las explotaciones económicas exentas o de las actividades encaminadas a cumplir los fines estatutarios, y las explotaciones de reducida dimensión (inferiores a 20.000 euros de ingresos). Además, el artículo 3.4 ha establecido que el arrendamiento del patrimonio inmobiliario de la entidad no constituye explotación económica. Por tanto, todos los ingresos procedentes de las rentas inmobiliarias están exentos incluso en el caso de que nos encontremos ante una explotación económica con arreglo a lo que establece el artículo 27.2 LIRPF (por tener un local exclusivamente destinado a llevar a cabo la gestión de la actividad y que la ordenación de aquélla utilice, al menos, una persona empleada con contrato laboral y a jornada completa). Y de la misma manera, otra explotación económica, como los contratos de patrocinio, están exentos.

Frente a ello, sin perjuicio de lo que posteriormente se señalará, en el ámbito de las entidades parcialmente exentas la totalidad de las explotaciones económicas están gravadas.

iii) Otra diferencia afecta a la determinación de la base imponible y el sistema de deducción de las amortizaciones. En efecto, en el régimen de la Ley 49/2002, y para las amortizaciones de bienes patrimoniales afectos parcialmente a la realización de actividades no exentas, *«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»* [art. 8.2.b), pfo. segundo]. Sin embargo, en el caso de las entidades parcialmente exentas no se hace referencia específica a las amortizaciones, lo que implica que las amortizaciones están incluidas en el artículo 122.2.a) y sólo son deducibles en función del porcentaje determinado para el resto de gastos comunes. Es decir, será deducible el porcentaje que representen los ingresos obtenidos en el ejercicio de explotaciones económicas no exentas respecto de los ingresos totales de la entidad. Como puede verse, el sistema de deducción no es el mismo, y no parece haber ninguna justificación a este trato de desigualdad entre ambas normas.

iv) Por último, el tipo de gravamen de las explotaciones económicas se limita al 10% en el caso de entidades acogidas a la Ley 49/2002, mientras que el tipo asciende al 25% para las entidades parcialmente exentas.

### **3. *¿Es siempre el régimen de la Ley 49/2002 preferible al del TRLIS?***

La Ley 49/2002 ofrece una serie de ventajas frente al régimen del TRLIS, por lo que parece que si la entidad puede optar por los dos regímenes será más atractivo el de la Ley 49/2002. Sin embargo, desde la sola perspectiva de la tributación en el IS es posible que en ciertas circunstancias sea más beneficioso tributar por el régimen del TRLIS. En efecto, como hemos señalado, algunas explotaciones económicas están exentas conforme con el artículo 7 de la Ley 49/2002. Pero la exención opera tanto para las rentas positivas como para las rentas negativas. Por tanto, en el caso de que la entidad realice actividades económicas con pérdidas exentas y actividades económicas gravadas con beneficios, el resultado será que sólo tributará por las actividades con beneficios. Sin embargo, en el caso del régimen de las entidades parcialmente exentas del TRLIS se podrán compensar ambas, lo que dará lugar a que, en su caso, no tuviera que tributar. En definitiva, y desde la perspectiva del IS, la aplicación del régimen de las entidades parcialmente exentas es más beneficioso si se cumplen las siguientes condiciones: i) que la entidad no lucrativa realice explotaciones económicas exentas del artículo 7 y explotaciones económicas no exentas; ii) que las explotaciones exentas den como resultado pérdidas y las no exentas beneficios; es decir, que no se puedan compensar las rentas negativas con las positivas; iii) por último, que la aplicación del régimen general dé lugar a pagar menos impuestos que el régimen privilegiado. Es decir, que el 25% de la suma de todas las rentas positivas y negativas sea menor que el 10% de los beneficios de las explotaciones económicas que tributan.

En cualquier caso, la comparación de ambos regímenes no puede limitarse al IS. La Ley 49/2002 es más que un régimen de privilegio en el IS, por lo que incluso en el caso de que este régimen resulte perjudicial en el IS es posible que el resto de beneficios (en mecenazgo, tributos locales e ITP) compense dicha merma.

## **VI. La exención de adquisiciones y transmisiones gratuitas**

La primera especialidad del TRLIS de las entidades parcialmente exentas se encuentra en el artículo 121.1.b). Según el mismo, están exentas las rentas 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. En el caso de las transmisiones a título gratuito, la renta se podría producir por la diferencia entre el valor contable de los bienes entregados y su valor de mercado (art. 15.3 TRLIS).

### **1. Rentas gratuitas obtenidas en cumplimiento de su objeto**

En la exención de las rentas derivadas de adquisiciones y de transmisiones a título lucrativo la problemática ha surgido a los efectos de determinar cuándo esas adquisiciones o transmisiones lucrativas se realizan en cumplimiento de su objeto o finalidad específica. En el caso de donaciones entregadas por la entidad no lucrativa, parece que sólo estarán exentas aquellas que sean realizadas en cumplimiento de fines por parte de las mismas. Es decir, la entrega de bienes por una fundación sólo podrá gozar de la exención si se realiza en el cumplimiento de los fines fundacionales. En este sentido, la DGT ha señalado con relación a la transmisión, con ocasión de la disolución y liquidación de unos inmuebles a título lucrativo para financiar las actividades benéficas de la fundación, que sí está exenta en tanto uno de los fines de la asociación consultante es el destinar sus medios económicos a los fines de la fundación (Contestación de 26 de septiembre de 2009, consulta núm. V1915-06). Y de la misma manera se pronuncia en la Contestación de 7 de julio de 2008 (consulta núm. V1418-08).

En los casos donde la entidad no lucrativa actúe como donataria habrá que determinar cómo se prueba que un bien se ha afectado al cumplimiento de su objeto o finalidad específica y no a otra. Así, la DGT afirma en su Contestación de 28 de mayo de 2007 (consulta núm. V1108-07) que de los datos que se ponen de manifiesto no se conoce si la adquisición a título lucrativo se obtiene en cumplimiento del objeto y finalidad específica de la fundación consultante, por lo que no se puede hacer una valoración sobre la aplicación de la citada exención al caso planteado. Pero, sobre todo, una cuestión importante es determinar si esa afección tiene que ser durante toda la vida útil del bien o durante un mínimo período de tiempo, o cabe un posible cambio de afectación futuro. Esta cuestión no está solventada de manera normativa ni, por lo que conocemos, por la jurisprudencia o doctrina administrativa, y se hará mención a la misma posteriormente cuando se analice la exención de las transmisiones onerosas.

Quizás el problema esencial radica en determinar qué sucede cuando los fines se realizan mediante una explotación económica. A nuestro parecer, en el caso de que sean transmisiones de la entidad no lucrativa, donde actúe como donante, la operación estará exenta en tanto al ser gratuita no podrá entenderse realizada como actividad económica. El problema real será la donación por

un tercero a la entidad no lucrativa de un determinado bien para integrarse en una explotación económica. El artículo 121.3 TRLIS establece que: «*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*». Pues bien, la donación de un bien destinado a una actividad empresarial en cumplimiento de fines no parece tener una excepción en el artículo 121.3, pues no parece que pueda ser calificado ni como rendimiento, ni renta derivada de su patrimonio ni renta derivada de transmisiones. Por tanto, deberían estar exentas.

## **2. Donaciones para cumplimiento de fines que llevan aparejada alguna contraprestación**

Las donaciones puras y simples no plantean problemas sobre su no consideración como renta. Las dudas se plantean, lo que será muy común en ciertas cuotas de asociaciones, en aquellos casos donde la prestación a que se tiene derecho sea muy inferior al importe de la cuota. En efecto, en el mundo no lucrativo son comunes las cuotas de amigos, amigos colaboradores o colaboradores que tienen que satisfacer una determinada cantidad pero también tienen ciertos derechos, como descuentos en entradas, en adquisición de productos, libre acceso a eventos organizados, recibir revistas, etc. La cuestión es si son o no donaciones y, por tanto, exentas de tributación. Y creemos que el elemento clave está en el retorno que se reciba de la entidad no lucrativa; si el importe de la cuantía abonada es mucho mayor que la prestación que se puede recibir nos encontraremos ante una cuota que se debe conceptuar como renta exenta.

En la STJCE de 21 de septiembre de 1988 (As. C-50/1987) se hace referencia a que si el importe de un arrendamiento es simbólico puede considerarse una liberalidad y no una actividad económica en el sentido de la Directiva. Y, aunque sea a otros efectos, la Sentencia de 21 de marzo de 2002 (As. C-267/00, Zoological Society of London) ha advertido que «*si bien toda la gestión del organismo ha de ser ejercida por personas no retribuidas, la circunstancia de que el personal retribuido participe de modo ocasional o marginal en la adopción de decisiones esenciales o se paguen retribuciones menores o simbólicas a este personal no basta para negar a su actividad su carácter esencialmente filantrópico ni para llegar a la conclusión de que el organismo persigue fines comerciales encubiertos*». Y la propia DGT ha señalado que existe una operación gratuita, conforme a criterios lógicos, cuando la contraprestación sea «*prácticamente inexistente*» (Contestación de la DGT de 24 de abril de 2001, consulta núm. 0818-01) o «*incluso en los casos en que dicha contraprestación exista pero sea meramente simbólica*» [Contestaciones de

la DGT de 13 de mayo de 2002 (consulta núm. 0716-02) y de 6 de noviembre de 2001 (consulta núm. 1960-01)]. Y en la Contestación de 7 de junio de 2010 (consulta núm. V1258-10) se afirma que *«de acuerdo con los criterios interpretativos admitidos en derecho a que remite el artículo 12 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria y el artículo 3.º del Código Civil, debe llegarse a la lógica conclusión de que incluso en los casos en que dicha contraprestación exista pero sea meramente simbólica o desproporcionadamente inferior al valor de mercado, se trata de una operación sin contraprestación a efectos de este Impuesto. Por el contrario, no tendrán la consideración de autoconsumo las operaciones por las que se paga una contraprestación real, aunque tal contraprestación sea inferior al precio de coste del bien entregado o del servicio prestado»* (vide en el mismo sentido las Contestaciones de 28 de mayo de 2010, consulta núm. V1153-10 y de 15 de junio de 2009, consulta núm. V1398-09). En la Contestación de la DGT de 16 de noviembre de 2006 (consulta núm. V2282-06) se afirma que una fundación donde las entidades que quieren adherirse a un sistema de correo electrónico seguro deben aportar una microdonación, no se entiende que hay ánimo de liberalidad dado que la microdonación exigible para entrar en el sistema se trata de una operación con carácter oneroso y, por tanto, una explotación económica. Por su parte, en la STS de 25 de enero de 2010 (recurso núm. 9177/2003) se ha señalado que *«El TEAC confunde varios conceptos: en primer lugar, asume que la fijación de un precio exiguo equivale a la inexistencia de precio... este Tribunal Supremo ha afirmado en numerosas ocasiones que la existencia de un precio reducido o exiguo no invalida un contrato ni lo convierte en gratuito (de compraventa en este caso); así, la sentencia de 20 de julio de 1993»*.

Sin embargo, y en los casos donde la prestación no sea simbólica y sí tenga relevancia queda, todavía, por determinar si dicha operación puede dividirse en dos partes; por un lado, la prestación de servicios por la parte que sea prestación y por su valor de mercado, y, por el resto, una donación. Más en concreto queda por determinar si esa forma de contabilización y tributación puede asimilarse al verdadero fondo económico de la operación. En este sentido resulta necesario hacer mención a la Contestación de la DGT de 17 de mayo de 2010 (consulta núm. V1036-10) referente a su supuesto donde una fundación va a firmar un acuerdo de colaboración con una entidad financiera por el que cobrará una cantidad importante a cambio de difundir el nombre (convenio de colaboración) pero, además, la entidad financiera tendrá derecho a instalar cajeros automáticos, reservar espacios, utilizar el auditorio y la sala de exposiciones y publicitarse en todas las actividades que realice la fundación. Pues bien, en dicho caso, y aunque sea a los efectos del IVA, la DGT entiende que en la parte correspondiente al mero convenio de colaboración nos encontramos ante una operación no sujeta al IVA porque no hay una prestación de

servicios. Pero la parte de la cesión de espacios queda excluida del convenio de colaboración y debe valorarse por mercado a los efectos del IVA. En definitiva, se divide la operación en parte onerosa y parte lucrativa.

### **3. *Aplicación de la exención de los convenios de colaboración del artículo 25 de la Ley 49/2002 a las entidades parcialmente exentas***

En el artículo 25 de la Ley 49/2002 se regulan los convenios de colaboración empresarial en actividades de interés general. En estos convenios, «*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*». Y dicho precepto señala que la difusión de la participación del colaborador «*no constituye una prestación de servicios*» pero, a su vez, tiene la consideración de gasto fiscalmente deducible en el Impuesto sobre Sociedades para el colaborador. Lo que se plantea es si ese régimen es trasladable no sólo a las entidades de la Ley 49/2002 sino también a las entidades acogidas al régimen de las entidades parcialmente exentas del TRLIS.

A nuestro parecer, y como señalamos en otra parte (A. Blázquez Lidoy, 2007, *Análisis crítico del IVA en las Entidades sin fin de Lucro*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid) si en el IVA, que es un tributo armonizado y donde no es posible establecer diferente tratamiento en función de quien sea el prestador del servicio, se afirma que un convenio no es una prestación de servicios, esto sólo puede ser válido bajo la premisa de que a los efectos del IVA dicho convenio se asimila a una donación, ya que se señala que no se realiza el hecho imponible, y también como donación se califica en el Impuesto sobre Sociedades. De esta manera, en el Impuesto sobre Sociedades del donante no sería fiscalmente deducible por mor del artículo 14.1.e) TRLIS y sólo lo es porque, como excepción, el apartado 2 del artículo 25 de la Ley 49/2002 dispone que es deducible. Jurídicamente, por tanto, el artículo 25 de la Ley ha venido a calificar los convenios de colaboración como donaciones modales. Como mantiene la DGT en la Contestación de 17 de mayo de 2010 (consulta núm. V1036-10) las cantidades percibidas en un convenio de colaboración o patrocinio para la realización de la actividad no constituyen ninguna prestación de servicios a los efectos del IVA. En esta contestación, como novedad, se incluyen a los contratos de patrocinio, de una manera dudosamente legal.

Pero si esto es así, no se considera una prestación de servicios en ningún caso, con independencia de quien se comprometa a difundir la participación del colaborador en dichas actividades. Por tanto, si es una entidad que tributa por el régimen de las entidades parcialmente exentas, las cantidades que reciba

por el concepto de convenio de colaboración están exentas al poder ser calificadas como donaciones. Sin embargo, la DGT mantiene que *«en el caso de que la fundación sea una entidad parcialmente exenta, y no una entidad sin fines lucrativos de la Ley 49/2002, la entidad consultante no tendría la consideración de entidad beneficiaria del mecenazgo, según el artículo 16, y, por lo tanto, no le sería aplicable el régimen fiscal de convenio de colaboración empresarial en actividades de interés general, previsto en el artículo 25 también de la Ley 49/2002»* (Contestación de 20 de junio de 2007, consulta núm. V1323-07). Es decir, parece que en el TRLIS no se asimila a una donación y, por tanto, no estaría exenta por aplicación de las adquisiciones gratuitas. Sin embargo, y si diéramos por válida la argumentación de la DGT, el hecho de que no sea una donación supondría que habría que examinar si nos encontramos o no ante las rentas de una explotación económica (gravada) o actividad que coincida con los fines de la entidad (exenta).

## VII. La exención de rentas por transmisiones onerosas

El artículo 121.1.c) TRLIS establece que están exentas las rentas 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. La aplicación práctica de esta exención lleva aparejados varios problemas.

### 1. Consideraciones sobre los bienes objeto de transmisión

i) La norma no establece ninguna limitación de los bienes que pueden dar lugar a este beneficio (inmuebles, inmovilizados, financieros, inmateriales) por lo que es necesario determinar su alcance. Y aunque no se establezca de una manera expresa, lo que sean ventas de cualquier bien como actividad económica, como la venta de existencias y mercaderías, no está exenta, pues las mismas estarán dentro del concepto de actividades económicas. Expresamente señala la DGT *«que las rentas que se pongan de manifiesto en la transmisión onerosa de elementos afectos a la realización del objeto o la finalidad específica quede exenta, siempre que dicho objeto no se desarrolle en el marco de una actividad empresarial»* (Contestación de 10 de marzo de 2008, consulta núm. V0531-08). Por su parte, en la Contestación de la DGT de 12 de julio de 2007 (consulta núm. V1549-07) se conoce del caso de los ingresos derivados de la cesión de los derechos de aprovechamiento urbanísticos de dichos terrenos, entendiendo la DGT que son ingresos extraordinarios procedentes de la enajenación de parte del inmovilizado afecto a la explotación económica que consiste en la puesta a disposición a los asociados de instalaciones para la práctica del depor-

te, asumiendo los riesgos económicos de la actividad. Por tanto, al ser un ingreso extraordinario procedente de la actividad económica sujeta y no exenta del IS, no tiene la consideración de renta exenta, aun cuando se reinvierta en la propia actividad económica. Es decir, la DGT entiende que los elementos del activo afectos a explotaciones económicas, incluso cuando coincidan con los fines de la entidad, no podrán gozar de exención.

ii) Con relación a qué tipo de bienes pueden gozar de la exención, al no establecerse en la norma ningún límite a los tipos de bienes puede plantearse que la totalidad de ellos podría estar exentos. Aunque también caben otras interpretaciones más o menos amplias (*vide* I. Ucelay Sanz, 2005, «El Impuesto sobre Sociedades de las entidades sin fin de Lucro», en AA.VV., *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y Mecenazgo*, dirigido por R. de Lorenzo, M. Cruz Amorós y S. Muñoz Machado, Iustel-ONCE, Madrid, pp. 1102-1103). En la Resolución del TEAC de 24 de julio de 2008 (RG 2266/2007) se parte de la base que la doctrina científica es en este punto *«escasa y desde luego trata muy sucintamente la exención por reinversión propia del régimen de las entidades parcialmente exentas»*. Pues bien, a partir de dicho presupuesto de partida, y con relación al término *«bienes»* utilizado por el artículo 121 señala que dicho precepto no especifica si se trata de materiales o inmateriales, y, por tanto, *«donde la ley no distingue no cabe hacer distinción»*, lo que hace que se incluyan derechos, en cuanto bienes inmateriales y no parece adecuado limitar el término bienes a los elementos materiales del activo fijo de la entidad... *«Parece claro que si la ley no limita expresamente la exención por reinversión de las entidades parcialmente exentas a las rentas derivadas de la enajenación de «elementos del inmovilizado material, o material e inmaterial» es porque no pretende hacerlo. Y esta falta de delimitación de la naturaleza de los elementos susceptibles de generar las plusvalías resulta congruente con la naturaleza de unas entidades que no tienen ánimo de lucro»*.

iii) La norma es clara a la hora de exigir que los bienes han tenido que estar afectos a los fines sociales. Así, en la Contestación de 30 de octubre de 2007 (consulta núm. V2300-07) se conoce de una entidad que adquiere una finca rústica con el objeto de dedicarla a su actividad asociativa pero que no se dedica de manera material a la misma. La DGT entiende que *«la finca rústica adquirida no ha estado afecta a la realización de su objeto social, por cuanto para ello se requiere una aplicación material al mismo, circunstancia que no ha concurrido en el presente caso, por lo que dicha finca es un mero elemento integrante del patrimonio, de forma que la renta obtenida en la transmisión estará sujeta y no exenta al Impuesto sobre Sociedades, con independencia del destino de los recursos obtenidos en esa transmisión»*. Pero además, y con relación a lo que debe entenderse por afectación a la realización del objeto o finalidad específica, la Contestación de la DGT de 5 de marzo de 2008 (consulta núm. V0487-08) entiende que supone el empleo

material del bien en la realización de tal objeto o finalidad, inmovilizándose en el patrimonio mientras aporte utilidades materiales al sujeto pasivo en dicha realización, no considerándose bien afecto a la realización del objeto o finalidad específica, los bienes que sólo aportan utilidades o ingresos tales como réditos, rentas, alquileres o dividendos, aun cuando dichos recursos se empleen en la realización del objeto o finalidad. Por tanto, la afectación debe ser directa e inmediata, y no indirecta o mediata. De la misma manera, señala la DGT en su Contestación de 25 de abril de 2007 (consulta núm. V0874-07) que no cabe la exención si el terreno se destinó a la consecución de sus fines, mediante la inversión de cuantos rendimientos se obtenían del mismo en la consecución de sus fines.

iv) La norma hace mención a supuestos donde existe una afectación total de los bienes a los fines de la entidad. Sin embargo, queda por solventar qué sucede cuando la afectación no es total, sino parcial. Así, en la Contestación de la DGT de 5 de marzo de 2008 (consulta núm. V0487-08) se conoce del supuesto donde al menos una parte del terreno transmitido no está afecto a la realización del objeto o finalidad específica de forma directa. La DGT entiende que la renta que se puso de manifiesto en la transmisión onerosa de la parte del terreno no afecta a fines no está exenta del Impuesto sobre Sociedades, cualquiera que sea el empleo que se dé a las cantidades obtenidas en dicha transmisión. Y la parte afecta a sus finalidades sí podrá estar exenta. De esta manera, la entidad deberá identificar de forma clara y precisa la parte del terreno que ha afectado de forma directa y permanente a la realización de su objeto benéfico.

## **2. Consideración sobre los bienes objeto de reinversión**

Las rentas obtenidas por la transmisión de los bienes deben destinarse a reinversiones afectas a los propios fines de las entidades y, además, la reinversión debe ser total. Al igual que con los bienes transmitidos, también se plantean ciertas dudas con relación a los bienes objeto de reinversión.

i) Con relación a la afectación a los fines de la entidad, en la Contestación de 10 de marzo de 2008 (consulta núm. V0531-08) se afirma que no se cumplirá el requisito de reinversión en tanto que la entidad se va a disolver, entregando el importe obtenido en la venta de su local a otras entidades que persigan fines análogos al de la asociación consultante, no destina las rentas a esos fines. *Vide* también la Contestación de 7 de julio de 2008 (consulta núm. V1418-08). Por su parte, en la Resolución del TEAC de 24 de julio de 2008 (RG 2266/2007) se señala con relación al destino que la Ley explicita el concepto «*inversiones relacionadas con dicho objeto o finalidad específica*» y se trata

de un término poco preciso, ya que las inversiones pueden tener naturaleza muy distinta, material o inmaterial y, además, ni siquiera se exige que las inversiones estén afectas al objeto social específico, sino sólo relacionadas con él, término éste de mayor amplitud que el de afección.

ii) Se han planteado también cuestiones en el caso de que la reinversión no sea total. La norma exige que el importe total del producto se debe destinar a nuevas inversiones, pero no establece ninguna cláusula en el caso de que esa reinversión no sea por el total, ni lo que sucede en el caso de que los bienes estuvieran hipotecados y quedaran pendientes de desembolsar cantidades. Se trata de una restricción de difícil justificación. Pero la DGT ha mantenido que será necesario que el total producto obtenido se destine a nuevas inversiones relacionadas con dicho objeto, *«sin que la norma prevea la posibilidad de reinversiones parciales»* (Contestación de 26 de septiembre de 2006, consulta núm. V1916-06).

iii) Con relación a los plazos y mantenimiento de la reinversión el texto es muy parecido al que opera con relación a la deducción por reinversión de beneficios extraordinarios (art. 42 del TRLIS). En concreto, el artículo 121.1.c) establece que los plazos serán los comprendidos 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, que se aplique, fuere inferior. Y 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.

iv) Por último, la norma hace mención a transmisiones de bienes, ya sean gratuitas ya onerosas, que hayan estado afectas a la realización del objeto o finalidad específica. Sin embargo, no se ha regulado el régimen de los cambios de afectación de elementos patrimoniales de un lado al otro. Así, y siguiendo a Ucelay Sanz (2005, «El Impuesto sobre Sociedades de las entidades sin fin de Lucro», en AA.VV., *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y Mecenazgo*, dirigido por R. de Lorenzo, M. Cruz Amorós y S. Muñoz Machado, Iustel-ONCE, Madrid, pp. 1104-1105) el cambio de afectación puede incidir en la determinación de los gastos fiscalmente deducibles o de la exención de las rentas. En concreto, si un elemento no ha estado afecto a actividades económicas y sus

amortizaciones no han sido deducibles, y posteriormente se afecta a la actividad empresarial y se enajena ¿cuál será el valor de adquisición a efectos de determinar la renta? ¿tomando en consideración las amortizaciones o no? Pero, sobre todo, ¿cuándo se produce la afectación o desafectación a los fines? Señala este autor que cabría un mero acto de afectación por el órgano competente de la entidad, debiendo acudir en el resto de casos a las normas antiabuso. A nuestro parecer, lo que debe prevalecer es el destino inicial previsto; si éste coincide con los fines sociales, aunque posteriormente se cambie, se habrá cumplido con el requisito de la afectación.

### **VIII. Exención de las actividades que coinciden con la actividad de la entidad no lucrativa. El problema de las actividades empresariales que coinciden con los fines**

Como hemos señalado anteriormente, están exentas las rentas «*que procedan de la realización de actividades que constituyan su objeto social o finalidad*» [art. 121.1.a)]. Este precepto, sin embargo, debe ser completado por el artículo 121.3 que determina que «*La exención a que se refiere el apartado anterior no alcanzará a los rendimientos de explotaciones económicas*». El problema que se ha planteado es doble. En primer lugar, determinar cuándo nos encontramos ante actividades que coinciden con los fines de la entidad que no son explotaciones económicas. Y, por otro lado, qué sucede en el caso de que los fines de la entidad sean realizados a través de una explotación económica. Si la explotación económica no coincide con los fines, no hay dudas de que la renta estará totalmente gravada.

El problema que se plantea puede reflejarse en las asociaciones y las cuotas de los asociados. En efecto, en el caso de las cuotas que se giran por las asociaciones las rentas que se obtienen pueden tener, en principio, una triple calificación. Una, la de donación, en tanto la asociación no presta ningún servicio, ni directo ni indirecto, a los asociados. En este caso esa renta estaría exenta por el concepto adquisiciones gratuitas [art. 121.1.b)]. En segundo lugar, prestaciones de servicios en beneficio directo e inmediato de los asociados. Es decir, rentas provenientes de una explotación económica, en cumplimiento de fines, donde los asociados reciben un servicio identificable. En este supuesto es claro que nos encontramos ante una explotación económica que coincide con los fines de la entidad. Y el tercer caso es aquel donde la asociación no presta un servicio identificable sino que es de carácter general y mediato (como la protección de los intereses del sector), de tal manera que si bien se presta un servicio general a la entidad lo cierto es que no presta un servicio identificable

como prestación de servicios directa en la medida en que no se interviene en el mercado.

Pues bien, el problema estará en los dos últimos casos, en tanto que en el primero nos encontramos ante una donación, y en los otros dos supuestos no hay que olvidar el tratamiento que el pago de la cuota tendrá para el asociado. En el caso de la explotación económica serán gastos fiscalmente deducibles, y en el de los servicios generales también, en tanto no nos encontramos ante una donación. El problema será si para la asociación será o no renta exenta.

### **1. *Actividades que coincidan con los fines que no sean explotaciones económicas***

Uno de los problemas al que nos referíamos es el que afecta a actividades que coinciden con los fines de la entidad que no son explotaciones económicas y su exención. A nuestro juicio, y como acabamos de hacer mención con relación a las cuotas, la diferenciación entre explotaciones económicas y actividades en cumplimiento de fines tiene sentido jurídico cuando la entidad no lucrativa si bien realiza un servicio general o mediato, no presta servicios o entregas bienes identificables que puedan entenderse como una relación sinalagmática concreta. Es decir, que la actividad de la entidad no es intervenir en el mercado o intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios. En este sentido, el artículo 121.3 establece que *«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»*.

Por tanto, el objeto de la entidad y las actividades que desarrollan no se prestan en concurrencia en el mercado, sino que van destinadas a una realización de los fines sin competencia directa y donde los beneficiarios sí son los asociados. De esta manera, la actividad no es una explotación económica en sí misma, aunque dicha actividad sí implique un beneficio para sus miembros indirecto y, en consecuencia, lo que satisfacen sea fiscalmente deducible por no ser una donación. En este sentido, en la Contestación de 20 de diciembre de 2006 (consulta núm. V2545-06) se señala con relación a un sindicato agrario que las rentas que obtenga la entidad consultante procedentes de las cuotas satisfechas por sus asociados o las subvenciones que perciba de organismos públicos estarán exentas cuando se destinen a actividades que constituyan su objeto social o finalidad específica, esto es, a financiar la actividad sindical. Sin embargo, sí estarán sujetas y no exentas las aportaciones y cuotas soportadas

por los asociados siempre que dichas cuotas retribuyan los servicios prestados a los asociados o la utilización de bienes por los mismos, en el marco de una explotación económica, por lo que los ingresos procedentes del servicio de asesoramiento a los titulares de explotaciones agrarias son susceptibles de ser considerados como rentas derivadas del ejercicio de una explotación económica, teniendo, por tanto, la consideración de rentas sujetas y no exentas. Es decir, la DGT parece distinguir entre servicios que produzcan beneficios directos e inmediatos (relación sinalagmática) que será una actividad económica gravada y los que sean generales (que estarán exentos). De la misma manera, en la Contestación de la DGT de 15 de junio de 2005 (consulta núm. V1110-05) se conoce de una Comunidad de Usuarios de Vertidos de varios Ayuntamientos y que se regula en el artículo 90 del Texto Refundido de la Ley de Aguas. Pues bien, la comunidad que se constituya tendrá otorgada la autorización de los vertidos percibiendo a cambio aportaciones presupuestarias de los Ayuntamientos que la constituyen y estando obligada al pago del canon correspondiente. Afirmar la DGT que si se limita a recibir las aportaciones presupuestarias de los Ayuntamientos en el ejercicio de actividades que constituyan su objeto social o finalidad específica, esas rentas estarían exentas del Impuesto sobre Sociedades.

Esta construcción plantea dudas cuando se aplica a ciertos casos, en tanto servicios que parecen identificables y que, por tanto, podrían ser asimilados a explotaciones económicas; sin embargo se califican por los tribunales como ajenos a una explotación económica. Así, el TSJ de las Islas Baleares conoce en su Sentencia de 19 de junio de 2007 (recurso núm. 1119/2004) de una asociación sin ánimo de lucro que organiza un congreso para divulgación de conocimientos a sus asociados. Pues bien, entiende el Tribunal que los rendimientos de esa actividad están exentos pues no constituye el ejercicio de una explotación económica. Y el TSJ de Andalucía (sede en Sevilla) señala en Sentencia de 5 de junio de 2003 (recurso núm. 667/2000) que la cena anual celebrada por el Real Club de Andalucía, que es una asociación de carácter privado, tiene una finalidad de reunión social, por lo que constituye un servicio que realiza la entidad a sus socios para fines estatutarios y por tanto exentos, sin que pueda estimarse la actividad como explotación económica, en la medida en que no supone una organización de medios de producción por cuenta propia, ni se interviene en la producción y distribución de bienes y servicios.

En el caso de Mutuas patronales de accidentes de trabajo, la STS de 9 de octubre de 2006 (recurso núm. 3815/2001) mantiene que, sin género de dudas, los ingresos procedentes de las cuotas patronales estaban exentos por dos razones, la primera, porque tales cuotas son recursos de la Seguridad Social, y,

la segunda, porque aunque no lo fueran, serían rentas en ejercicio de las actividades que constituyen su objeto social o su finalidad específica. Y en la STS de 3 de diciembre de 2003 (recurso núm. 6133/1998) también se entiende que están exentos los cánones compensatorios derivados en tanto los bienes inmuebles (dispensarios, ambulatorios, clínicas, etc.) y los bienes muebles que constituyen patrimonio privativo de la Mutua Metalúrgica están afectos a la realización de fines asistenciales, por expreso mandato de la Seguridad Social.

Y especialmente significativa es la doctrina del TS fijada en su Sentencia de 14 de junio de 2005 (recurso núm. 6206/2000) sobre la actividad de promoción de viviendas, que es en general una actividad económica resultado de una explotación de la misma naturaleza, cuyos rendimientos están, en principio y salvo excepción expresa de la Ley, sujetos al Impuesto de Sociedades. Sin embargo, una específica actividad de un Ayuntamiento destinada a promover viviendas de protección oficial con destino, a su vez, al arrendamiento presenta indudables diferencias, cuando no se lleva a cabo, a través de personificaciones sociales o empresariales independientes, con ese concepto genérico de explotación económica. Así, entiende que no es una actividad empresarial en tanto la actividad de promoción de viviendas que aquí se trata prima la finalidad de satisfacción de una necesidad pública sobre la simple incidencia del mercado. Además, los posibles rendimientos que por la indicada promoción pueden obtenerse por el Ayuntamiento proceden, directamente, del ejercicio de una actividad, que constituye, precisamente, una actividad específica de las Corporaciones Locales y que, en consecuencia, da lugar a rendimientos comprendidos en el ámbito de la exención. De la misma manera, tampoco pueden ser considerados rendimientos procedentes de patrimonio, cuando se trata de las Entidades Locales —no, por tanto, del resto de las Entidades exentas— el de las viviendas protegidas promovidas por el Ayuntamiento con destino específico a arrendamiento, por cuanto esa cesión de uso queda enmarcada dentro de la finalidad pública y de servicio que dicha promoción encierra. Por tanto, no existe una ordenación por cuenta propia de medios de producción y recursos humanos, o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes y servicios.

Por su parte, la Resolución del TEAC de 23 de julio de 1999 (RG 1239/1996) señala que los ingresos obtenidos por los Colegios Profesionales por el ejercicio de su finalidad específica o de las actividades que constituyen su objeto social no son equiparables a los que se entienden por rendimientos de la explotación económica. Así, en la medida en que son funciones propias de los mismos tanto el visado de los proyectos como el cobro mediante descuento de los honorarios de los profesionales intervinientes, prestándose tales servicios de forma exclusiva por el Colegio y con carácter obligatorio, con ta-

les actividades el Colegio no pretende en modo alguno la intervención en la producción y distribución de bienes y servicios a través del mercado, quedando, pues, fuera del concepto de rendimiento de explotación económica los ingresos obtenidos a su través, que quedan, entonces, dentro del ámbito de la exención que se pretende. En el mismo sentido, la Sentencia de 8 de noviembre de 2000 del TSJ de Castilla y León (recurso núm. 903/1996).

Uno de los casos donde existe un cuerpo consolidado de jurisprudencia es el ámbito de las Juntas de Compensación. Por todas, puede verse la Resolución del TEAC de 1 de junio de 2006 (RG 1810/2003) donde se recoge además la jurisprudencia de la AN y el TS. Así, con relación a si las ventas de terrenos efectuadas por las Juntas de Compensación son o no calificables como de explotación económica cuyos rendimientos deben someterse a tributación, se remite a la SAN de 2 de julio de 1998, donde se parte de la base que la Junta de Compensación, para hacer frente a los gastos de urbanización, podrá disponer, mediante su enajenación, de los terrenos que se hubiesen reservado a tal fin en el proyecto de compensación. Pues bien, entiende la AN que la actividad de venta realizada por la Junta de Compensación no supone una actividad económica, originadora de rendimientos, sino el cumplimiento de los fines por los que dicha Junta se constituyó, de conformidad con la normativa urbanística. Las Juntas de Compensación no realizan una actividad económica en ese sentido, sino que, en cuanto agentes descentralizados de la Administración urbanística, cumplen funciones públicas, al actuar en lugar de la propia Administración y, por tanto, queda fuera su consideración como explotación económica. Y a las mismas conclusiones ha llegado la Audiencia Nacional en sus Sentencias de 22 de diciembre de 1998 (recurso núm. 161/1995), de 26 de julio de 2005 (recurso núm. 1059/2002) y de 22 de diciembre de 2009 (recurso núm. 102/2007) y el TS en Sentencia de 12 de mayo de 2005 (recurso núm. 4530/2000). Por su parte la STS de 19 de julio de 2003 (recurso núm. 9192/1998) entiende que sí estaban sujetos el resto de rentas derivados por el ejercicio de su explotación económica, así como los derivados de su patrimonio cuando se halle cedido o se trate de incrementos de patrimonio.

## **2. *Explotaciones económicas que coinciden con la actividad de la entidad no lucrativa***

El segundo de los problemas con relación a la exención radica en las explotaciones económicas que coinciden con los fines de la entidad. La cuestión es si, por ejemplo, una fundación de asistencia social que cobra un precio a los beneficiarios está exenta o no por dicha actividad. La solución actual pasa por entender que las explotaciones económicas en cumplimiento de fines no es-

tán exentas. No en vano, a partir de la nueva Ley del Régimen Fiscal de las Entidades sin Fines Lucrativos, que es un régimen de privilegio, se han declarado exentas una serie de actividades tasadas «*siempre y cuando sean desarrolladas en cumplimiento de su objeto o finalidad específica*» (art. 7 de la Ley 49/2002). Es decir, y *a contrario sensu*, todas las actividades económicas de las entidades que no estén dentro del ámbito de esta Ley, y con independencia de que la actividad coincida con el objeto o fin del ente no lucrativo, tributarán. De esta manera, una interpretación que integre los dos regímenes pasa por entender que todas las actividades económicas en cumplimiento de fines están gravadas. Y no lo están las que se recogen en el artículo 7 de la Ley 49/2002. Pero sí lo están el resto y todas las reguladas en el régimen de entidades parcialmente exentas. En este sentido, el TS ha señalado en su Sentencia de 17 de febrero de 2010 (recurso núm. 9967/2004), en una doctrina que hay que considerar vigente, que «*toda explotación económicamente desarrollada por una entidad relatante —sic— exenta, antes de la Ley 30/1994, aún cuando fuere realizada para la consecución de sus objetivos o finalidades específicas estaba sujeta y no exenta*».

Por tanto, si el objeto de la entidad no lucrativa es la prestación o entrega de bienes a los beneficiarios, donde se establece una relación sinalagmática y obtienen los miembros un beneficio directo e inmediato, nos encontramos ante una explotación económica que tributa, aun cuando se realice en cumplimiento de fines. Así, con carácter general, la DGT viene entendiendo que «*En definitiva, las rentas obtenidas por la asociación consultante, estarán exentas siempre que procedan de la realización de su objeto social o finalidad específica, y no derivan del ejercicio de una explotación económica. A este respecto, las cuotas satisfechas por los asociados, generalmente constituirán rentas exentas en la medida en que cumplan esta condición*» (Contestación de 9 de enero de 2008, consulta núm. V0025-08). *Vide* también la Contestación de 31 de julio de 2009 (consulta núm. V1787-09). De esta manera, en la Contestación de 14 de junio de 2005 (consulta núm. 0216-05) se señala que si la actividad desarrollada por la consultante constituye el desarrollo de una explotación económica, aun cuando los servicios que preste vayan dirigidos fundamentalmente a sus asociados, las rentas obtenidas procedentes de las cuotas satisfechas por sus asociados estarán sujetas y no exentas en el Impuesto sobre Sociedades, estando la contraprestación obtenida formada por las cuotas de los asociados.

Con relación a cuándo nos encontramos ante una explotación económica, la DGT ha señalado en su Contestación de 19 de noviembre de 2004 (consulta núm. 1995-04) que las cuotas cobradas a los asociados constituyen contraprestación de las actividades realizadas por la asociación, tales como venta de libros, transporte escolar, etc., lo que constituyen rendimientos derivados de una explotación económica, al suponer la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos, con la fina-

lidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios aun cuando sea a sus propios asociados, no siendo aplicable a las mismas la exención del artículo 121 del TRLIS. En la Contestación de la DGT de 4 de febrero de 2005 (consulta núm. V0150-05) se entiende que las rentas derivadas de actividades como alquiler de explanada o muelle, amarre, publicidad, alquiler de restaurante y cualquier otra prestación retribuida de servicios a socios o no socios, estarán sujetas y no exentas. En la Contestación de 5 de octubre de 2007 (consulta núm. V2118-07) se afirma que en la prestación de servicios de mediación a terceros, la prestación de servicios de formación, la organización de cursos, conferencias y publicaciones, etc., las rentas que se obtengan estarán sujetas y no exentas, tanto si las operaciones se realizan con no asociados como con asociados. En la Contestación de 9 de enero de 2008 (consulta núm. V0027-08) se afirma que la asociación desarrolla una explotación económica en los términos indicados, tanto al organizar por sí misma las ferias, como en su intervención en la prestación de servicios a terceros que organizan ferias en su recinto, así como en la prestación de servicios de restauración, por lo que los ingresos derivados de tales actividades estarán sujetos y no exentos. En la de 19 de septiembre de 2007 (consulta núm. V1937-07) se señala que la prestación de un servicio de vigilancia, la realización de gestiones ante las administraciones públicas, prestación de servicios de información mediante la publicación de una revista y un portal web, celebración de convenios de colaboración con proveedores y prestadores de servicios, cesión y arrendamiento de instalaciones y medios técnicos a los asociados, programas de formación, etc., son rentas derivadas de explotaciones económicas. En la de 28 de mayo de 2007 (consulta núm. V1091-07) se afirma que la prestación de diferentes servicios (alquiler, servicios, suministros y ventas) son actividades económicas que suponen la ordenación por cuenta propia de los medios de producción y de recursos humanos o de ambos con la finalidad de intervenir en el mercado, por lo que estarán sujetas y no exentas. En la de 9 de enero de 2008 (consulta núm. V0025-08) se sostiene que la actividad de la asociación consistente en la organización de ferias, venta de lotería, venta de refrescos, etc., es una explotación económica y las rentas obtenidas por la realización de estas actividades estarán sujetas y no exentas. Y con relación a las entidades de conservación urbanísticas la DGT sostiene en la Contestación de 31 de julio de 2009 (consulta núm. V1787-09) que la actividad que realiza la entidad consultante parece tener la consideración de explotación económica ya que mediante el cumplimiento de sus fines realiza una actividad dirigida al mercado de servicios, en este caso, servicios de conservación, mantenimiento, limpieza, seguridad, alcantarillado, suministros, etc., de las obras de urbanización, para cuya prestación ordena por cuenta propia los medios productivos necesarios. Por lo tanto, las rentas que la consultante obtenga por la prestación

de los servicios que constituyen su finalidad específica no estarán exentas del Impuesto sobre Sociedades, incluidas las cuotas de los asociados, ya que pueden considerarse rentas derivadas de una explotación económica, por cuanto financian y retribuyen la prestación de los servicios que constituyen la actividad de la consultante: conservación y mantenimiento de los viales de propiedad privada pero de uso público del área de la consultante, así como las obras de urbanización, servicios e instalaciones existentes en dichos viales privados. En la Contestación de 27 de julio de 2005 (consulta núm. V1598-05) se señala que la actividad consistente en efectuar controles de calidad de los productos que sus asociados comercializaban puede considerarse como una explotación económica no exenta. En la Contestación de 2 de diciembre de 2009 (consulta núm. V2650-09) se entiende que la actividad de control sanitario de las instalaciones porcinas es una explotación económica que está gravada, lo mismo que sucede con las rentas obtenidas por la consultante de los servicios de farmacia e inseminación. En la Contestación de 3 de febrero de 2010 (consulta núm. V0149-10) se advierte que la organización de cursos de formación, la realización de exámenes o la publicación de revistas informativas son actividades sujetas y no exentas. Igualmente se califican como gravadas la gestión de las visitas a un observatorio astronómico municipal, aun cuando los ingresos provengan del Ayuntamiento vía concesión de subvención o bien mediante el pago de servicio (Contestación de 3 de febrero de 2010, consulta núm. V0152-10). Y en la de 29 de abril de 2010 (consulta núm. V0850-10) se afirma que la edición y divulgación de libros y fascículos es una actividad económica gravada.

En el ámbito de la jurisprudencia, en la STSJ de Cataluña de 3 de diciembre de 1999 (recurso núm. 1385/1995) se afirma que la actividad de enseñanza, aunque constituya en sí misma el objeto social de la entidad, sí supone la ordenación de factores personales y materiales con la finalidad de intervenir en la distribución de servicios, y constituyen ingresos al quedar los rendimientos obtenidos sujetos al impuesto. En la Resolución del TEAC de 12 de julio de 2007 (RG 1336/2004) se mantiene que una entidad de gestión de los derechos de la propiedad intelectual realiza una explotación económica, por lo que las rentas derivadas de esa actividad están sujetas y no exentas al Impuesto sobre Sociedades. En la SAN de 18 de enero de 2007 (recurso núm. 714/2002) se hace mención a los rendimientos obtenidos por la Liga Nacional de Fútbol Profesional como consecuencia de los contratos suscritos para el abono de los derechos de retransmisión televisiva y publicidad. La Audiencia señala que nos encontramos ante una actividad empresarial gravada. La STSJ de Madrid de 30 de septiembre de 2008 (recurso núm. 481/2005) entiende respecto de las cuotas que se satisfacen que lo relevante es que la asociación actora persigue la

satisfacción de tal colectividad, ofreciéndoles unos servicios que organiza y explota, servicios que aquéllos demandan y por los que pagan un precio, en forma de cuotas y otros abonos. Con relación a las cofradías de pescadores, el TS ha señalado en su Sentencia de 18 de septiembre de 2006 (recurso núm. 1321/2005) que las Cofradías son Corporaciones de derecho público, que actúan como órganos de consulta y colaboración con la Administración. Pues bien, las operaciones de subasta en la lonja, y comercialización de pescados y mariscos se mantiene que constituyen una explotación económica cuyos beneficios están sometidos a tributación al constituir una actividad lucrativa en el tráfico comercial (*vide* también Sentencia de 17 de julio de 2001, recurso núm. 540/1999, y SAN de 9 de junio de 2005, recurso núm. 1367/2002). En la SAN de 21 de enero de 2010 (recurso núm. 142/2007) se señala que la exención parcial de las Autoridades Portuarias y Puertos del Estado se predica de las actividades desarrolladas por estos entes en el ámbito de los fines públicos que persiguen, pero no a los obtenidos de actividades ajenas al mismo, es decir, de actividades de iniciativa privada (seguros, alquileres, relaciones con bancos, etc.).

A) *Principio de correlación de ingresos y gastos en las cuotas*

En el caso de que nos encontremos ante una renta procedente de actividades empresariales es necesario tener en consideración que en muchos de los casos las cuotas —ingresos— estarán destinadas a la compensación de gastos de cada ejercicio, de tal manera que es posible que en los estatutos de las entidades se disponga que en cada año las cuotas cubrirán los gastos del ejercicio y que el exceso sobre éstos compensarán los gastos del ejercicio posterior. Bajo dicho supuesto, cabe plantearse si es posible considerar sólo como ingreso la parte de cuota que sea correspondiente con los gastos del ejercicio mientras que el exceso sea considerado como un anticipo a cuenta del ejercicio que viene y, por tanto, no sea un ingreso. En este sentido, la Contestación de 4 de diciembre de 2006 (consulta núm. V2425-06) haciendo mención al principio de correlación de ingresos y gastos afirmó que «*las aportaciones de los socios que estén correlacionados con los gastos de cada ejercicio al objeto de alcanzar el equilibrio financiero de la consultante, de manera que el exceso de aportaciones sobre tales gastos tendrán la consideración de ingresos de ejercicios posteriores*». De esta manera, es posible que una entidad que realiza una actividad económica tenga un beneficio nulo o casi nulo.

B) *El régimen de las operaciones vinculadas en las entidades parcialmente exentas*

En el caso de que nos encontremos ante explotaciones económicas cabe preguntarse si es necesario valorar por mercado, en aplicación del artículo 16 TRLIS o si este precepto no se aplica a las entidades sin ánimo de lucro. En la Contestación de la DGT de 10 de junio de 2005 (consulta núm. V1043-05) se mantiene que la vinculación entre sociedad y socio se define en la relación fundación-fundador (siempre que haya aportado una cantidad superior al 5%). Por su parte, la Contestación de 24 de octubre de 2006 (consulta núm. V2100-06) señala que donde el artículo 16.2 del TRLIS se refiere a «*administrador, socio y sociedad*», el término ha de entenderse comprensivo de «*patrono, fundador y fundación*». Y en la Contestación de 7 de octubre de 2004 (consulta núm. V1876-04) que «*Por otra parte, la norma establece que, en el supuesto de que la vinculación se defina en función de la relación socio-sociedad, la participación deberá ser igual o superior al cinco por ciento o al uno por ciento si se trata de valores cotizados en un mercado secundario organizado. En el supuesto a que se refiere la presente consulta, puesto que la relación existente es la de asociación-asociados, habrá de estarse a la participación en el fondo social de la asociación por parte de los miembros de la misma*». A nuestro parecer, vincular el fondo social a un porcentaje es erróneo, porque la aportación en el fondo social no define en una asociación la vinculación.

Sin embargo, la LIVA ha introducido una letra específica para las entidades no lucrativas en el caso de operaciones vinculadas. En concreto se 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, de 23 de diciembre, sobre Régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, 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*» [art. 79.Cinco, párrafo primero.d)]. Y, además de dicha letra específica hay otras dos más que le afectan. Así, la letra e) establece que son operaciones vinculadas las realizadas entre una entidad y cualquiera de sus «*socios, asociados, miembros o partícipes*». El problema es que la letra e) del párrafo primero del artículo 79.Cinco no establece ningún tipo de limitación. A cualquier socio, con independencia del porcentaje de participación, se le va a considerar vinculado. Y esto entra en contradicción con lo que se establece en el artículo 16.3 TRLIS, donde se establece que cuando la vinculación se realiza en función de la relación socio o partícipe y entidad la participación deberá ser igual o superior al 5%.

En cualquier caso, para las entidades no lucrativas no parece que sea aplicable el artículo 16.8 relativo a la calificación jurídica de las relaciones socio-

sociedad o participes-entidad de dividendos. A esto cabe añadir que será complejo determinar cuál es valor de mercado en estos casos.

### **3. Tratamiento de los gastos asociados a las actividades exentas y explotaciones económicas y otras rentas sujetas**

El artículo 122.2 ha señalado que serán deducibles «*Los gastos imputables exclusivamente a las rentas exentas*», mientras que los gastos parcialmente imputables a actividades gravadas sólo son deducibles en la proporción que «*representen los ingresos obtenidos en el ejercicio de las explotaciones económicas no exentas respecto de los ingresos totales de la entidad*».

En el caso de los gastos exclusivos, falta en la norma una definición de lo que significa gasto exclusivo. A nuestro parecer, los gastos exclusivos no coinciden con lo que son los denominados costes directos, entendiéndose por éstos aquellos que pueden ser asignados de forma inequívoca y sin ninguna duda a una determinada actividad. En efecto, por poner un ejemplo, si un trabajador trabaja la mitad de la jornada en la actividad exenta y la otra mitad en una explotación económica parece claro que el 50% de los costes es directo. Sin embargo, no sería exclusivo, pues no está afecto al 100% a la actividad que tributa. Por tanto, la deducibilidad se haría con arreglo a lo dispuesto a los gastos parcialmente afectos. Dicho en otros términos, exclusividad parece significar que cada gasto unitario, con identidad propia, ya sea divisible o indivisible, sólo puede estar destinado a la explotación que tributa. De esta manera, y por exclusión, por gastos parcialmente imputables habrá que entender aquellos que están afectos a más de una actividad, con independencia de qué parte de los mismos fueran asignables de forma inequívoca. Entre otros tendremos los de gerencia, administración, luz, teléfono, arrendamientos, etc. En la Contestación de 27 de julio de 2005 (consulta núm. V1598-05) se considera que los gastos correspondientes a la indemnización de dos trabajadores del personal técnico del laboratorio son gastos imputables exclusivamente a las rentas no exentas derivadas de la actividad de control de calidad. Sin embargo, con relación a las indemnizaciones de trabajadores de personal administrativo y los gastos de asistencia letrada y otros relacionados con el procedimiento judicial derivado de algunos de los despidos, pueden considerarse gastos generales imputables a todas las rentas de la entidad, de manera que su deducibilidad, de acuerdo con el artículo 122 TRLIS, se determinará por el porcentaje que representen los ingresos obtenidos en el ejercicio de explotaciones económicas no exentas respecto de los ingresos totales de la entidad.

Por otro lado, la redacción legal sobre los gastos comunes plantea dudas. El artículo 122.1.a) determina que «*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». Por su parte, el artículo 121.3 establece que la exención no alcanza «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». Es decir, parece que de la dicción del precepto se produce la incongruencia de que en el numerador no se incluyen la totalidad de las rentas que tributan, sino sólo las que sean explotaciones económicas. Es decir, si una entidad no lucrativa recibe dividendos o intereses, se trata de una renta que no está exenta. Por tanto, lo normal para determinar los gastos deducibles sería computar tanto en el numerador como en el denominador dichas rentas. Sin embargo, parece que una interpretación literal haría que sólo se tomasen en consideración en el denominador, lo que resulta criticable.*

Por último, señalar que no son gastos deducibles [art. 122.2.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»*. Al respecto, señalar que en la SAN de 18 de enero de 2007 (recurso núm. 714/2002) se afirma que no pueden deducirse gastos necesarios para la obtención de ingresos o rentas declaradas legalmente exentas. De esta manera, no existe la posibilidad de trasladar los gastos de la actividad exenta a fin de minorar los ingresos de la actividad no exenta. De la misma manera, el TEAC afirma en su Resolución de 2 de marzo de 2006 (RG 1715/2003) que las pérdidas que proceden de la realización de actividades derivadas de su objeto social como entidad colaboradora de la Seguridad Social, y por lo tanto exenta en el Impuesto sobre Sociedades, no pueden compensarse con beneficios procedentes de actividades sujetas y no exentas.

#### A) *Cuotas de los asociados parcialmente afectas a explotaciones económicas*

La norma tiene una regulación expresa para los gastos comunes a actividades gravadas y exentas. Pero no en lo que respecta a los ingresos. Así, en la medida en que una entidad no lucrativa puede realizar actividades exentas y explotaciones económicas gravadas, cabe preguntarse qué sucede cuando los miembros de las mismas pagan cantidades indistintas y si es posible considerar que una parte está exenta.

Las cuotas que se pagan a una entidad no lucrativa, o a cualquier entidad, se refieren a la forma de pago, de carácter periódico y a tanto alzado, pero no indica cuál es su naturaleza. Detrás de la cuota habrá que ver si nos encontramos ante donaciones o rentas provenientes de explotaciones económicas, o rentas que se entregan para la consecución de los fines de las entidades. Su tra-

tamiento depende de la naturaleza de las aportaciones. Así, el TSJ de Extremadura señala en Sentencia de 13 de mayo de 2008 (recurso núm. 1079/2006) que cuando una entidad asociativa presta servicios y lo hace a cambio de una contraprestación *«No estamos ante una liberalidad donde una de las partes realiza algo no obteniendo nada a cambio sino ante un negocio donde la Asociación organiza los servicios a favor de los socios y estos abonan los servicios prestados a través del abono de todos los gastos ocasionados, se obtiene, por tanto, un beneficio a cargo de cada una de las partes»*.

El problema de estas cuotas generales se planteará cuando por el pago de una cuota nos encontremos ante dos tipos de prestaciones; por un lado, destinadas a financiar los fines generales de la entidad en cuestión y que puedan considerarse una actividad en cumplimiento de fines que no sea una explotación económica. Por otro, servicios concretos y específicos que reciben los miembros y que sí caben dentro de lo que son servicios asimilables a una explotación económica. En dicho caso, es posible mantener que parte de la cuota está exenta y parte gravada. A estos efectos, en la Contestación de 19 de septiembre de 2007 (consulta núm. V1937-07) se afirma que si hay explotaciones económicas *«el porcentaje correspondiente de las cuotas de sus asociados que las financian, estarán sujetas y no exentas, tanto si las operaciones se realizan con no asociados como con los asociados»*. De la misma manera, en la Contestación de 27 de julio de 2005 (consulta núm. V1598-05) se señala que si una entidad, por una cuota realiza actividades económicas no exentas y en cumplimiento de fines sí exentas, tendría que tributar por *«el porcentaje correspondiente de las aportaciones de sus miembros»* que estuvieran afectos a las explotaciones económicas. Y en la Contestación de la DGT de 5 de marzo de 2010 (consulta núm. V0415-10) se advierte con relación a las cuotas cobradas que *«se aprecia que el desarrollo de determinados fines asociativos puede constituir ejercicio de explotación económica en cuanto que suponga para la consultante 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 determinados bienes o servicios: la actividad de publicidad, realización de conferencias y seminarios y publicación de revistas, entre otras»*. Es decir, es necesario prorratear, sin que exista en la norma ningún criterio para determinar dicho porcentaje, por lo que habrá que acudir a cualquier sistema que sea válido en Derecho, como puede ser costes o valores de mercado, y que sea homogéneo y mantenido en el tiempo.



# La actividad económica de las fundaciones y el código de conducta para la realización de inversiones financieras temporales de las entidades sin ánimo de lucro (\*)

*Teresa Rodríguez de las Heras Ballell*

Profesora Titular Interina de Derecho Mercantil  
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA EVOLUCIÓN DEL FENÓMENO FUNDACIONAL Y LOS PERFILES DE LAS FUNDACIONES CONTEMPORÁNEAS.—II. DELIMITACIÓN DEL MARCO GENERAL: SOBRE EL DESARROLLO DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS POR LAS FUNDACIONES: 1. *Interés general, ánimo de lucro y actividad empresarial*. 2. *Actividades económicas y gestión económico-financiera de las fundaciones*.—III. RESTRICCIONES RELATIVAS A LAS INVERSIONES FINANCIERAS TEMPORALES DE ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO: 1. *Código de conducta de las entidades sin ánimo de lucro para la realización de inversiones financieras temporales*: A) Análisis crítico: sobre la naturaleza del código de conducta. B) Valoración práctica: sobre su aplicación en el mercado. «Cumplir o explicar». 2. *Estudio del contenido del código de conducta*: A) Ámbito de aplicación: a) Ámbito de aplicación subjetivo: entidades sin ánimo de lucro. b) Ámbito de aplicación objetivo. B) Selección y gestión de inversiones: a) Sistemas de selección y gestión de inversiones. b) Principios de seguridad, liquidez y rentabilidad y otras recomendaciones.—IV. CONCLUSIONES.

## I. Introducción: la evolución del fenómeno fundacional y los perfiles de las fundaciones contemporáneas

El fenómeno fundacional se encuentra hoy no sólo en un momento de esplendor, en términos de desarrollo e implantación en las economías modernas, sino además de profunda redefinición de sus perfiles en línea con su presencia generalizada en los mercados como auténticas organizaciones que han visto ampliados sus fines fundacionales con respecto a su más estricta tipificación tradicional, y sus formas de actuación en el tráfico jurídico con la progresiva

---

(\*) Este trabajo ha sido realizado dentro de las actividades del Proyecto de I + D subvencionado por el Ministerio de Ciencia e Innovación DER2009-07708: «Códigos de conducta en la distribución de bienes y prestación de servicios en España y en la Unión Europea», del que es investigadora principal la profesora A. REAL PÉREZ.

pero imparable entrada de actividades económicas<sup>1</sup> en sus programas y planes de actuación. Sin perder, en modo alguno, los fines de interés general su carácter configurador de la institución<sup>2</sup>, el aspecto organizativo del ente se refuerza sobre el perfil patrimonial y, a su vez, se inyecta en la figura una renovadora visión dinámica y flexible que proyecta el patrimonio hacia una consecución óptima de los fines fundacionales bajo los criterios de una gestión eficiente y con una adecuada estructura y ordenación internas. Queda superada la visión decimonónica de una fundación económicamente inactiva imbuida de objetivos puramente conservativos e inmovilistas del patrimonio, hacia una organización que participa activamente en el tráfico económico para, con la adecuada gestión del patrimonio, cumplir precisamente con mayor eficiencia y grado de satisfacción sus fines fundacionales.

Si nos aproximamos así desde una perspectiva dinámica a su definición como 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<sup>3</sup>, es inevitable incorporar en el estudio de las funda-

---

<sup>1</sup> J. L. PIÑAR MAÑAS, «¿Qué fundaciones? La constante adaptación de una institución camaleónica», *Tendencias legislativas y Tercer Sector. Los modelos español e italiano*, Ponencias del Congreso Internacional celebrado en Santiago de Compostela, 2-4 octubre 2003, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2005, pp. 19 y ss.

<sup>2</sup> Desde el punto de vista de su configuración constitucional como derecho fundamental, los contornos jurídicos de la institución y, así el contenido esencial del derecho, vienen marcados por la existencia de un patrimonio vinculado por la voluntad del fundador o fundadores a la satisfacción de fines de interés general, carente de ánimo de lucro y que, con tal objetivo y en tal medida, le es otorgada personalidad jurídica. En otras palabras, la Constitución sólo ampara y dota de personalidad jurídica bajo la configuración de fundaciones a aquellas que persigan fines de interés general —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 y en la Ley 30/1994, de 24 de noviembre*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 91—. Y, a los efectos de este trabajo, en realidad, no puede decirse que resulte amparado constitucionalmente el ejercicio de actividades económicas por las fundaciones, como contenido esencial del derecho de fundación. Es decir, el reconocimiento legal de tales facultades no es inconstitucional, pero tampoco lo sería que la opción legislativa fuera contraria al ejercicio de tales actividades —A. REAL PÉREZ, *La nueva legislación española de fundaciones y el concepto de fundación constitucionalmente tutelado: algunas notas*, Foligno, 4 de junio de 2004.

<sup>3</sup> Artículo 2 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2002 (en lo sucesivo, LF). La LF ha supuesto la revisión del marco legal previo unificado en la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general (BOE núm. 282, de 25 de noviembre), y estructuralmente, el tratamiento separado de las cuestiones sustantivas y procedimentales de las fundaciones con respecto a su régimen tributario que pasa a integrar la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo (BOE núm. 307, de 24 de diciembre).

ciones cuestiones relativas a su financiación y gestión económica. Un adecuado cumplimiento de los fines fundacionales exige una gestión eficiente del patrimonio y la ejecución de programas de captación de recursos suficientes para desarrollar sus actividades. De este modo, los aspectos organizativos y económicos han ido adquiriendo mayor relevancia a medida que la proyección social de las fundaciones y su extendida presencia en el mercado han reforzado su calificación como auténticos operadores económicos<sup>4</sup>. Cohonestar estas exigencias financieras y de gestión que demanda su nuevo perfil con su categorización como entidades sin ánimo de lucro y la interpretación tradicional de sus fines sigue siendo motivo de preocupación y objeto de atención en nuestro ordenamiento.

En este contexto, representa una excelente ocasión para reflexionar de nuevo sobre el perfil actual de las fundaciones y su posición en los mercados modernos la aprobación, en particular, por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante, CNMV) y por el Banco de España de sendos Códigos de conducta de las entidades sin ánimo de lucro para la realización de inversiones temporales. En efecto, en el marco de la adopción de ciertas medidas de reforma del sistema financiero, el legislador incorpora como disposición adicional tercera en la Ley 44/2002, de 22 de noviembre<sup>5</sup>, la previsión de que se aprueben por los órganos de supervisión competentes códigos de conducta que establezcan las reglas específicas a las que deberán ajustarse ciertas inversiones realizadas por las entidades sin ánimo de lucro. Esta disposición legal representa, de un lado, el reconocimiento de una participación plena de las fundaciones en los mercados, en particular en los mercados financieros y el desarrollo de actividades de claro componente inversor. De otro lado, sin embargo, el hecho mismo de referirse al establecimiento de ciertas restricciones aplicables a tales inversiones cuando son realizadas por entidades sin ánimo de lucro refleja una consecuente actitud de cautela ante los riesgos que tales operaciones puedan implicar para la lógica fundacional.

En cumplimiento de la referida disposición adicional, el Consejo de la CNMV aprueba mediante Acuerdo de 20 de noviembre de 2003, en el ámbito de supervisión delimitado por la Ley del Mercado de Valores, el código de conducta de las entidades sin ánimo de lucro para la realización de inversiones temporales<sup>6</sup>, mientras que el Banco de España, mediante Resolución de 19 de

---

<sup>4</sup> J. M. EMBID IRUJO, «Fundaciones y actividades empresariales en el Derecho español», *Derecho de los Negocios*, n.º 160, enero 2004, pp. 3-14.

<sup>5</sup> Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, BOE núm. 281, de 23 de noviembre de 2002.

<sup>6</sup> BOE núm. 7, de 8 de enero de 2004.

diciembre de 2003<sup>7</sup>, hace extensivo los términos del citado código de conducta a las inversiones financieras temporales de las entidades sin ánimo de lucro en forma de operaciones que estando bajo su ámbito de supervisión no estén sujetas a las normas de ordenación y disciplina del mercado de valores. Con fecha de 23 de diciembre de 2003, se dicta además la Orden ECO/3721/2003 por la que se aprueba el código de conducta para las mutuas de seguros y mutualidades de previsión social en materia de inversiones financieras temporales<sup>8</sup> con el fin de optimizar la rentabilidad del efectivo de que dispongan estas entidades y que puedan destinar a obtener rendimientos de acuerdo con sus normas de funcionamiento. De este modo, con su simultánea publicación en el Boletín Oficial del Estado de 8 de enero de 2004 se proyecta sobre los tres ámbitos de supervisión contemplados en la disposición adicional tercera esta concreta medida de reforma del mercado financiero para aumentar la competitividad y la eficiencia y estimular la transparencia informativa.

La aprobación de este instrumento, triplicado en su ámbito de aplicación pero prácticamente único en su contenido, inspira este trabajo en un doble sentido.

En primer lugar, anima al estudio detallado de las reglas específicas que se establecen en relación con determinadas inversiones financieras de las entidades sin ánimo de lucro, y, en particular, de las fundaciones —por ello, sólo estudiaremos en profundidad los códigos de conducta aprobados por la CNMV y el Banco de España que son los aplicables a las fundaciones—. Este objetivo último se desdobra a su vez en dos. Primero, el interés por analizar el contenido de sus reglas y el ámbito de aplicación de las mismas. Segundo, la pertinencia de insertar este estudio específico en el marco más general del desarrollo por parte de las fundaciones de actividades económicas o empresariales. En este sentido, interesa valorar en qué medida las operaciones de inversión a las que se refieren los códigos de conducta objeto de estudio representan una actividad económica principal o complementaria en relación con los fines fundacionales, directa o definitivamente indirecta, y, por tanto, ha de compartir los principios que inspiran su régimen o si, por el contrario, no responden, plenamente y en toda su extensión a los supuestos de hecho que de forma específica contempla la ley<sup>9</sup> y hemos de encontrar entonces para interpretar su regulación otros fundamentos particulares o generales.

---

<sup>7</sup> BOE núm. 7, de 8 de enero de 2004.

<sup>8</sup> BOE núm. 7, de 8 de enero de 2004.

<sup>9</sup> Nos referimos, en concreto, a las modalidades que recoge el artículo 24 LF para las fundaciones de ámbito estatal y que posteriormente, con mayor acierto en la sistematización, el

En segundo lugar, plantea otro motivo, en esta ocasión de carácter formal, para la reflexión. La opción reguladora elegida para la adopción de estas reglas bajo la forma de códigos de conducta aprobados por los órganos de supervisión correspondientes en los mercados bancario y bursátil, en el caso que analizamos, apunta varios interrogantes. Primero, el de la auténtica naturaleza de un instrumento de vocación y apariencia autorreguladora pero nacido de la voluntad legal y gestado en sede de supervisión. Segundo, el modo en que se articula el cumplimiento de las reglas establecidas en el código de conducta por los operadores del mercado, en este caso, las fundaciones.

## **II. Delimitación del marco general: sobre el desarrollo de actividades económicas por las fundaciones**

El objeto de los códigos de conducta que estudiamos parece conducirnos inevitablemente a reflexionar nuevamente sobre una cuestión de gran calado en el Derecho de fundaciones. Nos preguntamos si la realización de determinadas operaciones de inversión en los mercados financieros representa o, de algún modo, implica el desarrollo de actividades económicas o empresariales por las fundaciones. Adelantamos, sin embargo, que los supuestos que contempla la ley bajo la consideración de actividades económicas no coinciden (por exceso y por defecto) con todas las operaciones de inversión que regulan los códigos de conducta, operaciones que realmente se corresponden de forma más amplia y general con actividades de gestión financiero-patrimonial que permiten a las fundaciones obtener «ingresos por cualquier otro concepto» (art. 27.1 LF) y representan el simple cumplimiento, de acuerdo con criterios de eficiencia económica, del mandato que la norma dirige al Patronato para la administración de los bienes y derechos del patrimonio fundacional, «manteniendo el rendimiento y utilidad de los mismos» (art. 14.2 *in fine* LF).

---

Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de competencia estatal, en adelante RF, trata separadamente en dos disposiciones: la primera, artículo 23, dedicada a las actividades de la fundación y en la que se incluye el desarrollo directo por parte de la fundación de actividades mercantiles, y, la segunda, artículo 24, específicamente destinada a regular la participación de la fundación en sociedades mercantiles. Sólo vamos a referirnos al respecto a la normativa estatal si bien la regulación autonómica en materia de fundaciones comparte el reconocimiento de la posibilidad de que las fundaciones realicen actividades económicas en el sentido de invertir su patrimonio en sociedades adquiriendo participaciones minoritarias o mayoritarias. Las divergencias se perciben en el tratamiento de las participaciones y el consecuente régimen de comunicación o autorización previa. Una descripción detallada de la normativa autonómica en este aspecto en M. PÉREZ ESCOLAR, *La actividad económica de las fundaciones. Tensiones legislativas e interés general*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 59-71.

En efecto, de los dos modos de ejercicio de la actividad empresarial por parte de las fundaciones <sup>10</sup> —ejercicio directo de la actividad empresarial (fundación-empresa) y ejercicio indirecto de la actividad mediante participación en el capital de una sociedad <sup>11</sup> (fundación con empresa) <sup>12-13</sup>, determinadas operaciones de inversión (en acciones) de las contempladas en los códigos analizados significan la participación de la fundación en una sociedad (cotizada). Sin embargo, el ámbito objetivo de aplicación de los códigos de conducta de la CNMV y el Banco de España abarca operaciones de inversión que superan con mucho los supuestos de participación en sociedades mediante adquisición de valores negociables. Ni las operaciones reguladas en el ámbito de supervisión del Banco de España —depósito, préstamo, cesión temporal de activos o análogas— ni gran parte de las inversiones en instrumentos financieros sujetos a las normas de ordenación y disciplina de la CNMV —obligaciones, opciones y futuros, *warrants*, cuotas participativas, entre otros— representan la participación de las fundaciones en sociedades.

Por tanto, aunque el reconocimiento de la licitud de la intervención de las fundaciones en cualesquiera actividades económicas por vía de participación en sociedades constituye un favorable telón de fondo —más aún, la indiferencia de la actividad económica desarrollada y la no exigencia de relación alguna con el fin fundacional son esenciales para la admisibilidad de tales operaciones de fin puramente instrumental para la gestión patrimonial (art. 24.1 segundo párrafo)—, no representa el marco en el que se desarrollan todas las operaciones de inversión reguladas en los códigos de conducta. Es decir, la realización por parte de las fundaciones de las inversiones financieras temporales referidas

---

<sup>10</sup> Dentro de la geometría trilateral que abarca más ampliamente todas las posibles relaciones entre fundación y empresa: empresa con fundación, fundación con empresa y fundación-empresa.

<sup>11</sup> Es cuestionable que la simple participación, incluso minoritaria o puramente simbólica, en el capital de una sociedad deba y pueda calificarse como un ejercicio, siquiera indirecto, de una actividad empresarial por parte de la fundación. R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, «Actividades económicas (mejor, empresariales) de las Fundaciones», en J. M. GONZÁLEZ PORRAS y F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ (coords.), *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albadalejo García*, tomo I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, pp. 245-275, en particular, pp. 249-250; J. M. EMBID IRUJO, «Fundaciones y actividades empresariales...», ob. cit., p. 6.

<sup>12</sup> J. J. MARÍN LÓPEZ, «Fundación, sociedad mercantil y actividad empresarial (Algunas consideraciones al hilo de la RDGRN de 26 de noviembre de 1996)», *RdS*, n.º 10, 1998, pp. 318-340.

<sup>13</sup> J. M. EMBID IRUJO, «Funcionamiento y actividad de la fundación», en S. MUÑOZ MACHADO, M. CRUZ AMORÓS y R. LORENZO GARCÍA, *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, ob. cit., pp. 357-411, en pp. 400-408; J. PEDREIRA MENÉNDEZ, *Las actividades empresariales de las fundaciones y su tributación*, Lex Nova, Valladolid, 1999, pp. 230-313.

no significa, en todo caso, ejercicio por aquellas de una actividad empresarial. Más aún, incluso en el supuesto más evidente de participación en sociedades mediante la adquisición de acciones en el mercado financiero, podríamos pensar que la temporalidad de la inversión no casa con la natural, o al menos esperable, estabilidad que se presume en la participación societaria cuando ésta pretende representar el ejercicio indirecto de una actividad empresarial<sup>14</sup>. En todo caso, parece que estaríamos hablando de participaciones societarias como mera inversión, ya que el desprendimiento esperado en el corto plazo parece contradecir la posibilidad de que las inversiones se lleven a cabo como fórmula de control (con participaciones no siempre ni necesariamente mayoritarias —art. 42 del Código de Comercio<sup>15</sup>, art. 4 de la Ley del Mercado de Valores—) y gestión de una empresa.

Antes de proceder al análisis de los códigos de conducta sobre inversiones temporales, retomemos brevemente la cuestión del ejercicio de actividades económicas por parte de las fundaciones para fundamentar nuestra postura de que no hay una plena coincidencia entre ambos supuestos, el contemplado en los códigos y el que determina el régimen del artículo 24 LF. En realidad, el ámbito de aplicación de los códigos de conducta responde más fielmente a operaciones de gestión económico-patrimonial de las fundaciones que a la

---

<sup>14</sup> J. M. EMBID IRUJO, «Fundaciones y actividades empresariales...», ob. cit., p. 7.

<sup>15</sup> Artículo 42 C. de c. según redacción dada por la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea:

«(...) En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

- a) Posea la mayoría de los derechos de voto.
- b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
- c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.
- d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.

A los efectos de este apartado, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona.(...)»

realización indirecta de actividades económicas mediante la participación en sociedades.

### 1. *Interés general, ánimo de lucro y actividad empresarial*

La realización de actividades empresariales por parte de las fundaciones siempre se ha encontrado con el obstáculo conceptual, inherente a la noción de fundación, de su configuración constitucional para «finés de interés general» (art. 34.1 de la Constitución Española)<sup>16</sup> o «de interés público» en terminología del código civil (art. 35.1 CC). El mandato constitucional se proyecta en la cláusula de interés general del artículo 2.1 LF y se despliega en la exigencia de que las fundaciones enderecen su actividad a beneficiar colectividades genéricas de beneficiarios, requisito último que permitiría constatar el carácter general de sus fines. En este marco, la realización de actividades empresariales se topa además con un tradicional elemento definitorio del régimen de las fundaciones que parece absolutamente contradictorio, la ausencia de fin de lucro.

La interdicción de lucro, que vertebra causalmente la constitución con la mera liberalidad del fundador, no significa, sin embargo, la necesaria gratuidad de las prestaciones de la entidad, que arranca de su histórica labor asistencial<sup>17</sup> o de beneficencia<sup>18</sup>, ni, por tanto, la absoluta prohibición de que las fundacio-

---

<sup>16</sup> Sobre el reconocimiento constitucional del derecho de fundación, J. L. PIÑAR MAÑAS, «El derecho de fundación como derecho fundamental», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 9, mayo-agosto 1996, pp. 147 y ss.

<sup>17</sup> De hecho, en la codificación, el reconocimiento de las fundaciones como personas jurídicas se apoya ya en la idea del respeto a la libertad del individuo, perdiendo así su justificación las históricamente denominadas causas «piadosas», J. L. PIÑAR MAÑAS y A. REAL PÉREZ, *Derecho de fundaciones y voluntad del fundador...*, ob. cit., pp. 48 y ss.

<sup>18</sup> Una orientación de sus fines hacia la beneficencia que lógicamente también marcó el origen de las Cajas de Ahorro, que responden hoy al modelo híbrido de fundación-empresa, al tratar de prestar una labor, en una primera etapa, que ya venían desempeñando los Montes de Piedad. Con el objetivo de fomentar el ahorro y la inversión, las cajas de ahorro irrumpen en el contexto de la lucha contra la usura —del préstamo «gratuito» al préstamo «benéfico» con intereses moderados—, para atender las crecientes necesidades a las que los Montes de Piedad no pudieron adaptarse. Desde el punto de vista regulatorio, tras las primeras iniciativas que condensan una postura abstencionista del Estado, según se desprende de las primeras Reales Órdenes de 1835 y 1839, el Real Decreto de 29 de junio de 1853 representa un giro hacia el intervencionismo en la posición pública ante las cajas y los Montes de Piedad, que pasan a calificarse de «establecimientos municipales de beneficencia», por tanto, de carácter público. Aún dominada por la orientación hacia la beneficencia, sin embargo, se corrige su calificación en la Ley de 29 de junio de 1880 donde pasan a ser consideradas «instituciones de beneficencia» de naturaleza privada. La Ley de 1880 marca el paso de la finalidad «benéfica» a la finalidad «social» (o de la concepción benéfico-moral a la concepción benéfico-social). Sin abandonar su

nes obtengan beneficios con su actividad —art. 2.2 LF «*constituidas* sin fin de lucro»<sup>19</sup>—. De hecho, en virtud del artículo 27 LF todo beneficio se reconduce nuevamente a los fines fundacionales, garantizando así el sentido de la actividad y el destino de las ganancias a su finalidad propia. Se concilia así la ausencia de fin de lucro con la admisibilidad de la obtención de beneficios siempre que éstos reviertan en la propia entidad o se destinen al objeto fundacional<sup>20</sup>. Se distancia, por tanto, la noción de fundación de la que preside el Derecho de sociedades en la medida que el ánimo de lucro<sup>21</sup> se concreta en

---

función benéfica que las conectaba con los Montes de Piedad, la actividad dirigida a fines sociales pasó de ser excepcional a principal en el negocio de las cajas. En un breve repaso de su evolución normativa, se constata la «ambivalencia característica del perfil de las cajas» —F. SÁNCHEZ CALERO, «La identidad de las Cajas de Ahorros: pasado, presente y futuro», *RDBB*, n.º 43, 1991, pp. 557-610, en particular en pp. 558-559—, en el sentido de que el aspecto benéfico-social y la vertiente financiera o crediticia han estado presentes de manera continua en el proceso vital de estas entidades. Si bien su historia describe claramente un desplazamiento del centro de gravedad de la actividad benéfico-social a la actividad crediticia. M. ARAGÓN REYES, R. GARCÍA VILLAVERDE y J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *El régimen jurídico de las Cajas de Ahorro*, Caja de Madrid, Madrid, 1991, pp. 29-49. Y extensamente, J. M. GONZÁLEZ MORENO, *Naturaleza y régimen jurídico de las Cajas de Ahorros*, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, Madrid, 1983, a lo largo de su capítulo I, pp. 25-136. También con exhaustividad, A. CASARES MARCOS, *Cajas de Ahorro: naturaleza jurídica e intervención pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003. S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Crédito, Banca y Cajas de Ahorros. Aspectos jurídico-administrativos*, Tecnos, Madrid, 1975.

<sup>19</sup> La definición legal de las fundaciones como organizaciones «constituidas» sin fin de lucro y no sencillamente como «organizaciones sin fin de lucro» «permite interpretar que la obtención de ganancia económica no se prohíbe al ente en sí mismo sino que se configura como requisito que delimita en sentido negativo a la finalidad del negocio fundacional» —M. PÉREZ ESCOLAR, *La actividad económica de las fundaciones...*, ob. cit., p. 35—.

<sup>20</sup> J. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, «Objeto y alcance de la Ley de Fundaciones. Concepto de Fundación», en S. MUÑOZ MACHADO, M. CRUZ AMORÓS y R. DE LORENZO GARCÍA, *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, Iustel, Madrid, 2005, pp. 9-64, pp. 37-38. Un fenómeno distinto es el de las fundaciones de empresa, M. IGLESIAS PIE y A. VERNIS, «Una aproximación a las fundaciones de empresa», en J. M.ª BENEYTO PÉREZ (dir.), *Tratado de Fundaciones*, tomo 2, Bosch, Barcelona, 2007, pp. 859-904.

<sup>21</sup> Si bien, con todo, el fin lucrativo no sea un requisito pacífico en el Derecho de sociedades. La doctrina y jurisprudencia españolas tradicionales han destacado como notas esenciales del concepto legal de sociedad la pluralidad de intervinientes (inherente a todo fenómeno de índole contractual), la organización patrimonial autónoma y la finalidad lucrativa. Carácter especialmente controvertido ha adquirido este último rasgo pretendidamente distintivo. La índole lucrativa del fin social se había erigido como rasgo conceptual común a toda clase de sociedades, en el contexto de su distinción con la figura de la asociación. Con respecto a este elemento, se construye la corriente revisora del pensamiento tradicional del profesor GIRÓN TENA, quien sostiene que las diferencias entre sociedad y organización son de tipo estructural, y no vinculadas en modo alguno con la índole lucrativa del fin. Así, desde el punto de vista sistemático, ambas estructuras se pueden reconducir a un concepto amplio de sociedad cuyos únicos elementos caracterizadores serían el origen negocial y la promoción del fin común. J. GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades. Parte I. Sociedades Colectivas y comanditarias*, Benzal, Ma-

el fin de repartir entre sí las ganancias, que, en el caso de las fundaciones, sería al margen de la atención a los beneficiarios y a favor de personas concretas y determinadas<sup>22</sup>, especialmente, el fundador, los miembros del Patronato<sup>23</sup> o personas ligadas a ellos por vínculos de parentesco, conyugales o de afectividad análogos (art. 3.3 LF).

El artículo 24 LF incorpora a nivel legislativo las dos modalidades alegadas de ejercicio de «actividades económicas»<sup>24</sup> por parte de las fundaciones. De este modo, consolida la cobertura legal de la denominada «fundación con empresa»<sup>25</sup> (con las matizaciones ya realizadas sobre el carácter mayoritario de la

---

drid, 1976, pp. 25-55. Siguiendo esta tesis de irrelevancia conceptual del fin lucrativo en la sociedad, L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *La atipicidad en Derecho de Sociedades*, Pórtico, Zaragoza, 1977, pp. 300-338; J. M.<sup>a</sup> GONDRA ROMERO, «Hacia una renovación de los estudios de Derecho de sociedades en la doctrina española», *RDM*, n.º 140, 1976, pp. 349-364, en p. 351; C. PAZ-ARES, «Ánimo de lucro y concepto de sociedad», en *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 729-753; J. M. GONZÁLEZ ORDÓÑEZ, «Los criterios del Derecho español sobre distinción de sociedad mercantil y sociedad civil y sus consecuencias prácticas», *RDM*, 1956, pp. 51-98, especialmente pp. 69-70. Se trata de prescindir de la vertebración del concepto de sociedad sobre bases causales para reenfocar la noción como fenómeno organizativo neutral desde el punto de vista de la naturaleza del fin —C. PAZ-ARES, «Comentario al artículo 1665», *Comentario del Código Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1299-1333, en p. 1307—. «Este “ocaso de la causa lucrativa” es signo de una tendencia a la *desfuncionalización de las formas jurídicas*» (cursiva en el original), Á. ROJO, «La sociedad anónima como problema», *RDM*, n.ºs 187-188, enero-junio 1988, pp. 7-33, la cita transcrita en p. 33. En contra, manteniendo que el modelo normativo del contrato social implica una causalización negocial típica de lucro (que se combina con otros elementos estructurales), J. I. FONT GALÁN y M. PINO ÁBAD, «La relevante causa negocial de la sociedad. Una relectura (sólo) jurídica del concepto legal de sociedad», *RDM*, n.º 239, enero-marzo 2001, pp. 7-95, en particular, p. 77. Sobre el proceso de progresiva «decoloración» del fin de lucro como causa del contrato de sociedad de capitales, G. SANTINI, «Tramonto dello Scopo Lucrativo nelle società di capitali», *Riv. Dir. Civ.*, 1973, Parte prima, pp. 151-173, en particular, pp. 155-157.

<sup>22</sup> M. PÉREZ ESCOLAR, *La actividad económica de las fundaciones...*, ob. cit., p. 34.

<sup>23</sup> Sin perjuicio de que, aun siendo el cargo gratuito, 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 puedan recibir una retribución adecuada por tal concepto según haya sido establecida por el Patronato y con la previa autorización del Protectorado (art. 34 RF) y salvo que el fundador no hubiese dispuesto lo contrario (art. 15.4 LF).

<sup>24</sup> Críticamente sobre la expresión legal de «actividades económicas» empleada en el artículo 24 LF R. DE ÁNGEL YÁGUEZ, «Actividades económicas (mejor, empresariales) de las Fundaciones», ob. cit., en particular, pp. 255-257.

<sup>25</sup> La apuesta legislativa por el reconocimiento del ejercicio de actividades empresariales por parte de las fundaciones se ha proyectado además en un favorable, por más sencillo, régimen fiscal. Mientras que el artículo 42.1.c) de la Ley 30/1994 exigía a las fundaciones no sólo dar cuenta al Protectorado de sus participaciones mayoritarias (directas o indirectas) en sociedades mercantiles, sino además justificar, a los debidos efectos fiscales, ante la Administración Tributaria, que la titularidad de tales participaciones coadyuvaba al mejor cumplimiento de los

participación), que ya reconocía la anterior Ley 30/1994 —inspirada por el reconocimiento preconstitucional que representó el art. 28.3 del Decreto 2930/1972, de 21 de julio, que aprobó el Reglamento de Fundaciones Culturales Privadas y Entidades Análogas y de los Servicios Administrativos encargados del Protectorado de las mismas <sup>26</sup>—, pero además responde clara y contundentemente a la cuestión abierta por el marco legal anterior sobre la posibilidad de que las fundaciones desarrollen directamente actividades económicas. El ejercicio directo de actividades económicas (art. 24.1 LF) queda, sin embargo, sujeto al condicionante de la relación de su objeto con los fines fundacionales o de su carácter complementario o accesorio con respecto a las anteriores. En este sentido, el legislador ha plagado de conceptos jurídicos indeterminados <sup>27</sup> la disciplina de este supuesto al quedar su legitimidad condicionada a la determinación de una suficiente conexión con los fines fundacionales o a una amplia y escurridiza relación de complementariedad o accesoriedad con tales actividades.

Interesa en este estudio, no obstante, referirnos al ejercicio indirecto de actividades económicas por parte de las fundaciones a través de su participación en sociedades. Supuesto que despertó siempre menores reticencias doctrinales y más ágiles cautelas legales, centradas fundamentalmente en evitar la responsabilidad personal de la fundación por las deudas sociales y en prevenir la desfiguración, por desviación de sus fines, de la figura fundacional mediante la intervención, en alguna medida (conocimiento o autorización), del Protectorado en casos de participaciones mayoritarias.

Aun tomando este supuesto como telón de fondo, en las inversiones financieras temporales a las que se refieren las recomendaciones de los códigos de conducta no se sobrepasa ninguna de las líneas de flotación sobre las que se fundamentan las principales cautelas de régimen legal. Las inversiones en valores negociables en los mercados financieros que regulan los códigos de conducta serán, en la configuración actual, en sociedades cotizadas con responsabilidad limitada de sus socios y el carácter temporal de las mismas hará

---

fines fundacionales, el marco normativo actual únicamente requiere la notificación al Protectorado (art. 24.2 LF) sin que la aplicación del régimen fiscal favorable quede sujeto a la anterior justificación (sobre los requisitos de las entidades sin fines lucrativos en relación con el desarrollo de actividades económicas, art. 3.2 y 3 de la Ley 49/2002).

<sup>26</sup> BOE núm. 260, de 30 de octubre de 1972.

<sup>27</sup> Como también advierte la profesora A. REAL PÉREZ en «Fundaciones, actividades mercantiles e impuesto de sociedades. Algunas reflexiones a propósito de las leyes 49/2002 y 50/2002», *Asociaciones y Fundaciones. XI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Alicante 27-29 de mayo de 2004, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2005, pp. 281 y ss.

improbable, aunque por vía de acumulación con participaciones previas sería posible, que las participaciones resulten mayoritarias y, por tanto, sujetas al pertinente sistema de comunicación.

## **2. *Actividades económicas y gestión económico-financiera de las fundaciones***

No es, por tanto, la disciplina legal aplicable al ejercicio por parte de las fundaciones de actividades económicas, ni siquiera en su fórmula indirecta de participación en sociedades, la única fuente de la que emana la inspiración que da sentido a los códigos de conducta sobre inversiones temporales que analizamos. Para entender en su totalidad el objetivo de los códigos de conducta debemos combinar las consideraciones, ya ampliamente superadas, sobre el ejercicio indirecto de actividades económicas, con las precauciones que la configuración de la figura fundacional impone a las actividades, por otro lado esenciales para el cumplimiento óptimo de sus fines, de gestión económico-financiera del patrimonio en un contexto de mercado.

Las recomendaciones del código de conducta sobre la realización de inversiones financieras temporales han de enmarcarse naturalmente en el régimen jurídico general de las fundaciones y, en particular, en los principios de actuación que han de guiar el funcionamiento y la actividad de las mismas (art. 23 LF). Así, de un lado, la realización de tales inversiones en las condiciones recomendadas en el código no podrá afectar a la obligación general de destinar efectivamente el patrimonio y sus rentas a los fines fundacionales de conformidad con la ley y los estatutos [art. 23.a) LF], y, de otro, la adecuada emisión y presentación del informe anual sobre el grado de cumplimiento no deja de ser una aplicación concreta de la exigencia de publicidad y transparencia sobre sus fines y actividades [art. 23.b) LF].

Esta evidente constatación nos permite confirmar algunos extremos relativos a la operativa práctica de tales inversiones financieras. El código de conducta no altera ni se superpone a las reglas que, recogidas en el nivel e instrumento que en cada caso corresponda, determinen las reglas básicas para la aplicación de los recursos al cumplimiento de los fines [art. 11.1.d) LF], la competencia para la adopción de las decisiones de inversión y su procedimiento o la necesidad de que el acto de disposición de los fondos destinados o de los propios activos exija previa autorización del Protectorado o simple comunicación, en su caso (art. 21 LF). Como ya indicábamos, la naturaleza temporal y esencialmente inversora de las operaciones a las que se aplica el código hace suponer que será difícil encontrarse ante adquisiciones que representen participaciones mayoritarias en sociedades mercantiles —si bien podría darse

el caso de que resulte mayoritaria la participación resultante por acumulación a pesar de que la inversión represente una adquisición minoritaria—. Por ello, será inusual previsiblemente que se deba recurrir a la comunicación al Protectorado regulada para tales casos (art. 24 RF). No obstante, el respeto a las recomendaciones del código al realizar tales inversiones no suplanta ni sustituye el régimen general que deba aplicarse a la operación de adquisición que, en todo caso, deberá seguir las normas legales y estatutarias correspondientes y, en su caso, la regulación interna que de forma específica rija para la fundación tales operaciones (por ejemplo, reglamentos internos para la inversión en derivados). Así mismo, si bien una inversión en valores negociables que se asuma como temporal no parece cohonestar con la afectación con carácter permanente a los fines fundacionales (art. 12.4 LF), cabría teóricamente que tales valores se aportaren en concepto de dotación por el fundador o por terceras personas o así resulten considerados por la decisión de afectación del Patronato a los fines fundacionales. En tal caso, resultaría pertinente recurrir al sistema de autorización anual para la enajenación de valores cotizados prevista en el artículo 20 RF.

### **III. Restricciones relativas a las inversiones financieras temporales de entidades sin ánimo de lucro**

Entre los principios de actuación aplicables al funcionamiento y la actividad de las fundaciones, el artículo 23 LF obliga a las mismas a destinar efectivamente su patrimonio y sus rentas, conforme a la ley y el reglamento, a sus fines fundacionales. A ello se añade, en segundo lugar, una referencia concreta a lo que podríamos considerar una estrategia transversal de transparencia informativa que ha de vertebrar la actuación de las fundaciones en relación con sus fines y sus actividades. Estos principios determinan las opciones de financiación de las fundaciones y condicionan sus posibilidades de inversión. En este marco general, el legislador inserta restricciones adicionales a la gestión financiera y la política de inversión de las fundaciones mediante los códigos de conducta objeto de estudio para garantizar, en definitiva, unos adecuados principios de prudencia acordes con la naturaleza operativa de las fundaciones sin mermar totalmente su capacidad para captar y rentabilizar sus recursos en los mercados financieros.

La aprobación por el Consejo de la CNMV mediante Acuerdo de 20 de noviembre de 2003 del código de conducta de las entidades sin ánimo de lucro para la realización de inversiones temporales, con su correspondiente extensión a determinadas operaciones de inversión en el ámbito de supervisión del Banco de España, mediante Resolución de 19 de diciembre de 2003, y a

las realizadas concretamente por las mutuas de seguros y mutualidades de previsión social mediante Orden ECO/3721/2003, de 23 de diciembre, reposa legalmente en el mandato legal contenido en la disposición adicional tercera de la Ley 44/2002 y articula su aplicación en el mercado mediante la máxima «cumplir o explicar».

A una valoración de la técnica reguladora empleada y los efectos prácticos que de ella derivan para su cumplimiento dedicamos nuestras primeras consideraciones (*infra* III.1). A continuación nos detendremos en el estudio de su contenido (*infra* III.2), definiendo el ámbito de aplicación del código de conducta aprobado y evaluando el ajuste entre los principios que parecen inspirar este instrumento y su específica instrumentación en el establecimiento de ciertas medidas para la selección y gestión de determinadas inversiones realizadas por las fundaciones.

### **1. *Código de conducta de las entidades sin ánimo de lucro para la realización de inversiones financieras temporales***

La disposición adicional tercera de la Ley 44/2002 se compone, a los efectos que aquí nos interesan, de tres piezas básicas. En primer lugar, se ordena («aprobarán») a los órganos de supervisión de los respectivos mercados —CNMV, Banco de España y Ministerio de Economía— la aprobación de los correspondientes códigos de conducta con el ámbito de aplicación que allí se define. En segundo lugar, se precisa que tales códigos contendrán las reglas específicas a las que «deberán» ajustarse las inversiones financieras temporales que realicen determinadas entidades sin ánimo de lucro, empleando nuevamente una expresión de imperatividad. En tercer lugar, sin embargo, y en aparente contradicción con el carácter imperativo que se desprende de la literalidad del primer párrafo de la disposición legal, se articula un régimen de transparencia basado en la presentación de un informe anual por parte de dichas entidades para dar a conocer al Protectorado o sus partícipes el grado de cumplimiento de los citados códigos. Este sistema, que posteriormente se perfila como un modelo «cumplir o explicar», aleja la primera impresión de imperatividad y acerca su tratamiento al deseado carácter autorregulador que se desprende de su calificación como código de conducta. Las referencias a principios y recomendaciones en el contenido del código avalarían esta consideración. Sin embargo, ni su particular origen ni la operativa de su aprobación parecen corresponderse, al menos en las versiones más puras, con auténticas técnicas de autorregulación.

A) *Análisis crítico: sobre la naturaleza del código de conducta*

Como es sabido, la autorregulación, en un sentido general, supone el otorgamiento a los propios operadores del mercado (sujetos privados)<sup>28</sup>, esto es, a los destinatarios de las normas<sup>29</sup>, de la competencia para dictar reglas que rijan<sup>30</sup> su propia actividad<sup>31</sup>. Y son además básicamente la disciplina de mercado y las sanciones reputacionales, de un lado, y los remedios obligacionales, de otro —a los que en relaciones de consumo habrá que añadir los propios de las prácticas comerciales desleales<sup>32</sup>—, las principales herramientas para asegurar su cumplimiento.

<sup>28</sup> La identificación de las formas autorreguladoras requiere la constatación de este elemento subjetivo: la matriz privada de la autorregulación. La procedencia de la autorregulación, tome la forma que tome (reglas, informaciones, decisiones, inspecciones, auditorías), de sujetos privados distingue este fenómeno de otros supuestos afines (autoadministración, ejercicio privado de funciones públicas). J. ESTEVE PARDO, *Autorregulación. Génesis y efectos*, Aranzadi, Navarra, 2002, p. 103. La participación de los sujetos privados en actividades normativas adopta modalidades muy distintas y de muy diversa entidad: iniciativa normativa (cuando el art. 87.3 de la Constitución se refiere a la iniciativa popular); participación en la tramitación legislativa (audiencia de asociaciones de consumidores y empresariales para la elaboración de disposiciones que les afecten); aprobación de instrumentos normativos (convenios colectivos, derecho estatutario, costumbre) —V. ÁLVAREZ GARCÍA, «La capacidad normativa de los sujetos privados», *REDA*, n.º 99, julio-septiembre 1998, pp. 343-367, en pp. 352-353—.

<sup>29</sup> En la elección entre una regulación centralizada y una regulación descentralizada, concurriría la constatación de la existencia de un fallo en la estructura de incentivos. Al igual que la teoría económica justifica la necesidad de la regulación por la detección de un fallo en la estructura de incentivos del mercado, la opción entre la regulación centralizada o la regulación «*up-from-the-bottom*» (descentralizada) se explicaría por la existencia de un fallo en la estructura de incentivos de las normas sociales. R. D. COOTER, «Decentralized Law for a Complex Economy: The Structural Approach to Adjudicating the New Law Merchant», 144 *U.Pa.L.Rev.*, 1995-1996, pp. 1643-1696.

<sup>30</sup> Como tal, puede despertar el interés de las autoridades de defensa de la competencia, en la medida que tal reglamentación de las conductas en el mercado tenga efectos anticompetitivos. H. J. LEVIN, «The Limits of Self-Regulation», 67 *Colum.L.Rev.*, 1967, pp. 603-644.

<sup>31</sup> La autorregulación, por tanto, no significa ausencia de normas, sino que incide en el carácter de las mismas, en función de su fuente de creación. La autorregulación haría así referencia a la regulación mediante normas de producción autónoma y procedente de los poderes públicos. J. M.<sup>a</sup> DE LA CUESTA RUTE, «Algunas reflexiones sobre el fenómeno de la autorregulación», *RDBB*, n.º 94, abril-junio 2004, pp. 87-115, p. 89 y p. 94. De ahí que nos topeamos con la paradoja de que el incremento de la autorregulación privada responda a la más firme y decidida voluntad reguladora de las instancias públicas, J. ESTEVE PARDO, *Autorregulación...*, ob. cit., p. 27.

<sup>32</sup> Directiva 2005/29/CE de 11 de mayo, sobre prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (DOUE, serie L, de 11 de junio de 2005), en particular, artículo 6.2 sobre prácticas engañosas, concordantes y Anexo I. Esta Directiva se traspone al ordenamiento jurídico español por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios (BOE núm. 315, de 31 de di-

En este contexto se sitúan, en particular, los códigos de conducta. Carentes de una definición más cercana y conscientes además de que nos encontramos ante un concepto heterogéneo, difuso y con un alto riesgo anfibológico<sup>33</sup>, podemos tomar la referencia que nos ofrece la Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo, sobre prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, en su artículo 2, apartado f), donde define «código de conducta» como «acuerdo o conjunto de normas no impuestas por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de un Estado miembro, en el que se define el comportamiento de aquellos comerciantes que se comprometen a cumplir el código en relación con una o más prácticas comerciales o sectores económicos concretos». En virtud de esta definición, podemos, al menos provisionalmente, asumir que los códigos de conducta, además de tener su origen natural en la iniciativa de los propios destinatarios de las reglas resultantes, recogen normas no impuestas y de adhesión voluntaria.

En el caso que nos ocupa, nos encontramos, sin embargo, con un código de conducta cuya aprobación se ha encomendado a las autoridades de supervisión de los mercados y cuyo seguimiento, si bien bajo el modelo «cumplir o explicar», se impone a los operadores del mercado, esto es, las entidades sin ánimo de lucro. Esta arquitectura nos hace cuestionarnos si nos encontramos realmente ante un código de conducta o se ha empleado esta calificación para atenuar ilusoriamente el efecto imperativo y crear una apariencia participativa de los operadores en la formulación de las normas. Estas cuestiones nos llevan además a preguntarnos cuáles serán, en su caso, las consecuencias jurídicas para una entidad de no adoptar tales recomendaciones; habiéndolo hecho, no cumplirlas o, habiéndose desviado en su cumplimiento, no explicar las razones que lo justifican o no hacerlo suficientemente.

---

ciembre) mediante la reforma de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, que regula de manera unitaria esta materia; el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que lleva esta protección al ámbito de la ley anterior; la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, y la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad. En relación con las prácticas comerciales relacionadas con los códigos de conducta, nuevo artículo 21 de la Ley de Competencia Desleal tras la modificación realizada por la Ley 29/2009.

<sup>33</sup> S. CAVANILLAS, «Códigos de conducta dirigidos a consumidores: versiones y perversiones», ponencia presentada en el *II Congreso Internacional «Códigos de Conducta y Mercado. Espacio digital. Consumidores y Resolución de conflictos»*, celebrado en la Universidad Complutense de Madrid, los días 26 y 27 de marzo de 2009, pendiente de publicación (manuscrito proporcionado por el autor).

B) *Valoración práctica: sobre su aplicación en el mercado. «Cumplir o explicar»*

Las características propias de un instrumento merecedor del calificativo de código de conducta resultan particularmente deslucidas en un texto aparentemente plagado de imperatividad, de origen heterónimo y dudosa adhesión voluntaria. Así, la disposición final del código de conducta aprobado por la CNMV, bajo el título «Aplicación del código», impone a las entidades sin ánimo de lucro que comiencen a aplicar los principios que allí se establecen en relación con el ejercicio 2004 —para el ejercicio 2003 en relación con las mutuas de seguros y mutualidades de previsión social de acuerdo con la Orden ECO/3721/2003—. Pero, a su vez, en la disposición anterior, sobre «Seguimiento del código», asume que las entidades podrán separarse de las recomendaciones contenidas en el código, debiendo en tal caso explicar las razones que fundamenten tal comportamiento. De este modo, la aplicación del código entre sus destinatarios se articula mediante el modelo «cumplir o explicar» en el que confluyen las estrategias de transparencia informativa que han inspirado las recientes reformas de los mercados financieros y las políticas sobre buen gobierno de las sociedades cotizadas<sup>34</sup>.

Bajo esta misma filosofía regulatoria, el código de conducta que analizamos, en consideración así a su naturaleza, es de cumplimiento voluntario, siempre que en el correspondiente informe anual se hagan constar no sólo el grado de cumplimiento del mismo sino los motivos que expliquen las eventuales desviaciones de sus principios y recomendaciones. Ciertamente, la confianza en la disciplina del mercado y el efecto que en la toma de decisiones de inversión o desinversión ejerce una política de transparencia informativa, desplaza la obligatoriedad del cumplimiento del código a la emisión del informe anual acerca del grado de cumplimiento. Entenderíamos así que el cumplimiento de las recomendaciones del código de conducta no es obligatorio, aunque sí lo es la emisión del correspondiente informe<sup>35</sup>. Pero además en plena coherencia con el principio «cumplir o explicar», la falta de seguimiento de las reglas del código no implica en sí mismo y por esta única razón una infrac-

<sup>34</sup> Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades cotizadas (BOE núm. 171, de 18 de julio de 2003), en adelante, *Ley de Transparencia*.

<sup>35</sup> Informe *Winter*, que lleva el nombre de su Presidente, Jaap Winter, elaborado por el denominado *Grupo de Expertos de Alto Nivel en Derecho de Sociedades*, creado por la Comisión Europea en septiembre de 2001, en el marco de un Plan de Acción sobre Derecho de Sociedades impulsado por la Unión Europea. El Informe fue publicado bajo el título *On a modern regulatory framework for Company Law in Europe*, con fecha de 4 de noviembre de 2002.

ción sancionable. Más aún, las explicaciones sobre el eventual incumplimiento de tales reglas no tienen necesariamente que responder a motivos razonables y circunstancias objetivas que justifiquen la desviación; para satisfacer el objetivo de transparencia informativa, basta con la elaboración del informe y la puesta en conocimiento del Protectorado, partícipes, asociados o mutualistas del grado de cumplimiento de las recomendaciones. Ello debería activar el mecanismo de selección del mercado y asegurar la toma de decisiones adecuadas en condiciones de transparencia.

No obstante, la incorporación de información falsa en el informe o una actuación negligente en relación con las inversiones realizadas incumpliendo las recomendaciones del código podrán dar lugar a responsabilidades de otra naturaleza. En este sentido, especialmente significativa podría ser la responsabilidad de los patronos<sup>36</sup> donde se muestra con notable intensidad la influencia en el Derecho de fundaciones del Derecho de sociedades de capital<sup>37</sup>, a pesar de que en la práctica la exigencia de responsabilidad parece tener una sorprendentemente baja incidencia<sup>38</sup>. De hecho, podríamos encontrarnos ante un supuesto en el que la desviación de las recomendaciones del código en las inversiones realizadas implique una administración negligente de los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación (arts. 14.2 y 17 LF) que no asegure su utilidad y haya mermado su rendimiento. Asimismo, si el acto de disposición consistente en la inversión o en la posterior desinversión para recuperar la inversión temporal hubiera requerido la comunicación previa del negocio realizado o la preceptiva autorización, el Protectorado podrá requerir al Patronato la información que estime conveniente y, a la vista de

---

<sup>36</sup> E. DÍAZ RUIZ, «Cumplimiento de los códigos de conducta en el ámbito de las sociedades cotizadas», capítulo para el libro colectivo del equipo de próxima publicación (manuscrito proporcionado por el autor).

<sup>37</sup> J. M. EMBID IRUJO, «Gobierno de la fundación», en S. MUÑOZ MACHADO, M. CRUZ AMORÓS y R. DE LORENZO GARCÍA, *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, ob. cit., pp. 227-276, en p. 259.

<sup>38</sup> La experiencia práctica muestra una reacia actitud de los Protectorados a la exigencia de responsabilidad de los patronos, demostrando hoy un comportamiento mucho más cauteloso y reticente que cuando podían proceder a la sustitución o destitución de los patronos. Como advierte la profesora A. REAL PÉREZ, si bien la relajación de los controles administrativos de las fundaciones favorece, sin duda, la agilidad y la eficacia de sus actuaciones, es preciso que venga compensada por el refuerzo adecuado del «autocontrol» del Patronato, que exige una auténtica operatividad de las acciones de responsabilidad de los patronos. Y es que, efectivamente, «a menor control más responsabilidad», «(n)o puede ser de otra manera» —A. REAL PÉREZ, «Control y responsabilidad en las fundaciones», *Tendencias legislativas y Tercer Sector. Los modelos español e italiano*. Ponencias del Congreso Internacional celebrado en Santiago de Compostela, 2-4 octubre 2003, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2005, pp. 49 y ss.—.

las circunstancias concurrentes, sin perjuicio de autorizar *a posteriori* la operación, entablar la acción de responsabilidad contra los patronos o solicitar judicialmente su destitución. Más aún, cabría el caso excepcional de que el incumplimiento del código refleje, en realidad, graves irregularidades en la gestión económica de la fundación hasta el punto de poner en peligro su subsistencia que activara las medidas previstas en el artículo 42 LF. En todo caso, se observa que no es la simple desviación de las recomendaciones objeto de sanción sino el hecho de que tal incumplimiento sea reflejo realmente de comportamientos negligentes o irregulares.

Con todo, podríamos además plantearnos qué significa a los efectos del código de conducta «cumplir» sus recomendaciones. El código no prejuzga, pues nada indica al respecto, cómo deben las fundaciones implementar sus principios y aplicar sus recomendaciones. Con un breve repaso a la práctica fundacional, observamos diversas estrategias básicas. De un lado, la de aquellas entidades que han incorporado las recomendaciones del código mediante la adopción de un código de conducta propio en inversiones financieras temporales<sup>39</sup> o la incorporación de disposiciones relativas a estas operaciones en sus códigos generales de conducta<sup>40</sup>. En este sentido, se observa cómo algunas fundaciones se han conformado con transcribir casi literalmente el tenor de los respectivos textos aprobados por los diversos órganos supervisores, mientras que otras han completado, precisado y desarrollado el código correspondiente con considerable extensión. De otro lado, la de aquellas entidades que han optado por un modelo de implementación distinto, bien sea a través de reglamentos internos o fórmulas similares o bien sea sin una específica articulación. En este caso, surgen varias cuestiones:

— Primera, puesto que el código de conducta en sus tres versiones no determina un modo particular de articulación, no incorporar sus recomendaciones en forma de código de conducta de la entidad o de otro modo no supone por sí solo un incumplimiento. Podremos encontrarnos, en principio, ante códigos modelo de aplicación sectorial, códigos individuales, y otras formas de implantación como mediante la redacción de reglamentos internos sobre inversiones. Lo interesante en este sentido es valorar qué diversos efectos podría tener la desviación de las recomendaciones en cada caso, considerando el modo en que

---

<sup>39</sup> Esta parece la estrategia generalizada en el sector asegurador —[www.pelayo.com](http://www.pelayo.com), [www.asepeyo.es](http://www.asepeyo.es), [www.amaseguros.com](http://www.amaseguros.com), [www.mutua-mad.es](http://www.mutua-mad.es), etc.—.

<sup>40</sup> Entre otras, por ejemplo, el código de conducta de Cruz Roja Española, disponible en [http://www.cruzroja.es/docs/2006\\_34\\_CN/CodigodeconductaCRE.pdf](http://www.cruzroja.es/docs/2006_34_CN/CodigodeconductaCRE.pdf) (última consulta 02/06/2010). También el código modelo de FUNKO (Confederación Vasca de Fundaciones), [www.funko.es](http://www.funko.es) (última consulta 02/06/2010).

se ha procedido a su incorporación y, por tanto, las consecuencias de su incumplimiento. Además, cabría teóricamente que una fundación decidiera no aprobar un código de conducta de aplicación específica de estas recomendaciones pero en sus decisiones de inversión siga estas pautas y explique debidamente el grado de cumplimiento en su informe anual. Así parece también derivarse del tenor literal del artículo 25 RF cuando se refiere al informe que el Patronato deberá emitir anualmente sobre el grado de cumplimiento por parte de la fundación de los códigos de conducta. En la medida que se refiere directamente al cumplimiento de los códigos de conducta aprobados en desarrollo de la disposición adicional tercera de la Ley 44/2002 no presupone un escalón intermedio de aplicación o implementación interna de las recomendaciones.

— Segunda, el modo en que se implementen las recomendaciones internamente puede implicar diversas consecuencias en caso de incumplimiento más allá del puntual respeto al mandato de «cumplir o explicar». Es decir, si tales recomendaciones se incorporan al cuerpo regulador de la fundación y se asumen como propias mediante su transformación en instrumentos de diversa naturaleza, su incumplimiento, a pesar de la adecuada explicación en el informe anual, puede dar lugar a otras consecuencias previstas al respecto (legal o estatutariamente).

## 2. *Estudio del contenido del código de conducta*

A la vista de las consideraciones anteriormente apuntadas sobre el régimen de aplicación del código de conducta, para el estudio de su contenido tomaremos como referencia el *código de conducta de las entidades sin ánimo de lucro para la realización de inversiones temporales en el ámbito del mercado de valores* aprobado por Acuerdo de 20 de noviembre de 2003 del Consejo de la CNMV y tan sólo en aquellos aspectos en que exista una regulación específica y distinta nos referiremos al código aprobado por el Banco de España.

El código de conducta se estructura en dos partes. La primera detalla y desarrolla con las oportunas definiciones su ámbito de aplicación en virtud de lo previsto en la disposición adicional tercera de la Ley 44/2002 al ordenar su aprobación [*infra* III.2.A)]. La segunda recoge, bajo el título general de «Principios y recomendaciones», el núcleo sustantivo del texto en relación con el establecimiento de sistemas de selección y gestión de inversiones [*infra* III.2.B)].

### A) *Ámbito de aplicación*

De conformidad con la declaración general de la disposición adicional tercera de la Ley 44/2002, y en el marco de sus competencias, el código de con-

ducta aprobado por la CNMV se aplicará a las entidades sin ánimo de lucro que realicen inversiones temporales en valores mobiliarios e instrumentos financieros en su ámbito de supervisión. El propio Código facilita la interpretación de su ámbito de aplicación incluyendo a continuación sendas definiciones pertinentes a los efectos de su aplicación.

a) *Ámbito de aplicación subjetivo: entidades sin ánimo de lucro*

El código de conducta se aplicará a las entidades sin ánimo de lucro. Si bien su aplicación a las fundaciones no plantearía dudas, sí podrían surgir con respecto al alcance de un ámbito de aplicación subjetivo que algunos denominan «tercer sector», socialmente reconocible pero jurídicamente impreciso. Por ello, el propio texto define a los efectos de su aplicación la noción de entidad sin ánimo de lucro por enumeración. Las fundaciones aparecen expresamente referidas en la primera posición de una lista que incluye además las asociaciones, los Colegios Profesionales, los fondos de promoción de empleo, las mutuas de seguros y las mutualidades de previsión social, sin perjuicio de lo que establezca para las mismas el código de conducta de la Dirección General de Seguros, las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social y cualquier otro tipo de entidad con personalidad jurídica y sin ánimo de lucro que esté sujeta a tipos de gravamen reducidos del Impuesto de Sociedades cuando tales entidades no tengan un régimen específico de inversiones.

Esta definición por enumeración de las entidades sin ánimo de lucro coincide plenamente —salvo la precisión que hace la disposición legal a «instituciones y asociaciones sin ánimo de lucro»— con la establecida en la disposición adicional tercera de la Ley 44/2002. Si, a su vez, comparamos transversalmente el ámbito de aplicación subjetivo de los tres códigos de conducta aprobados observamos dos técnicas de reparto competencial distintas. De un lado, entre el código de conducta aprobado por la CNMV y el adoptado por el Banco de España se produce un solapamiento pleno de su ámbito subjetivo, pues ambos comparten una aplicación prevista a todas las entidades sin ánimo de lucro tal y como quedan definidas en la disposición adicional tercera de la Ley 44/2002. Las diversas competencias de supervisión se reflejan en el ámbito objetivo. Esto es, la oportuna aplicación del código de conducta aprobado por la CNMV o por el Banco de España no depende de la entidad que realiza la operación de inversión sino de la naturaleza de la operación realizada [*infra* b)]. De otro lado, sin embargo, el código de conducta aprobado en virtud de Orden ECO/3721/2003 no goza de un ámbito subjetivo de aplicación pleno y, en consecuencia, coincidente con el de los otros dos códigos

adoptados. Mientras que su ámbito de aplicación objetivo arranca del genéricamente definido por la CNMV en su código de conducta bajo el descriptivo de inversiones temporales, la particular esfera de supervisión se manifiesta en la drástica reducción de los sujetos a los que sus reglas resultan aplicables: mutuas de seguro y mutualidades de previsión social. De ahí que el código de conducta aprobado por la CNMV, al definir su ámbito de aplicación subjetivo (disposición 1, apartado 1, letra e) precise que sus reglas se aplicarán también a las mutuas de seguros y las mutualidades de previsión social «sin perjuicio de lo que establezca para las mismas el código de conducta de la Dirección General de Seguros».

Estos dos criterios de reparto competencial se proyectarán no sólo en la aprobación del código sino en el seguimiento de su aplicación por las entidades sin ánimo de lucro obligadas por el órgano de supervisión correspondiente y los efectos del incumplimiento de sus recomendaciones. Así, por ejemplo, se precisa en la Orden ECO/3721/2003 que «(l)os consejos de administración de las mutuas de seguros y las juntas directivas de las mutualidades de previsión social deberán presentar a las asambleas generales en que se aprueben las cuentas anuales de la entidad, el informe anual acerca del grado de cumplimiento de este código de conducta y de los Códigos de Conducta aprobados por la Comisión Nacional del Mercado de Valores y del Banco de España, al que se refiere la disposición adicional tercera de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero»; además se deberá dar cuenta también de tal informe (de posible contenido triple, como puede observarse) a las entidades o personas protectoras de las mutualidades de previsión social.

Dado que este trabajo está dedicado exclusivamente a las fundaciones, nos centraremos en el estudio de los dos únicos códigos de conducta potencialmente aplicables a estas entidades en función de la naturaleza de la operación realizada: el aprobado por la CNMV en relación con inversiones temporales en valores mobiliarios e instrumentos financieros y el adoptado por el Banco de España en lo que se refiere a inversiones financieras temporales en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas que lleven aparejada la obligación de sustitución y que no estén sujetas a las normas de ordenación y disciplina del mercado de valores. De este modo, descartamos a partir de aquí el análisis, salvo en aquellos extremos en que su comparación pueda resultar ilustrativa para algunos razonamientos, del código de conducta para las mutuas de seguro y mutualidades de previsión social en materia de inversiones financieras temporales aprobado por Orden ECO/3721/2003, de 23 de diciembre.

b) *Ámbito de aplicación objetivo*

El ámbito objetivo de las recomendaciones del código sobre determinadas inversiones realizadas por las entidades sin ánimo de lucro está definido de acuerdo con dos criterios. Primero, el carácter temporal de la inversión; y, segundo, la naturaleza de las operaciones en las que consista la inversión temporal sujeta al código. En este sentido, será el segundo de los requisitos el que marque el diverso ámbito material entre los tres códigos en función de la esfera de supervisión de los órganos reguladores.

i) *El criterio de la temporalidad de la inversión*

El elemento temporal se erige como un criterio esencial para la determinación del ámbito de aplicación de las recomendaciones de inversión en los códigos objeto de estudio. Esta constatación nos anima a indagar en los verdaderos motivos que subyacen en el establecimiento de tal condición más allá de razones puramente aplicativas o de simple definición de una esfera sustantiva arbitraria para la aplicación de las recomendaciones.

El carácter temporal de la inversión se puede interpretar, a nuestro parecer, conforme a dos perspectivas. De un lado, las inversiones temporales, entendidas como aquellas con vencimiento inferior a un año o siendo a mayor plazo que se adquieran o mantengan con intención de beneficiarse en el corto plazo de la variación de sus precios, representan el destino más razonable de los excedentes financieros que pueda tener una fundación para evitar su ociosidad y aprovechar los rendimientos de la inversión para ser ulteriormente aplicados a los fines fundacionales propios<sup>41</sup>. Por ello, desde la perspectiva de la gestión financiera y de los recursos de la fundación, se asume la normalidad de estas operaciones en el contexto de la realización de actividades en el mercado. De ahí que no haya sido la prohibición de estas inversiones la opción regulatoria. De otro lado, sin embargo, el carácter temporal de la inversión y su inherente objetivo de rentabilización rápida de lo invertido avivan los riesgos de especulación y, por tanto, el peligro de que se comprometa el capital invertido y consecuentemente el adecuado cumplimiento de los fines fundacionales. Desde este punto de vista, el carácter temporal es el que justifica las limitaciones que los códigos de conducta establecen para reducir los riesgos patrimoniales que para las fundaciones pueda implicar el recurso a operaciones financieras como las descritas.

---

<sup>41</sup> A. CARO SABATER, «Gestión económica y financiera de fundaciones», en J. M.<sup>a</sup> BENEYTO PÉREZ (dir.), *Tratado de Fundaciones*, ob. cit., pp. 1339-1380, en p. 1378.

Son estas dos perspectivas las que confluyen no sólo en la definición del ámbito objetivo de los códigos de conducta sino en el contenido mismo de sus recomendaciones dirigidas todas ellas a la selección y gestión prudentes y profesionales de las inversiones de acuerdo con los principios de seguridad, liquidez y rentabilidad [*infra* III.2.B)].

Con este planteamiento de fondo, el código de conducta aprobado por la CNMV precisa con referencias técnico-contables la definición de aquellas inversiones que, a los efectos de la aplicación de sus recomendaciones, serán consideradas como inversiones temporales. Literalmente la disposición del código establece que serán consideradas inversiones temporales aquellas que tengan tal consideración conforme al Plan General de Contabilidad aprobado por el Real Decreto 1643/1990, de 20 de noviembre, siempre que se trate de inversiones en activos con vencimiento no superior a un año, así como aquellos activos a mayor plazo que se adquieran o mantengan con la finalidad de beneficiarse a corto plazo de las variaciones de sus precios. La referencia al Plan General de Contabilidad de 1990 debe entenderse hoy referido al Nuevo Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad <sup>42</sup> en desarrollo de la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea <sup>43</sup> (disposición final 1.<sup>a</sup>). Sobre la base del marco jurídico establecido por las Directivas contables, la referida Ley y su desarrollo reglamentario responden a la necesidad de ajustar nuestro Derecho contable a los criterios incluidos en los Reglamentos de la Unión Europea por los que se adoptan las Normas Internacionales de Información Financiera, en aquellos aspectos sustanciales que dichos Reglamentos regulen con carácter obligatorio. Con esta finalidad, se ha incorporado en el Código de Comercio en sintonía con los citados Reglamentos europeos, las notas de seguridad y estabilidad necesarias para inspirar y servir de punto de referencia a las normas concretas de valoración y presentación de la información financiera, que permitan fundamentar la normativa contable *ad futurum*, haciendo posible su adaptación a la coyuntura económica y social de cada momento. De acuerdo con el nuevo plan contable, las inversiones financieras temporales se corresponden con la cuenta 540, «Inversiones financieras temporales en instrumentos de patrimonio», dentro del grupo 5 que comprende las cuentas relativas a la tesorería de la empresa, entendiéndose por tesorería los derechos y

---

<sup>42</sup> BOE núm. 278, de 20 de noviembre de 2007.

<sup>43</sup> BOE núm. 160, de 5 de julio de 2007.

obligaciones financieras de los que sea titular la sociedad con un período de materialización o exigibilidad inferior al ejercicio económico.

ii) En valores mobiliarios e instrumentos financieros

En el código de conducta aprobado por la CNMV, las inversiones financieras temporales a las que resulta de aplicación serán aquellas que se realicen en valores mobiliarios e instrumentos financieros en el ámbito de supervisión de la Comisión. Considerando que en el marco del Derecho de los Mercados Financieros, el Derecho bursátil responde a un criterio objetivo de delimitación de su ámbito de aplicación, frente al criterio subjetivo que preside el Derecho Bancario, la referencia del código de conducta es coherente con esta filosofía general de la disciplina.

Para hacer corresponder así el ámbito objetivo de aplicación de las recomendaciones contenidas en el código con el ámbito de supervisión de la CNMV, se remite la definición de valores mobiliarios e instrumentos financieros como objeto de las inversiones financieras temporales a los comprendidos en el artículo 2 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en adelante, LMV). El artículo 2 LMV representa el amarre sustantivo de todo el Derecho bursátil y su evolución viene marcada por dos coordenadas. De un lado, la progresiva sofisticación de los productos susceptibles de tráfico impersonal y generalizado en un mercado financiero que ha decantado definitivamente la noción legal hacia el amplio concepto de instrumento financiero. De otro lado, la más pausada evolución doctrinal desde los más clásicos conceptos de valor mobiliario y título valor hasta los más actuales de valor negociable e instrumento financiero <sup>44</sup>. Un recorrido que más que una simple cuestión terminológica ha planteado un nada sencillo problema conceptual sobre la amplitud y la relación entre las nociones legales. Así, la adaptación de las normas comunitarias ha ido marcando el ritmo de adaptación de esta disposición legal tanto en lo terminológico como en lo verdaderamente conceptual. En virtud de la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, de reforma de la LMV, se incorporan al artículo 2 de la misma, que se refería exclusivamente a los valores negociables, dos párrafos relativos a ciertos instrumentos financieros a los que, se precisa, les serán de aplicación, con las debidas adaptaciones, las

---

<sup>44</sup> A. SÁNCHEZ ANDRÉS, «Valores negociables, instrumentos financieros y otros esquemas contractuales de inversión», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n.º 99, 2005, pp. 7-58; J. E. CACHÓN BLANCO, «Análisis comparativo del concepto teórico doctrinal de valor negociable y el concepto reglamentario contenido en el Real Decreto de 27 de marzo de 1992 sobre emisiones y ofertas públicas de venta de valores», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 222, 1997, pp. 1201-1252.

reglas aplicables a los valores negociables. Con la posterior reforma de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, se da una nueva redacción al citado artículo 2 LMV adquiriendo el término «instrumento financiero» una posición general y omnicomprendiva que incluye entonces los valores negociables y otros instrumentos financieros distintos de los valores negociables. Se incorpora así en el cuerpo legal una lista no cerrada —art. 2.1.k) «Los demás a los que las disposiciones legales o reglamentarias atribuyan la condición de valor negociable»— de valores que en todo caso serán considerados valores negociables, enumeración tradicionalmente relegada al desarrollo reglamentario en su integridad (art. 3 del Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos <sup>45</sup>).

En la redacción del artículo 2 LMV tras la reforma de la Ley 47/2007 ya se incluye expresamente en la enumeración de valores negociables las participaciones en instituciones de inversión colectiva, a las que el código de conducta se refiere de forma adicional por no estar éstas en la redacción vigente en la fecha de aprobación del código de conducta.

Por tanto, la concreta y precisa determinación de las inversiones financieras temporales en valores negociables e instrumentos financieros cubiertas por el código de conducta requerirá, en cada caso, la comprobación de la definición legal vigente de instrumento financiero.

*iii)* En forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas que lleven aparejada la obligación de su restitución

El código de conducta aprobado por el Banco de España define, sin embargo, su ámbito de aplicación por exclusión —«que no estén sujetas a las normas de ordenación y disciplina del mercado de valores»— y en referencia al aprobado apenas un mes antes por la CNMV. Como ya adelantábamos, el ámbito de aplicación subjetivo entre ambos textos es coincidente y, por tanto, la especialización supervisora se proyecta en el tipo y la naturaleza de las inversiones financieras temporales objeto del código. Así, el código de conducta aprobado por Resolución de 19 de diciembre de 2003 del Banco de España integra plenamente el contenido del adoptado por Acuerdo de 20 de noviembre de 2003 por el Consejo de la CNMV.

---

<sup>45</sup> BOE núm. 274, de 16 de noviembre.

Por tanto, el código de conducta del Banco de España resulta aplicable a las fundaciones, como entidades sin ánimo de lucro, en relación con determinadas inversiones financieras. Ante la parquedad del código aprobado por el órgano supervisor bancario y la total remisión al código adoptado por la CNMV, podemos realizar las siguientes consideraciones. En primer lugar, la definición de inversión temporal será la contemplada en el código de la CNMV en relación con el Plan General de Contabilidad y con las precisiones adicionales sobre el plazo inferior a un año o, siendo superior, la intención de beneficiarse a corto plazo de la variación de precio, en la medida en que resulten de aplicación al tipo de operaciones contempladas en el código del Banco de España. En segundo lugar, bajo tal definición de temporalidad, la inversión deberá consistir en depósitos, préstamos, cesión temporal de activos financieros u otras análogas que lleven aparejada la obligación de restitución. Desde el punto de vista técnico-contable, el detalle de las cuentas del grupo 5, «Cuentas financieras», marcado por la condición de operaciones a «corto plazo» nos ofrece claros ejemplos de los supuestos contemplados. En tercer lugar, y repitiendo una precisión ya referida en varias ocasiones, aquellas operaciones que dentro de las categorías referidas en el código del Banco de España estén sujetas a las normas de ordenación y disciplina del mercado de valores quedan excluidas del ámbito de aplicación del código bancario para regirse, entendemos por el código de conducta de la CNMV, que, en tal sentido, prevalece.

#### B) *Selección y gestión de inversiones*

Las recomendaciones sobre la selección y gestión de inversiones que realicen las fundaciones condensan un delicado equilibrio entre la no prohibición de tales inversiones temporales al admitir su utilidad en la política financiera de las entidades y su adecuada sujeción a una serie de principios de prudencia que atenúen los riesgos de pérdida patrimonial y, en consecuencia, de imposibilidad o mayor dificultad en el cumplimiento de sus fines fundacionales.

La especial sofisticación técnica y la mayor complejidad de los productos financieros aconsejan una particular atención en la selección y un especial cuidado en la gestión de las inversiones. Por ello, las recomendaciones del código de conducta se despliegan en dos tipos de medidas. De un lado, de tipo personal o subjetivo, en cuanto a la experiencia y los conocimientos técnicos de quienes seleccionen y decidan las inversiones [*infra a*]. De otro lado, de tipo sustantivo o material, en lo que se refiere a los principios que deben guiar la selección y la gestión de tales operaciones de inversión [*infra b*].

a) Sistemas de selección y gestión de inversiones

La primera dimensión de los sistemas de selección recomendados está dirigida a asegurar experiencia profesional y conocimientos técnicos en quienes decidan las inversiones que las entidades realicen. La implantación, en este sentido, de estos sistemas de selección y gestión podrá implicar, a nuestro parecer, de acuerdo con el volumen y la naturaleza de las inversiones implicadas, bien la disposición de personal propio debidamente formado a tales efectos o bien, como expresamente prevé el código, la contratación de asesoramiento profesional externo con suficientes garantías de competencia profesional e independencia.

Esta previsión entronca con el núcleo histórico de la regulación de los mercados de valores que parte de una concepción de los mercados como mercados imperfectos. En concreto, los mercados de valores se caracterizan por una información asimétrica. Los inversores no sofisticados tendrían acceso a menor información que la disponible para los operadores del mercado, afectando así a su capacidad de adoptar decisiones racionales de inversión. La capacidad real de tomar decisiones de inversión de forma racional e informada se convierte así en el verdadero objetivo de protección <sup>46</sup>. En este contexto, las normas de tutela se han estratificado en función del grado de experiencia, conocimientos técnicos y profesionalidad del inversor que, por tanto, a efectos de determinar el ámbito subjetivo de protección, supera las definiciones tradicionales de consumidor para integrar una más flexible noción delimitada por la noción de asimetrías de información. En este sentido, las recomendaciones del código a este respecto están dirigidas a atenuar las asimetrías naturales del mercado financiero con el objetivo de reducir los riesgos derivados de la inversión ante la complejidad, opacidad y sofisticación técnica de ciertos productos de inversión. Responde así a la misma filosofía inspiradora de las medidas de clasificación de clientes implantadas por la conocida MiFID (Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE

---

<sup>46</sup> La aproximación jurisprudencial a la legislación de los mercados de valores ha interpretado su objetivo de protección centrado no tanto en una abstracta noción de inversor sino en la capacidad del inversor de elegir, de tomar decisiones racionales e informadas. *Data Probe Acquisition Corp. v. Datatab, Inc.*, 568 F. Supp. 1538, 1545.47 (S.D.N.Y.) *rev'd*, 722 F.2d 1 (2d Cir. 1983), citada en J. E. FISCH, «Imprudent Power: Reconsidering US Regulation of Foreign Tender Offers», 87 *Northwestern University Law Review* 559, 1992-1993. Esta versión del principio de protección del consumidor resulta de utilidad para apreciar una categorización de los inversores en función de su profesionalidad.

del Consejo <sup>47)</sup> <sup>48)</sup>. En definitiva, la primera y probablemente más eficaz medida para reducir los riesgos patrimoniales derivados de las inversiones es la profesionalidad de quienes adopten la decisión ante productos que han sido calificados por su alta complejidad como «mercancía peligrosa».

La previsión de que no disponiendo de personal suficientemente preparado al respecto los órganos de gestión y administración de la entidad decidan contratar asesoramiento profesional externo abre varias líneas de consideración. Apuntaremos tan sólo dos de ellas. De un lado, este recurso a terceros profesionales por parte de los gestores de la entidad forma parte de una ya generalizada política de buen gobierno corporativo consistente en apuntalar la toma de decisiones empresariales sobre la base de expertos y terceros de confianza <sup>49)</sup>. De otro lado, como resultado de la política descrita, los gestores, lejos de desviar plenamente su responsabilidad en los terceros *gatekeepers*, asumen la propia en la elección, supervisión y monitorización de las actividades de tales terceros expertos.

No encontramos en el código de conducta mayores detalles sobre el procedimiento de toma de decisiones de inversión. Ciertamente no es ni precisa ni oportuna una referencia más precisa en este sentido, pues éste deberá insertarse en el marco procedimental que a tales efectos hayan previsto los estatutos de la Fundación <sup>50)</sup>.

Sin perjuicio de una eventual pluralidad orgánica con el correspondiente reparto competencial <sup>51)</sup>, corresponderá al Patronato adoptar las decisiones de inversión (tras el debido asesoramiento, en su caso) en la medida que represen-

---

<sup>47)</sup> DO L 145/1, 30.4.2004.

<sup>48)</sup> Al respecto, ya habían sido especialmente ilustrativos los trabajos de FESCO y CESR (*Committee of European Securities Regulators*) dirigidos a la definición de la noción de inversor y la determinación de las diferentes categorías de sujetos inversores que participan en el mercado en el marco de la aplicación de las normas de conducta. El documento CESR/01-015, de 18 de octubre de 2001, partía de una clasificación inicial entre relaciones de clientela (*client relationship*) y no de clientela (*no-client relationship*) sobre la que se superponen tres categorías de participantes: inversor particular o usuario de servicios de inversión (*retail customers*), inversor profesional (*professionals*) y participantes del mercado (*counter-parties*) que inspiran en gran medida los criterios de clasificación definitivos que acoge la Directiva de 2004.

<sup>49)</sup> Como plantea magistralmente J. C. Jr. COFFEE, *Gatekeepers. The Professions and Corporate Governance*, Oxford University Press, New York, 2006.

<sup>50)</sup> Artículo 11 LF. J. CAFFARENA LAPORTA, «La constitución de las fundaciones», en S. MUÑOZ MACHADO, M. CRUZ AMORÓS y R. DE LORENZO GARCÍA, *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, ob. cit., pp. 65-150.

<sup>51)</sup> J. M. EMBID IRUJO, «Gobierno de la fundación», en S. MUÑOZ MACHADO, M. CRUZ AMORÓS y R. DE LORENZO GARCÍA, *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, ob. cit., pp. 227-276, en pp. 235-243.

tan tareas de administración de los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación (art. 14.2 LF). En todo caso, de existir otros órganos, que lógicamente habrán de cumplir con los fines fundacionales, la competencia del Patronato al respecto se entenderá como una competencia «superior» sobre dicho cumplimiento y sobre las referidas actividades de administración de los bienes. No obstante, su estrecha vinculación con las cuentas anuales y el plan de actuación (art. 25 RF: «el patronato remitirá el citado informe al protectorado junto con las cuentas anuales») hace pensar que su formulación y aprobación seguirá a todos los efectos las mismas reglas aplicables, incluso en cuanto a su indelegabilidad (arts. 16.1 y 25.2 LF).

Considerando los dos modelos de profesionalización de la selección y gestión de inversiones que se intuye de la lectura del código de conducta —interno y externo—, cabe además plantearse la posibilidad de que se recurra a la especialización en la toma de decisiones de inversión mediante la creación de Comisiones en el seno del Patronato, asegurando, de este modo, la suficiente experiencia y los conocimientos técnicos adecuados de quienes adopten las decisiones. Quedará seguramente relegada esta posibilidad a las grandes fundaciones, al igual que se han comportado las grandes sociedades cotizadas. La creación de las Comisiones y la atribución de sus tareas específicas se llevarán a cabo en los Estatutos. No obstante, en relación con la particular figura fundación-empresa de las Cajas de Ahorro <sup>52</sup>, estas iniciativas de gobierno corpo-

---

<sup>52</sup> El carácter fundacional de las cajas se reconoció en sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 1952, que afirma: «las Cajas de Ahorros son fundaciones, instituciones de sustrato patrimonial, cuyo fin primordial es el fomento del ahorro y la concesión de créditos a las pequeñas empresas y economías domésticas, así como la realización de actividades de carácter benéfico-social» (RJ, n.º 486, p. 352). El Tribunal Constitucional, a su vez, en las conocidas Sentencias 48 y 49, de 22 de marzo de 1988, matiza el carácter fundacional de las cajas alegando su actividad crediticia para terminar afirmando que son fundaciones de carácter peculiar: «(...) la justificación histórica del trato dispar a las cajas de ahorro (actividad principal benéfico-social sin ánimo de lucro) decae desde el momento en que su naturaleza adquiere un carácter eminentemente mercantil, pues si bien desde el Estatuto para las cajas generales de ahorro popular de 14 de marzo de 1933 estas entidades empezaron a perder su carácter puramente benéfico para ir acercándose paulatinamente en su actividad a las restantes entidades financieras, como se ha visto, es a partir del Plan de estabilización económica de 1959 y de la Ley 2/1962, de 14 de abril, de bases de ordenación del crédito y la banca, cuando la normativa equipara a las cajas de ahorro con las restantes instituciones financieras, permitiéndoles el ejercicio de la actividad crediticia en condiciones de igualdad, pasando, en consecuencia, a ser su actividad principal, la económica, y la accesoria, la benéfico-social, lo que se vería confirmado por el Decreto 1838/1975, de 3 de julio, regulando la creación de cajas de ahorros y la distribución de los beneficios líquidos de estas entidades. Es patente, pues, que desde la inicial configuración de las cajas de ahorro como entidades benéfico-sociales se ha dado paso —en virtud del propio crecimiento y de la importancia actual de su actividad crediticia— a su consideración como entidades de crédito dentro del sistema financiero (STC 48/1988, de 22 de marzo,

rativo han cuajado en previsión legal. Así, los artículos 20 bis y 20 ter de la Ley 31/1985, de 2 de agosto, de Regulación de las Normas Básicas sobre Órganos Rectores de las Cajas de Ahorro (en adelante, LORCA) <sup>53</sup> —con sucesivas reformas en 2002 y 2003 (Ley 44/2002 <sup>54</sup> y Ley 62/2003)— prevén la constitución de una Comisión de Retribuciones y una Comisión de Inversiones. Aunque parezca razonablemente que es la segunda de las comisiones la que encaja a la perfección con el supuesto analizado, de la lectura del artículo 20 ter LORCA <sup>55</sup> extraemos una imagen algo diferente sobre las competencias

---

FJ 2), donde ya no son los fines que hoy persiguen principalmente benéficos o benéfico-sociales, «sino los propios de una entidad de crédito» (STC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 6 *in fine*), consecuencia del cambio cualitativo que han sufrido «al haberse transformado su inicial actividad crediticia de carácter benéfico (crédito barato a las clases menesterosas) en actividad crediticia sometida a las Leyes del mercado comunes a ellas y a los demás intermediarios financieros» (STC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 7 *in fine*). Tal carácter mixto derivado de su actividad y sus fines avalan su tratamiento bajo la figura de la fundación-empresa. Una figura carente de regulación normativa pero merecedora de atención y tratamiento doctrinal, especialmente, en la literatura alemana, italiana y, en menor medida, española. La fundación-empresa es aquella «fundación que sobre la base de una titularidad jurídica inmediata sobre la empresa ejerce por medio de ella y en virtud de una exigencia institucional derivada de la fuerza normativa de los Estatutos, que contienen la voluntad del fundador, una actividad económica, bien como medio necesario para sus fines ideales trascendentes a éstas, bien para realizar en ella misma sus fines» —U. VALERO AGÚNDEZ, *La fundación como forma de empresa*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1969, p. 129—.

<sup>53</sup> Ley 31/1985, de 2 de agosto. *Regulación de las Normas Básicas sobre Órganos Rectores de las Cajas de Ahorro* (BOE de 9 de agosto 1985; corrección de errores, BOE de 27 de marzo de 1986). Recientemente modificada por el Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros (BOE núm. 169, de 13 de julio de 2010).

<sup>54</sup> J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, «Las modificaciones en el régimen de las Cajas de Ahorro», en F. SÁNCHEZ CALERO y J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE (coords.), *Comentario a la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero*, Aranzadi, Pamplona, 2003, pp. 431-471.

<sup>55</sup> Artículo 20 ter. *Comisión de Inversiones de las Cajas de Ahorro*.

«El consejo de administración de las Cajas de Ahorros constituirá en su seno una comisión de inversiones, formada por un máximo de tres miembros, que tendrá la función de informar al Consejo sobre las inversiones y desinversiones de carácter estratégico y estable que efectúe la caja, ya sea directamente o a través de entidades de su mismo grupo, así como la viabilidad financiera de las citadas inversiones y su adecuación a los presupuestos y planes estratégicos de la entidad. Los miembros de la comisión serán designados atendiendo a su capacidad técnica y experiencia profesional por el consejo de administración de entre sus miembros. La comisión de inversiones remitirá anualmente al consejo de administración un informe en el que, al menos, deberá incluirse un resumen de dichas inversiones. Igualmente se incluirá en el informe anual relación y sentido de los informes emitidos por la citada comisión. Este informe anual, de la comisión de inversiones, se incorporará al informe de gobierno corporativo de la entidad.

Se entenderá como estratégica la adquisición o venta de cualquier participación significa-

previsiblemente asignadas a la Comisión de Inversiones. La comisión tendrá la función de informar al Consejo sobre inversiones y desinversiones de carácter estratégico y estable, características absolutamente opuestas, en naturaleza y fines, a las que definen las inversiones financieras temporales que contemplan los códigos de conducta. Por tanto, no parece que sea esta previsión legal el molde adecuado, al menos previsto, para encauzar la selección y gestión de tales operaciones de inversión; sin perjuicio, entendemos, de que se decida diseñar estatutariamente un modelo compositivo inspirado en aquel.

La disposición citada para confirmar la atribución competencial (art. 14.2 LF) concluye con una precisión que resulta especialmente pertinente para el objeto de estudio de este trabajo al referirse a la administración por parte del Patronato de los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación: «manteniendo el rendimiento y utilidad de los mismos».

b) Principios de seguridad, liquidez y rentabilidad y otras recomendaciones

El segundo conjunto de medidas, asumida la profesionalización o, al menos, un adecuado nivel de conocimientos técnicos en los procesos de selección y gestión de inversiones, comprende una serie de recomendaciones, principios y orientaciones para asegurar un determinado «estilo» de inversión. En estas recomendaciones descubrimos la especial preocupación del regulador por garantizar, en todo lo posible, la inalterabilidad del patrimonio fundacional mediante medidas de precaución que alejen los grandes riesgos vinculados a operaciones especialmente especulativas y que combinen equilibradamente seguridad con rentabilidad.

Así, se sugiere que la selección de inversiones esté presidida por tres principios: seguridad, liquidez y rentabilidad. El código de conducta aprobado por la CNMV no define ninguno de estos principios como sí hacen algunos códigos aprobados por algunas fundaciones o por determinadas instituciones como modelo de código. Sin embargo, aun sin definición expresa, su alcance se manifiesta en el desarrollo de las concretas reglas que el código detalla tras la proclamación general de los tres principios y como aplicación de los mismos. En realidad, no encontramos fórmulas mágicas ni reglas únicas y cerradas que actúen como una suerte de manual de instrucciones para las inversiones

---

tiva de cualquier sociedad cotizada o la participación en proyectos empresariales con presencia en la gestión o en sus órganos de gobierno.

El régimen de funcionamiento de la comisión de inversiones será establecido por los estatutos de la Caja y su propio reglamento interno».

financieras. Su correcta aplicación precisa encontrar un adecuado equilibrio entre los tres principios, considerando en cada caso las condiciones del mercado. En este sentido, adquiere especial significado la necesidad de contar con los conocimientos técnicos adecuados para llevar a cabo una correcta evaluación de las condiciones del mercado y tomar una decisión adecuada en atención a los criterios de liquidez, rentabilidad y seguridad.

En primer lugar, el principio de liquidez, entendido como la capacidad de convertir un activo en dinero en efectivo de forma inmediata sin pérdida significativa de su valor, encuentra su manifestación más clara en la exigencia de que las inversiones temporales se efectúen en valores e instrumentos financieros negociados en mercados secundarios oficiales. Desde el punto de vista de la liquidez como condición de un mercado, la liquidez se refiere a la posibilidad que un mercado ofrece para encontrar contrapartida a una oferta. Como criterio de eficiencia, la liquidez de un mercado se asocia con un buen funcionamiento del mismo. Así, los mercados líquidos serían previsiblemente más eficientes y, por tanto, más deseables, que los mercados menos líquidos. En este sentido, la inversión en instrumentos que se negocian en mercados secundarios oficiales <sup>56</sup> asegura esta capacidad de rápida y rentable recuperación de los

---

<sup>56</sup> La tendencia a la desmonopolización de los mercados bursátiles con la irrupción de los sistemas alternativos de negociación [ATS —*Alternative Trading Systems*— o Sistemas Multilaterales de Negociación (SMN) en terminología de la MiFID] abre un interesante espacio para la reflexión sobre la evolución del concepto mismo de «Bolsa» desde su concepción tradicional y el efecto en la liquidez que tal dispersión organizativa pueda tener. Con el término de desmonopolización pretendemos describir la progresiva pérdida de protagonismo de las bolsas como mecanismos de asignación únicos de recursos en el sector financiero, de asignación eficiente de la oferta de ahorro y la demanda de inversión mediante los instrumentos financieros y valores negociables. R. LEE, *What is an Exchange? The Automation, Management, and Regulation of Financial Markets*, Oxford University Press, Oxford, 1998, en la que resultan de especial interés con respecto a la definición y regulación de los sistemas de negociación pp. 117-139. Un repaso en el Derecho comparado de la noción de bolsa (*exchange*) en J. DE BEL, «Automated Trading Systems and the Concept of an “Exchange” in an International Context. Proprietary Systems: A Regulatory Headache!», *U.Pa.J.Int'l Bus.L.*, vol. 14, 1993, pp. 169-211; y de las fases de evolución por las que ha pasado la toma de postura de la SEC, P. NYQUIST, «Failure to Engage: The Regulation of Proprietary Trading Systems», *Yale L. & Pol'y Rev.*, vol. 13, 1995, pp. 281-337, en concreto, pp. 309-331; T. H. MAYNARD, «What is an “Exchange”? – Proprietary Electronic Securities Trading Systems and the Statutory Definition of an Exchange», *46 Wash. & Lee L.Rev.*, 1992, pp. 833-912. Sistemas privados de organización de valores que, por otro lado, no han sido ajenos a nuestra historia, A. SÁNCHEZ ANDRÉS, «En torno al concepto, evolución y fuentes del Derecho bursátil en el sistema jurídico español», *RDM*, n.º 155, enero-marzo 1980, pp. 7-68, en pp. 20-22; y también en «La reforma del mercado de valores español: algunas claves orientadoras», *RDBB*, n.º 37, enero-marzo 1990, pp. 11-22, en pp. 16 y 17. Uno de los aspectos más debatidos es el que trata de analizar si el efecto de la multiplicación de sistemas de contratación acentuará la competencia, mejorando la liquidez, o, por el contrario, supondrá un serio daño a la liquidez dada la fragmentación de los flujos de compra y venta en

fondos invertidos. Esta definición nos permite extender el principio de liquidez igualmente a las operaciones de depósito, préstamo o análogas que regula el código de conducta aprobado por el Banco de España.

Puesto que el destino último del patrimonio de la fundación y sus rentas son los fines fundacionales, la exigencia de liquidez aseguraría la efectividad de esta dedicación y evitaría la inmovilización o la difícil recuperabilidad de los fondos por efecto de inversiones en activos de escasa liquidez. Una capacidad de recuperación que además parece que se deriva naturalmente del carácter temporal de las inversiones. Sin embargo, puesto que liquidez y rentabilidad mantienen una relación proporcional inversa, generalmente activos muy líquidos suelen ser menos rentables. Por ello es preciso que las decisiones de inversión encuentren un adecuado equilibrio entre ambos principios.

En segundo lugar, una adecuada combinación de seguridad y rentabilidad se proyecta sobre otras dos de las recomendaciones de actuación. De un lado, la aplicación de políticas de diversificación que distribuyen el riesgo maximizando la rentabilidad de acuerdo con las modernas teorías sobre selección de carteras y la más sensata máxima de «no poner todos los huevos en la misma cesta». De otro lado, la huida de operaciones meramente especulativas, entre las que se citan las «ventas en corto», las operaciones intradía, las operaciones en los mercados de futuros y opciones, salvo con finalidad de cobertura, y otras análogas que, augurando mayor rentabilidad, inyectan un más alto nivel de riesgo. Siguiendo la filosofía «cumplir o explicar» que permea el código, no se prohíbe la realización de tales operaciones sino que se aconseja que se eviten y, en caso de efectuarse, se exige una especial explicación.

---

sistemas distintos. Una muestra de preocupación en este sentido, en *Transparency and Market Fragmentation*, Report from the Technical Committee of the International Organization of Securities Commissions (IOSCO), November 2001 (disponible en [www.iosco.org](http://www.iosco.org)). C. GRESSE, «Crossing Network Trading and the Liquidity of a Dealer Market: Cream-Skimming or Risk Sharing?», *Working Paper, European FMA 2002 Conference*, September 2002. En el mismo sentido, alcanzar una masa crítica suficiente para superar el absorbente efecto del «círculo vicioso» de la falta de liquidez, se convierte en un factor de primer orden, tanto para el dinamismo competitivo como para la garantía de la integridad y eficacia de los mercados financieros. E. BENHAMOU y T. SERVAL, «On the Competition between ECNs, Stocks Markets and Market Makers», *Working Paper*, December 1999; R. A. SCHWARTZ, «U.S. Securities Markets Regulation: Market Structure», *Working Paper*, Stern School of Business, New York University [disponible en [http://www.mof.go.jp/f-review/r32/r\\_32\\_054\\_072.pdf](http://www.mof.go.jp/f-review/r32/r_32_054_072.pdf) (última consulta 04/06/2010)]. De otro lado, la competencia efectiva entre mercados con diversos sistemas de contratación, acentuada por la reducción de costes de transacción asociada a la implantación de las nuevas tecnologías, puede ocasionar una definitiva escora hacia los modelos más competitivos. M. L. LIPSON, «Fragmentation, Consolidation and Competition for Listings», *Working Paper, Dealers Markets Conference at Ohio State University*, augura la progresiva desaparición de los mercados de *dealers* o creadores de mercado.

#### IV. Conclusiones

Las fundaciones siguen hoy disfrutando de una renovada actualidad, no sólo por su sólida presencia y su amplia difusión en las economías modernas, sino además por su demostrado dinamismo y capacidad de adaptación a las necesidades de la sociedad y las demandas del mercado. En este nuevo contexto, las fundaciones han debido redefinir sus perfiles tradicionales, tanto en su proyección externa en la sociedad, como en su organización y estructura internas. En esta permanente transformación, el fenómeno fundacional ha experimentado una significativa ampliación de sus fines y sus formas de actuación en el tráfico jurídico.

El estudio de los códigos de conducta sobre inversiones financieras temporales realizadas por las entidades sin ánimo de lucro y su aplicación a las fundaciones nos ofrece una imagen clara de la figura fundacional como organizaciones plenamente incorporadas en la realidad económica. De un lado, recurriendo a los mercados para la gestión eficiente y productiva de su patrimonio y concurriendo con otros operadores económicos en la captación de recursos. De otro lado, compartiendo, en lo que parece marcar una tendencia constante de acercamiento del régimen fundacional a la disciplina mercantil de las sociedades, fórmulas regulatorias y medidas de control propias de la disciplina de mercado con las sociedades de capital. Así, el recurso a los códigos de conducta y a la fórmula «cumplir o explicar» parece una extensión innegable de las técnicas más difundidas de gobierno corporativo.

El reconocimiento legal de que las fundaciones pueden desarrollar actividades económicas o empresariales, directa o indirectamente, delimita el marco normativo que da sentido a la realización por parte de las fundaciones de las operaciones de inversión contempladas en los códigos. En particular, la posibilidad de que las fundaciones puedan adquirir participaciones minoritarias o mayoritarias en sociedades dedicadas a cualquier tipo de negocio, sin precisar especial relación con los fines fundacionales, y en las que no se responda personalmente de las deudas sociales representa el dispositivo habilitador de las inversiones de las fundaciones en los mercados financieros consistentes en la participación en sociedades cotizadas.

A partir de aquí, sin embargo, el análisis detallado del ámbito de aplicación de los códigos de conducta nos desvela un área fenoménica que pertenece más bien a las actividades de gestión económica y patrimonial de las fundaciones que al desarrollo, siquiera indirecto, de actividades económicas. Sin perjuicio de que ciertas operaciones de inversión pudieran representar el ejercicio indirecto de actividades empresariales en el modo en el que la ley lo considera

y, en tal sentido, quedarán sujetas a los requisitos legales aplicables, su carácter temporal (inversiones financieras temporales) y la amplitud de las operaciones cubiertas reconducen la atención hacia inversiones puramente instrumentales para la gestión patrimonial, de naturaleza más inversora que de control societario. En este sentido, los códigos de conducta recogen en sus recomendaciones las cautelas que el mantenimiento del elemento patrimonial de la fundación exige. La fórmula autorreguladora de adhesión voluntaria y la máxima «cumplir o explicar» condensan bien el necesario pero delicado equilibrio que los intereses en juego reclaman. Prohibir la realización de tales operaciones de inversión significaría condenar a las fundaciones al inmovilismo patrimonial y sumirlas en un estado de grave desventaja competitiva. Admitir sin control la inversión en todo tipo de productos financieros podría exponer a las fundaciones a situaciones de alta vulnerabilidad ante los riesgos de mercado y poner en peligro la continuidad patrimonial que al fin asegura el cumplimiento adecuado de los fines fundacionales. Las recomendaciones del código tratan así de ofrecer herramientas personales que atenúen las asimetrías de información, al asegurar suficientes conocimientos técnicos en la selección y gestión de inversiones, y reglas operativas que permitan a las fundaciones una gestión eficiente y rentable de su patrimonio para la mejor satisfacción de sus fines sin comprometer seriamente su estabilidad.

# Las fundaciones sanitarias y sociales de la Administración Pública <sup>1</sup>

*Francisco Villar Rojas*

Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de La Laguna

SUMARIO: I. EL PORQUÉ DE LAS FUNDACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA ASISTENCIA SANITARIA PÚBLICA (Y LA SOCIAL): 1. *El necesario control del gasto sanitario público (en pocos años, el gasto sociosanitario)*. 2. *Las propuestas del Informe Abril (1991)*. 3. *El RD-Ley 10/1996 y la Ley 15/1997*. 4. *El rechazo a la privatización de la sanidad lleva a la fundación como nueva forma de gestión*.—II. LAS FUNDACIONES PRIVADAS SANITARIAS DE LA ADMINISTRACIÓN: TENSIONES Y CONTRADICCIONES: 1. *La iniciativa: la constitución de fundaciones hospitalarias*. 2. *Tensión con el derecho privado de fundaciones*. 3. *Tensión con el derecho público de fundaciones*. 4. *Tensión con el derecho público, en particular de la gestión sanitaria*. 5. *La condición pública distorsiona el régimen de las fundaciones*.—III. LAS FUNDACIONES PÚBLICAS SANITARIAS: UN NUEVO ORGANISMO PÚBLICO: 1. *Una formulación alternativa: el artículo 111 de la Ley 50/1998*. 2. *Ni fundaciones privadas, ni empresas públicas*. 3. *La conversión de fundaciones privadas de la Administración en fundaciones públicas sanitarias*.—IV. EL FRACASO DE LA FUNDACIÓN EN LA GESTIÓN SANITARIA: 1. *Las fundaciones públicas sanitarias: una anécdota*. 2. *Las fundaciones sanitarias: un estatus singular en la Ley 50/2002, de Fundaciones*. 3. *La vuelta a lo público: integración de las fundaciones hospitalarias en los servicios de salud*.—V. EL LIMITADO PAPEL DE LAS FUNDACIONES EN LA ASISTENCIA SANITARIA PÚBLICA: 1. *El objetivo de mejorar la eficiencia: no hay datos comparables*. 2. *La realidad: relación de dependencia, no autonomía de gestión*. 3. *La viabilidad de la fundación requiere un cambio drástico en la sanidad pública*.

## **I. El porqué de las fundaciones de la Administración en la asistencia sanitaria pública (y la social)**

### **1. *El necesario control del gasto sanitario público (en pocos años, el gasto sociosanitario)***

Es pacífico que el problema básico de la sanidad pública es el crecimiento del gasto sanitario, la necesidad de controlarlo o, cuando menos, de ordenarlo <sup>2</sup>. Este es el motivo de todas las reformas sanitarias emprendidas en los países

---

<sup>1</sup> Texto revisado de la ponencia presentada en el XVIII Congreso italo-español de Profesores de Derecho Administrativo celebrado en Bolonia (Italia), del 27 al 29 de mayo de 2010.

<sup>2</sup> En España, en 2004, el gasto sanitario total era superior a 50.000 millones de euros, lo

occidentales en los últimos veinte años<sup>3</sup>, con la única excepción de EE.UU. —donde este debate ha estado acompañado por otro sobre el derecho a la asistencia sanitaria—<sup>4</sup>. Las causas son comunes: a) el envejecimiento de la población —con una demanda paralela de más asistencia—; b) la tecnología sanitaria —que evoluciona sin parar y cada vez cuesta más—; y c) la disponibilidad de información —los ciudadanos reclaman sus derechos, son menos «pacientes»<sup>5</sup>.

En el ámbito de la atención social, la creciente e imparable demanda de atención vinculada con el envejecimiento y las enfermedades que lo acompañan (dependencia) ha traído consigo la preocupación por cómo pagar el llamado gasto sociosanitario<sup>6</sup>. Aun cuando esta problemática tiene entidad propia, lo cierto es que, tradicionalmente, la ordenación de los servicios sociales públicos sigue la senda normativa de la sanidad. Esto explica que las respuestas sean muy parecidas, tanto más cuando de modos de gestión se trata, y que, en buena medida, las experiencias sean intercambiables<sup>7</sup>.

La realidad apuntada suscita un interrogante también compartido: ¿cómo controlar el gasto manteniendo un servicio sanitario universal y de calidad? ¿es viable hacerlo? Las iniciativas planteadas e intentadas en estos años pueden agruparse en tres bloques:

---

que representaba un 7,8% del PIB (5,7% el gasto público y 2,1% el gasto privado). Sólo tres años después, en 2007, el gasto total ascendió a 88.827 millones de euros, el 8,5% del PIB (6,1% el gasto público y 2,4% el gasto privado). El crecimiento es constante. Con todo, sigue siendo algo inferior a la media de los países de la OCDE: en 2004, 8,5% del PIB, en 2007, 9%, pero el crecimiento anual es equivalente. Estos datos en *Informe anual del Sistema Nacional de Salud 2008* (Ministerio de Sanidad y Política Social).

<sup>3</sup> Para un repaso de las reformas sanitarias sigue siendo válido el libro: *La modernización de la sanidad pública en el mundo*, Smithkline Beecham y Arthur Andersen, Madrid, 1997, 269 pp.

<sup>4</sup> Ampliamente, J. C. MERRILL, *The road to health care reform*, Plenum Press, Nueva York, 1994, pp. 102-115; más reciente, R. HERZLINGER, *Who killed health care?*, McGraw Hill, Nueva York, 2007, 304 pp.

<sup>5</sup> En este sentido, la Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas: «Modernizar la protección social para el desarrollo de una asistencia sanitaria y una asistencia de larga duración de calidad, accesibles y duraderas: apoyo a las estrategias nacionales a través del método abierto de coordinación» (COM 2004, 304 final).

<sup>6</sup> En todo caso, de momento el gasto social en España sigue teniendo un crecimiento moderado. Entre 1990 y 2005, el gasto social público pasó de un 19,9% a un 20,8% del PIB, incluyendo pensiones. Además, es inferior a la media de los países de la Unión Europea, que asciende a un 27,2% del PIB. Estos datos en «Informe sobre las personas mayores, 2008», Observatorio de Personas Mayores del IMSERSO (2009).

<sup>7</sup> Esa relación se reconoce en buena parte de los trabajos recogidos en la obra colectiva «El Derecho público de la acción social», *Documentación Administrativa*, n.º 271-272, 2005, 596 pp.

a) El recorte directo de los gastos introduciendo medidas como el copago (Italia), la imposición de impuestos finalistas (Francia) o la reducción de prestaciones, tanto directa (recorte del catálogo, Nueva Zelanda), como indirecta (incentivar/imponer la suscripción de seguros sanitarios complementarios, Alemania).

b) La reforma de la gestión buscando fórmulas de prestación pública que sean más eficientes, básicamente, aplicando a los centros públicos las reglas de funcionamiento propias de las empresas privadas, de lo que es paradigma el llamado «mercado interno de la sanidad» (Gran Bretaña y Suecia).

c) La reordenación de la prestación pública sobre la base de la libertad de los pacientes para elegir profesional, servicio y centro sanitario, público o privado, acreditados, rompiendo el monopolio público <sup>8</sup>.

En España, el camino intentado ha sido el segundo de los planteados: la implantación de un mercado interno mediante la separación de las funciones de regulación y financiación, de compra y de provisión de servicios, que serían encomendadas a distintas entidades públicas —incluso a meros órganos administrativos—, que actuarían como si fueran compradores y vendedores en cualquier mercado, pero sin serlo. En las páginas que siguen se explica el fundamento y los intentos de articulación jurídica de esta iniciativa, en la que se inserta la apuesta por la fundación como modo de gestión de los centros sanitarios públicos.

## 2. *Las propuestas del Informe Abril (1991)*

En 1991 se publicó el denominado «Informe Abril», una suerte de libro blanco sobre la sanidad española elaborado por la Comisión de Análisis y Evaluación del Sistema Nacional de Salud <sup>9</sup>. Se trata de un documento que se inserta en la corriente de reformas antes apuntada. Su primer párrafo lo resume con precisión:

---

<sup>8</sup> Una explicación detallada de cada una de estas vías 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, pp. 87-91. En nuestro entorno, de las expuestas, la medida que parece más asentada es la de promover que los ciudadanos suscriban seguros privados que complementen la asistencia sanitaria pública. En este sentido: «Clear diagnosis, uncertain remedy», *The Economist*, 20 de febrero de 2010, pp. 63-65.

<sup>9</sup> En febrero de 1990, el Congreso de los Diputados aprobó una proposición no de ley instando al Gobierno para que promoviera la constitución por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud de una Comisión que tuviera como tarea el análisis, la evaluación y la propuesta de mejoras del Sistema Nacional de la Salud (Diario de Sesiones n.º 14). Tras su constitución y trabajos, la Comisión rindió su «Informe y Recomendaciones» en julio de 1991.

*«En la proposición no de ley que dio lugar a esta Comisión, se exponen los profundos cambios sociales y sanitarios que, en todo el mundo, perturban los actuales sistemas de asistencia médica (...). Sensibles variaciones demográficas, nuevos comportamientos sociales, la presión incesante del acelerado progreso técnico-médico y, como resultado, crecientes tensiones económicas impulsan esta tendencia renovadora cuyo carácter universal explica por sí mismo la elaboración de este informe».*

En orden a dar respuesta a esas tensiones, este informe analiza la organización sanitaria tradicional, la considera una de las causas de las deficiencias del sistema sanitario público y, en línea con las reformas emprendidas en Gran Bretaña y en Suecia, plantea dos propuestas fundamentales:

- La separación de funciones con el fin de crear un mercado interno.
- La conversión de los establecimientos sanitarios públicos en sociedades estatales sujetas al Derecho privado.

El alcance de cada una de ellas está en función de la estructura preexistente.

En cuanto a la primera, como es conocido, la Ley General de Sanidad (1986) estableció un modelo de organización sanitaria basada en tres decisiones fundamentales:

- a) La integración de funciones sanitarias (salud pública y asistencia sanitaria, planificación y prestación de servicios), de medios y recursos públicos en un dispositivo único (red única de establecimientos públicos) y la creación del Sistema Nacional de la Salud (suma de los servicios autonómicos de salud).
- b) La planificación territorial de los servicios (servicios regionales, áreas de salud con hospital de referencia, zonas básicas de salud con centro de atención primaria) y de los recursos (cartillas por cupo, usuarios por hospital), siguiendo el modelo de la Seguridad Social.
- c) La gestión directa mediante establecimientos públicos sin personalidad jurídica, atendidos por empleados públicos de régimen especial (personal estatutario) sometidos a normas administrativas. La colaboración privada es subsidiaria, dando preferencia a la que no tiene ánimo de lucro.

El modelo se completa con otra medida fundamental: la asistencia sanitaria se financia con recursos públicos presupuestarios, con alguna aportación de los usuarios —copago en farmacia extrahospitalaria—. De ahí que, con imprecisión, se hable de la gratuidad de este servicio público.

En suma, la Ley General de Sanidad apuesta por la creación de un único organismo público que desempeñe todas las funciones, que integre todos los recursos sanitarios, que los ordene conforme a una planificación territorial y funcional pública, que los financie con recursos presupuestarios y que los

preste con medios y formas propias de lo público <sup>10</sup>. Las propuestas recogidas en el Informe suponen la quiebra parcial de estas decisiones básicas.

La creación de un mercado interno de la sanidad mediante la implantación de la separación de funciones supone la ruptura del principio de integración. Con ese objetivo, el Informe propone la siguiente diferenciación:

- a) La regulación, la planificación y la asignación de recursos, que se encomendarían a la autoridad sanitaria (Gobierno Autónomo y Consejería).
- b) La compra de servicios para la población «afiliada», que se encargaría a las Áreas de Salud, cuya misión consistiría en conseguir la mejor calidad en los servicios con los recursos disponibles.
- c) La provisión de servicios, que correspondería a los centros asistenciales públicos y privados a través de fórmulas jurídicas diversas (contratos-programa, convenios, conciertos...) que suscribirían con las áreas de salud.

Con esta distinción se persigue crear una estructura similar a un mercado y, con ello, tratar de obtener las ventajas de la competencia entre prestadores. En todo caso, se trata de una ficción <sup>11</sup>.

La segunda propuesta, la conversión de los centros sanitarios públicos en sociedades estatales, representa otro cambio drástico del modelo diseñado por la ley general.

---

<sup>10</sup> Sobre la estructura y fundamentos del sistema sanitario español, entre las aportaciones más recientes, los estudios de J. PEMÁN GAVÍN, *Asistencia sanitaria y sistema nacional de salud*, Comares, Granada, 2005, 395 pp., y E. M. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Régimen jurídico de la asistencia sanitaria pública*, Comares, Granada, 2007, 360 pp.

<sup>11</sup> La separación de funciones de la que se habla nada tiene que ver con la separación de actividades que traen consigo las leyes liberalizadoras de servicios públicos, que, en aras a la creación de un mercado real, imponen no sólo la desaparición del monopolio público, sino también la separación de las actividades económicas diferenciadas —normalmente, producción, transporte, distribución y suministro al consumidor—, sea mediante separación contable, jurídica o patrimonial, entre las empresas que desarrollan esas tareas. A título de ejemplo, ese mecanismo en los artículos 9 a 21 de la Directiva 2009/72/CE, de 13 de julio, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad. Por el contrario, el mercado interno no es más que una reordenación de las competencias entre distintos órganos de la misma Administración; por eso es «interno» y, por la misma razón no es mercado, entendido como espacio de intercambios, acuerdos y contratos entre vendedores y compradores en régimen de libertad. Sobre la separación de actividades y en general la articulación de los mercados con la liberalización, las explicaciones de G. ARIÑO ORTIZ, «Nuevo servicio público y regulación económica», en *Principios de Derecho Público Económico*, 3.ª ed., Comares, Granada, 2004, pp. 599-670, en particular, pp. 610-613; y S. MUÑOZ MACHADO, «Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica», en obra colectiva, *Derecho de la regulación económica, I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 15-243, en especial pp. 170-177.

Con el fin de hacer más eficientes los hospitales y los centros de servicios sanitarios, el Informe propone su conversión en entidades con personalidad jurídica y autonomía de gestión, sujetos en su funcionamiento al Derecho privado —contratación con terceros y de personal, gestión patrimonial y caja propia—, con el objetivo de que puedan operar como proveedores de asistencia sanitaria igual que los privados. En particular, la propuesta fundamental era convertir los centros hospitalarios en sociedades estatales; en concreto, en entidades de derecho público con personalidad jurídica que someten su actividad al derecho privado <sup>12</sup>.

No se considera ninguna fórmula de derecho público. Los argumentos se repiten. En el Informe se dice:

*«El INSALUD actúa de acuerdo con principios ajustados al Derecho Público, absolutamente incapaces de impulsar, en términos jurídicos correctos, el dinamismo y agilidad necesarios para la gestión de la asistencia sanitaria. El derecho público podría servir eventualmente para las funciones de financiación y compra, pero de ninguna manera puede adecuarse a la gestión».*

Más adelante, al comenzar la explicación de la reforma en cuanto a la gestión se afirma:

*«El análisis de otros sistemas europeos (...), confirma de modo absoluto que las formas administrativas son inadecuadas para atender y manejar la complejidad y el volumen de los servicios actuales de asistencia sanitaria. La rigidez normativa en este tipo de actividades diversas y versátiles acaba confiriendo a la burocracia una especie de primacía perversa sobre el fin de atención al consumidor y, en definitiva, a la sociedad».*

De otra parte, al detallar las causas por las cuales en el sistema sanitario español no existe una cultura de gestión, se señala, entre otras:

*«La omnipresencia de un sistema burocrático, guiado por el principio de legalidad de las formas, más que un sistema de gestión, orientado al logro de resultados».*

En resumen, según este documento, buena parte de las deficiencias del sistema sanitario español es imputable a su tradicional gestión según normas administrativas que hacen ineficaz la prestación e impiden atender con calidad las necesidades de los ciudadanos. Siendo así, la gestión de la sanidad con técnicas empresariales aparece como la panacea frente a la rigidez e ineficacia que resulta del derecho público. Nadie parece haberse planteado el porqué del

---

<sup>12</sup> La explicación y defensa de esta propuesta en: J. BAREA TEJEIRO y A. GÓMEZ CIRIA, *El problema de la eficiencia del sector público en España (especial consideración de la sanidad)*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1994, pp. 171-246, en especial, pp. 232-246.

Derecho administrativo, ni tampoco cuáles son las posibilidades de reformar algunas de sus normas fundamentales para mejorar la gestión de los servicios públicos <sup>13</sup>.

En todo caso, a los efectos del objeto de este análisis, de esta propuesta lo importante es destacar la voluntad de transformar los establecimientos sanitarios públicos —no personificados— en empresas, dado el juicio negativo que se realiza de la organización administrativa para conseguir una prestación sanitaria de calidad <sup>14</sup>.

### 3. *El RD-Ley 10/1996 y la Ley 15/1997*

Con precedentes en la normativa autonómica <sup>15</sup>, el impacto de esas ideas en la legislación estatal tiene su primera manifestación en el RD-Ley 10/1996, de 17 de junio, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del INSALUD <sup>16</sup>. Su exposición de motivos resulta diáfana:

*«La necesidad de fórmulas organizativas más flexibles, imprescindibles para hacer frente a las exigencias de eficiencia y rentabilidad social de los recursos públicos que las Administraciones sanitarias tienen planteados, hace preciso establecer un principio de mayor amplitud en las formas jurídicas más adecuadas que promuevan el sentido de la responsabilidad en el marco de una organización tan compleja como la sanitaria y que contribuya a hacer efectiva la separación progresiva entre las competencias de financiación y compra de servicios sanitarios y las funciones de gestión y provisión».*

---

<sup>13</sup> Una primera valoración de estas propuestas y de su impacto en la sanidad española en: S. MUÑOZ MACHADO, *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza Editorial, Madrid, 1995, pp. 137 al final.

<sup>14</sup> En estos años, en el ámbito autonómico es preciso destacar el documento *«Estrategias de cambio para la sanidad vasca —Osasuna Zainduz»* (Gobierno Vasco y Servicio Vasco de Salud, 1993, 168 pp.) que también apuesta por la separación de funciones y por la autonomía de los centros sanitarios públicos, con funciones de provisión, que propone se conviertan en sociedades públicas vinculadas mediante contratos programas (p. 130). Este estudio sirvió de base a la Ley 8/1997, de 26 de junio, de ordenación sanitaria de Euskadi, si bien esta norma no promovió la transformación mencionada, sino que se limitó a intentar incrementar la autonomía de las organizaciones sanitarias existentes no personificadas.

<sup>15</sup> En relación con esos antecedentes, F. J. VILLAR ROJAS, «La huida al derecho privado en la gestión de los servicios de salud», *Revista Derecho y Salud*, n.º 2/2, 1994, pp. 98-106. También, I. BORRAJO INIESTA, «La huida hacia fórmulas de gestión de Derecho Privado en la prestación de servicios sanitarios: la supuesta crisis del Derecho Administrativo», *Libro de Actas del III Congreso Derecho y Salud 1994*, Gobierno de Navarra, 1995, pp. 95-124.

<sup>16</sup> Sobre ese decreto-ley, J. PEMÁN GAVÍN, «Hacia nuevas formas de gestión de los servicios sanitarios», en obra colectiva: *Reforma y liberalización económica (Los Decretos-Leyes de 1996)*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 293-330.

En consecuencia, según esta explicación, la solución a los problemas de la sanidad pública («*eficiencia y rentabilidad social de los recursos públicos*») pasa por la separación de las funciones entre financiación-compra y gestión-provisión y por la utilización de formas de gestión más flexibles («*nuevas formas de gestión que promuevan la responsabilidad*»). Básicamente, lo planteado por el Informe Abril. En particular, sobre la gestión, su artículo único dispone lo siguiente:

*«En el ámbito del Sistema Nacional de Salud, la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria o socio-sanitaria podrá llevarse a cabo directamente o indirectamente mediante cualesquiera entidades admitidas en derecho, así como a través de la constitución de consorcios, fundaciones u otros entes dotados de personalidad jurídica, pudiéndose establecer además acuerdos o convenios con personas o entidades, públicas o privadas, y fórmulas de gestión integrada o compartida».*

De este texto es preciso destacar la mención expresa a las fundaciones. De hecho, este precepto sirvió de fundamento para que el Gobierno autorizara al INSALUD a constituir dos fundaciones: el *Hospital de Alcorcón* (Madrid) y el *Hospital de Manacor* (Baleares). Bien es cierto que en esos momentos ya se encontraba en vigor el artículo 6.4 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones, reconociendo a las personas jurídico-públicas capacidad para constituir fundaciones. Se volverá sobre esta iniciativa más adelante.

La tramitación del mencionado decreto-ley como proyecto de ley concluyó con la aprobación de la Ley 15/1997, de 25 de abril, de habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud. Esta disposición ratifica la voluntad de flexibilizar la gestión, con formas directas e indirectas, si bien incorporando algunas garantías<sup>17</sup>. Los argumentos se repiten:

*«La presente norma... debe constituir un importante instrumento de flexibilización y autonomía en la gestión sanitaria, necesidad ineludible de la actual organización pública, con vistas a mejorar la eficacia del Sistema Nacional de Salud».*

Flexibilidad, autonomía y eficacia son las claves. Con ese objetivo, se vuelven a admitir cualesquiera modalidades de gestión<sup>18</sup>. La exposición de motivos es elocuente:

---

<sup>17</sup> Sobre ella VILLAR ROJAS, «*La ley de habilitación de nuevas formas de gestión del sistema nacional de salud...*», ob. cit., pp. 74-91. También, J. SÁNCHEZ CARO, «Nuevas formas de gestión: las razones de una Ley», *Revista de Administración Sanitaria*, n.º 1/1, 1997, pp. 101-117. Sobre el conjunto decreto-ley y ley, M. VAQUER CABALLERÍA, *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, pp. 43-53.

<sup>18</sup> La regulación de formas de gestión, materia esencialmente autonómica, llevó a sostener la inconstitucionalidad de esta disposición por razones competenciales. Así, L. PAREJO ALFONSO, «Constitución, Sistema Nacional de Salud y formas de organización», en L. PAREJO, F. LOBO y

«(...) En esta Ley se establece que la gestión de los centros y servicios sanitarios y sociosanitarios pueda llevarse a cabo directamente o indirectamente a través de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad privada admitidas en Derecho; entre otras formas jurídicas, la presente disposición ampara la gestión a través de entes interpuestos dotados con personalidad jurídica, tales como empresas públicas, consorcios o fundaciones —en los mismos términos a las ya creadas— u otras entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en nuestro ordenamiento jurídico».

Se vuelve a insistir en la viabilidad de todas las formas de gestión, pero se hace especial mención de las empresas públicas, los consorcios y, nuevamente, de las fundaciones. No obstante, a diferencia del RD-Ley 10/1996, el texto articulado de esta Ley evita la referencia expresa a una u otra modalidad. Por otra parte, es preciso destacar que pocos días antes se había publicado la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado; una norma con voluntad de reordenar la Administración institucional que la Ley 15/1997 venía a contradecir <sup>19</sup>.

Poco después (diciembre de 1997), un nuevo informe sobre la sanidad española, elaborado por la Subcomisión del Congreso de los Diputados, que se tituló: «*Avanzar en la consolidación del Sistema Nacional de Salud mediante el estudio de las medidas necesarias para garantizar un marco financiero estable y modernizar el sistema sanitario manteniendo los principios de universalidad y equidad en el acceso*», insistirá en las mismas ideas <sup>20</sup>. Así, en materia de organización y gestión, este documento recomienda proseguir los esfuerzos para separar las funciones de planificación, financiación, compra y provisión de servicios. De igual modo reitera la necesidad de configurar los centros asistenciales como organizaciones autónomas con facultades de decisión efectivas y responsables, así como facilitar la extensión de nuevas formas de gestión.

Igual posicionamiento se encuentra en el Plan Estratégico del INSALUD titulado: «*De la autonomía a la competencia regulada*» (enero de 1998). En este plan se propone un reparto interno de funciones entre los distintos centros y servicios de esa entidad gestora, articulando las relaciones con los centros

---

M. VAQUER (COORDS.), *La organización de los servicios públicos sanitarios*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 36-38.

<sup>19</sup> Esta contradicción fue objeto de una contundente crítica doctrinal. Entre otros, L. MORELL OCAÑA y A. RUIZ OJEDA, «La técnica fundacional como instrumento de gestión administrativa en el Derecho Público», en A. RUIZ OJEDA (COORD.), *Manual de Fundaciones*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 259-263, y J. L. PIÑAR MAÑAS, «Las fundaciones sanitarias. De la perplejidad a la confusión, pasando por la demagogia», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 1, 2000, pp. 82-84.

<sup>20</sup> Ese informe fue aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados en sesión celebrada el 18 de diciembre de 1997.

asistenciales mediante «contratos de gestión» para la compra de servicios (nueva denominación de los clásicos contratos-programas). Se trata de la enésima versión del mercado interno. En cuanto a la personificación de los centros sanitarios se apuesta por la fórmula de la «fundación» tanto para los de nueva creación como para los existentes. No se habla ya de sociedades estatales sujetas al ordenamiento privado. Este último es el cambio más significativo <sup>21</sup>.

En los años siguientes, la influencia de estas ideas en la organización sanitaria pública es patente. Aun así, en ningún caso se llega a una implantación radical del principio de separación <sup>22</sup>, como tampoco a la generalización de las nuevas formas de gestión, que siguen siendo excepcionales <sup>23</sup>. En todo caso, los presupuestos de la reordenación de la sanidad pública están ya asentados. Lo mismo que su causa o fundamento: controlar el gasto sanitario.

#### **4. El rechazo a la privatización de la sanidad lleva a la fundación como nueva forma de gestión**

Como queda dicho, la transformación de los centros de servicios sanitarios públicos en entidades dotadas de personalidad jurídica y autonomía de gestión, capaces de competir en la provisión de servicios y de asumir responsabi-

---

<sup>21</sup> En la opción por las «fundaciones» es incuestionable la influencia de la reforma sanitaria en Gran Bretaña con la transformación de los hospitales británicos en «*NHS Hospitals Trust*» (promovida por la *National Health Service and Community Care Act*, 1990). Lo explicó con detalle: VAQUER CABALLERÍA, *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública*, ob. cit., pp. 29-33.

<sup>22</sup> En el ámbito de la Administración General del Estado, la separación de funciones se intentó con el RD 1893/1996, de 2 de agosto, que aprobó el Reglamento orgánico del Ministerio de Sanidad. En el se decía que se implantaba la separación de funciones: dirección y planificación por el Ministerio, provisión y concertación a cargo del INSALUD, lo mismo de siempre con otro nombre. La ficción quedó confirmada. Esa construcción exige una separación real de los sujetos involucrados y no una meramente orgánica como la que se articuló en ese reglamento. Por su parte, todos los sistemas sanitarios autonómicos han asumido esa separación pero tan sólo como una forma de desconcentración de competencias. Su evolución e implantación se expone en: F.J. VILLAR ROJAS, «De la integración a la separación de funciones del Sistema Sanitario: objetivos, modalidades y balance», *Revista Derecho y Salud*, número extraordinario 2008, pp. 95-110.

<sup>23</sup> En cuanto a nuevas formas de gestión, casi todas las Comunidades Autónomas han empleado alguna fórmula distinta de la gestión directa tradicional. Sobre estos cambios, A. MENÉNDEZ REXACH, «Formas jurídicas de gestión de los servicios sanitarios», en *La organización de los servicios públicos sanitarios*, ob. cit., pp. 71-96. Ampliamente, M. DOMÍNGUEZ MARTÍN, *Formas de gestión de la sanidad pública en España*, La Ley, Madrid, 2006, 549 pp., en particular sobre las iniciativas autonómicas, pp. 279-441.

lidades, es una de las medidas que se consideran esenciales para superar las ineficiencias del sistema sanitario público <sup>24</sup>.

Las entidades a transformar son las denominadas «*Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social*». Se caracterizan por las siguientes notas <sup>25</sup>:

— Son establecimientos públicos, no personificados, sujetos a normas administrativas.

— Prestan asistencia sanitaria a un cupo de pacientes asignados reglamentariamente —cartillas—.

— Su personal se rige por normas públicas: el llamado «personal estatutario» <sup>26</sup>.

— Gestionan medios, instalaciones y equipamientos de titularidad pública, que forman parte del patrimonio único de la Seguridad Social.

— Se financian con recursos públicos presupuestarios.

— Funcionan bajo el principio de caja única de la entidad gestora.

— Dependen de la entidad gestora correspondiente (INSALUD o Servicio Autónomo de Salud).

— En el caso de los hospitales, este régimen público es compatible con el reconocimiento de capacidad para contratar con terceros, intervenir en la selección del personal y gestionar sus partidas presupuestarias, si bien sujetos a determinados controles y limitaciones. En el supuesto de los ambulatorios y centros de salud, estas competencias se encuentran centralizadas en la entidad gestora de la que dependen.

---

<sup>24</sup> Se vuelve a confirmar el aserto según el cual la historia de la sanidad española es la historia de la organización. Desde la Ley de Bases de Sanidad Nacional (1944) hasta que la Ley General de Sanidad (1986) declara lo organizativo elemento esencial de lo básico. Véase, L. MORELL OCAÑA, «La evolución y configuración actual de la actividad administrativa sanitaria», *Revista de Administración Pública*, n.º 63, 1970, pp. 161 y 162.

<sup>25</sup> Su regulación particular se contiene en el RD 521/1987, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre estructura, organización y funcionamiento de los hospitales gestionados por el Instituto Nacional de la Salud, el RD 137/1984, de 11 de enero, sobre estructuras básicas de Salud, y, en lo que continúa vigente, por la Orden de 7 de julio de 1972 por la que se aprueba el Reglamento General para el régimen, gobierno y servicio de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social.

<sup>26</sup> El artículo 45 del Texto Refundido de la Ley de Seguridad Social de 1966 (luego 1974) daba cobertura a los Estatutos jurídicos del Personal Médico (1966), del Personal No Sanitario (1971) y del Personal Sanitario No Facultativo (1973) de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social. Toda esta normativa fue reemplazada por la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto-Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud.

De acuerdo con las notas destacadas, las entidades sanitarias de las que se habla merecen la calificación de modo de gestión directa no personificada, si bien diferenciada con órgano especial de administración en los hospitales, e indiferenciada en los centros de salud y ambulatorios. Frente a este régimen jurídico-público, el cambio que se propone es radical:

— Personificación de los centros sanitarios públicos.

— Autonomía para contratar suministradores y para elegir personal; también para ofertar servicios sanitarios a los compradores —que serán los servicios autonómicos de salud a través de las áreas de salud—.

— Gestión del propio patrimonio, pudiendo contar con capacidad de endeudamiento.

— Caja y tesorería propias para percibir ingresos y hacer pagos a terceros.

— Flexibilidad presupuestaria.

— Establecimiento de un régimen de contabilidad —hasta entonces inexistente—.

Todo ello en régimen de derecho privado. Este es el modelo teórico <sup>27</sup>.

Se trata de funcionar con la libertad, la flexibilidad y la autonomía de una empresa privada de servicios sanitarios. Este entendimiento explica que las propuestas iniciales se decantasen por la conversión en sociedades estatales; una categoría genérica que incluía, de modo impreciso, tanto las sociedades mercantiles de capital íntegramente público, como las entidades de derecho público que se someten al ordenamiento privado <sup>28</sup>. En uno y otro caso, la condición empresarial o mercantil es patente.

Lo cierto es que, desde sus primeros pasos, el debate sobre la necesidad de reordenar la sanidad pública estuvo acompañado de acusaciones recurrentes de privatización y de mercantilización de la necesidad sanitaria de los ciuda-

<sup>27</sup> No deja de ser sorprendente que se persiga lo mismo que se quería para los hospitales y centros sanitarios locales treinta años antes. Entonces se criticaba la gestión por las Corporaciones locales de sus servicios benéficos-sanitarios con formas no personificadas con estos argumentos: «*Las fallas más importantes son, entre otras, las siguientes: en general, la falta de agilidad en la gestión jurídico-administrativa, la inexistencia de un patrimonio propio y específico, la no afectación de ingresos a un destino determinado, la rigidez presupuestaria de ingresos y pagos (en parte debida a la carencia de personalidad jurídica), la dificultad de llevar una verdadera contabilidad de costos de cada uno de los establecimientos...*» La solución era ya entonces la personificación. J. ORTIZ DÍAZ, *La desconcentración territorial en la Administración Local*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1972, pp. 53-58.

<sup>28</sup> Artículo 6 del derogado Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria de 1977.

danos. El debate parlamentario de la Ley 15/1997 de habilitación de nuevas formas de gestión lo ejemplifica<sup>29</sup>, así como el político y mediático<sup>30</sup>.

Vuelven a aparecer viejos argumentos: el lucro mercantil choca con la protección de la salud, con el empleo de todos los medios que sean necesarios para lograr su recuperación o mantenimiento con independencia de su coste y de la capacidad económica del paciente. La misma idea que recogía la legislación tradicional. En concreto, la exposición de motivos de la Ley de Bases de la Seguridad Social (1963) decía lo siguiente: «Una de las causas que explica más satisfactoriamente, no solo la gestión pública de la Seguridad Social, sino también la pervivencia y esplendor a través de los siglos del fenómeno de aseguramiento mutualista, incluso dentro de esquemas de Seguros Sociales obligatorios, es la inexistencia de ánimo de lucro como móvil de su actuación». Esta idea llevó a una medida concluyente: «la prohibición terminante de actuar en el terreno de la Seguridad Social, obteniendo o buscando un lucro mercantil». Todo esto se tradujo en la base 1.<sup>a</sup>1.º que dispuso lo siguiente «La ordenación de la Seguridad Social quedará articulada sobre una conjunta consideración de las contingencias y situaciones objeto de cobertura y en ningún caso podrá servir de fundamento a operaciones de lucro mercantil». Lo repitió el artículo 3.4 del Texto Articulado de la Ley General de Seguridad Social (1966). Por tanto, rechazo a «hacer negocio con la salud», de modo más general, «hacer dinero con la seguridad social». El entendimiento parece el mismo entonces y ahora.

Esta crítica, aun poco fundada porque ni se reducen las prestaciones, ni se limita el acceso, ni siquiera se incrementa la financiación por los usuarios, sin embargo, condiciona la forma de gestión a la que transformar los centros sanitarios públicos, en particular los hospitales. Para evitar estas acusaciones es precisa una entidad que cuente con personalidad jurídica propia, que pueda tener patrimonio propio y que actúe con autonomía, preferiblemente de acuerdo con normas privadas, pero que carezca de ánimo de lucro. Esta última es la clave: que no sea una empresa.

---

<sup>29</sup> Véase Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados (VI legislatura, 1996, 31, pp. 1297-1312).

<sup>30</sup> La prensa reflejó esa polémica, entre otros: J. M. ROMAY BECCARÍA, «Fundaciones sanitarias: un consenso ya alcanzado» (*El País*, 8 de diciembre de 1998, p. 28); G. ARIÑO ORTIZ, «Fundaciones sanitarias: mucho ruido y pocas nueces» (*Expansión*, 15 de diciembre de 1998, p. 63), «Salud pública, negocio privado» (*Cambio 16*, 18 de diciembre de 1998, pp. 12-16, 26-29), «Hacia el hospital barato» (*El Siglo*, 21 de diciembre de 1998, pp. 12-15); F. HERNÁNDEZ, «El Estado facilitador», y M. SÁNCHEZ BAYLE, «Garantía de equidad y calidad» (*El País*, 10 de enero de 1999, p. 15); A. NÚÑEZ FEIJOO, «Los verdaderos privatizadores» (*El País*, 12 de julio de 1999, p. 33); J. L. GARCÍA DE ARBOLEYA TOMERO, «La verdadera privatización de la sanidad» (*El País*, 19 de julio de 1999, p. 24).

A tenor de esa premisa, las formas de gestión inicialmente propuestas deben ser descartadas:

— Las entidades públicas empresariales cumplen buena parte de los requerimientos planteados, pero no todos. El calificativo «empresarial» parece llevar hacia lo mercantil y, además, como regla general perciben tarifas por los servicios que prestan y nadie piensa en cobrar a los pacientes <sup>31</sup>.

— Las sociedades mercantiles públicas quedan apartadas por su condición empresarial y, por tanto, por ser susceptibles de privatización —mediante la venta de acciones—. Quizás también por el ánimo de lucro que, en teoría, las caracteriza; aunque es sabido que, más allá del disfraz mercantil, estas entidades también tienen como guía de su actuación el interés general —algo que se refleja en la regla general de equilibrio entre ingresos y gastos, sin que la generación de beneficios sea esencial— <sup>32</sup>.

Pues bien, relegadas esas dos modalidades, la solución se encuentra en las fundaciones privadas.

En apariencia, esta clase de persona jurídica cumple todos los requisitos: personalidad jurídica propia, régimen jurídico privado que asegura su autonomía de gestión y, lo más importante, carecer de ánimo de lucro. Además, la posibilidad legal de que sean constituidas por entidades públicas lo favorece (el citado art. 6.4 de la Ley 30/1994). Otra cosa es que esta decisión fuera jurídicamente viable y, lo que es más importante, que sirviera para conseguir el objetivo de mejora de la eficiencia del servicio público <sup>33</sup>. Las críticas y los cambios normativos posteriores evidencian lo contrario <sup>34</sup>.

<sup>31</sup> Sobre las entidades públicas empresariales, los trabajos de E. MONTROYA MARTÍN, *Las entidades públicas empresariales en el ámbito local*, Iustel, Madrid, 2006, y, con anterioridad, *Las empresas públicas sometidas al Derecho Privado*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

<sup>32</sup> Sobre las sociedades públicas, E. GARCÍA RUIZ, *La nueva sociedad anónima pública*, Marcial Pons, Madrid, 2006, 302 pp., y J. V. GONZÁLEZ GARCÍA, «Patrimonio público empresarial», en *Derecho de los bienes públicos*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 1139-1166.

<sup>33</sup> La creación de fundaciones por la Administración para prestar servicios sanitarios y sociosanitarios públicos ha dado lugar a una bibliografía específica que sirve de referencia a las páginas que siguen. Los trabajos de J. L. PIÑAR MAÑAS, «Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 97, 1998, pp. 37-63, y «Las fundaciones sanitarias. De la perplejidad a la confusión, pasando por la demagogia», ob. cit., pp. 73-99; M. VAQUER CABALLERÍA, *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública (la reforma de los servicios sanitarios públicos)*, ob. cit., *passim*, y «Las fundaciones como forma de gestión directa de los servicios sanitarios: las enseñanzas de una experiencia truncada», en *La organización de los servicios públicos sanitarios*, ob. cit., pp. 217-237; J. L. BERMEJO LATRE y O. MIR PUIGPELAT, «Algunas notas sobre las primeras experiencias en la fundaciones de iniciativa pública», *REDA*, n.º 104, 1999, pp. 575-593; M. A. CABRA DE LUNA, «La regulación y funcionamiento de las fundaciones. Las fundaciones de titularidad pública. Especial referencia a las fundacio-

(Nota 34 en pág. sig.)

## II. Las fundaciones privadas sanitarias de la Administración: tensiones y contradicciones

### 1. *La iniciativa: la constitución de fundaciones hospitalarias*

La iniciativa pública de constituir fundaciones bien para realizar actividades sanitarias complementarias, bien para la prestación directa de servicios asistenciales<sup>35</sup>, comienza en el ámbito autonómico. Así, en Cataluña se constituyen fundaciones privadas para la promoción, realización y difusión de la investigación médica realizada en determinados hospitales; y ello pese a que la legislación de fundaciones de esa Comunidad limitaba la capacidad de fundar a las personas naturales o jurídicas privadas (art. 1 de la Ley 1/1982, de 3 de marzo, de Fundaciones Privadas). Es el caso de la «*Fundación Augusto Pi y Suñer*», que se constituyó como fundación privada de la Ciudad sanitaria de Bellvitge (1991), abriendo las puertas a otras tantas con el mismo objeto. Por su parte, en Galicia se constituye la «*Fundación Hospital de Verín*» (1993), que tiene por objeto la gestión de ese centro sanitario y su ámbito de influencia, la «*Fundación Centro de Transfusión de Galicia*» (1993), responsable del servicio público de hemodonación y hemoterapia, y la «*Fundación Instituto Gallego de Oftalmología*» (1994), todas ellas con apoyo en el artículo 2 de la Ley 7/1983, de 22 de junio, de Régimen de Fundaciones de Interés Gallego. Se trata de iniciativas anteriores a la aprobación de la Ley estatal 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones e Incentivos Fiscales a la Participación en Actividades de Interés General.

---

nes públicas sanitarias», *Revista Española de Control Externo*, n.º 8, 2001, pp. 29-94; J. SOCIAS CAMACHO, *Fundaciones del sector público (en especial en el ámbito sanitario)*, Iustel, Madrid, 2006, 190 pp.; y DOMÍNGUEZ MARTÍN, *Formas de gestión de la sanidad pública en España*, ob. cit., pp. 154-172.

<sup>34</sup> La iniciativa de la Administración pública de constituir fundaciones ha dado lugar a un buen número de expresiones. Así, entre otras, «fundaciones administrativas» —J. L. PIÑAR MAÑAS, 1998—; «fundación en mano pública» —M. VAQUER CABALLERÍA, 1999—; «fundación del sector público» —J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, 2000, que la Ley 50/2002 utiliza como sector público estatal, también la emplea J. SOCIAS CAMACHO, 2006—; «Fundación de la Administración Pública» —M. T. CARBALLEIRA RIVERA, 2005—. En estas páginas se utiliza la expresión: «fundación privada de la Administración Pública», para hacer referencia a las creadas al amparo de la legislación general de fundaciones y «fundación pública sanitaria», para aludir a los organismos públicos creados con ese nombre —art. 111 de la Ley 50/1998, de los que se habla más adelante—.

<sup>35</sup> Es un lugar común considerar que el ámbito propio de las fundaciones sanitarias y sociales son las actividades auxiliares y complementarias de los respectivos servicios públicos, no la prestación de los mismos. Así, VAQUER CABALLERÍA, ob. cit., p. 73; MENÉNDEZ REXACH, ob. cit., p. 92, y SOCIAS CAMACHO, ob. cit., pp. 93-97.

Con esos precedentes, tal y como se avanzó, el RD-Ley 10/1996 abrió las puertas a la generalización de la fundación como modalidad de gestión de servicios sanitarios y sociosanitarios. Inmediatamente después de su aprobación, el Gobierno autorizó la constitución de la «*Fundación Hospital Alcorcón*» y la «*Fundación Hospital Manacor*» (enero de 1997), para la gestión y administración de esos dos nuevos hospitales de la red pública del INSALUD <sup>36</sup>.

A continuación, ya en vigor la Ley 15/1997, esta modalidad de gestión recibió un nuevo impulso. En Galicia se procedió a constituir la «*Fundación Hospital da Barbanza*» (1997), la «*Fundación Hospital Virxe da Xunquera*» (1997), la «*Fundación Hospital Comarcal do Salnés*» (1999) y la «*Fundación Urgencias Sanitarias de Galicia-061*» (1999). A su vez, tras la aprobación del RD 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión, que vino a desarrollar la Ley 15/1997, el INSALUD procedió a crear la «*Fundación Hospital Calahorra*», en La Rioja (2000) y la «*Fundación Hospital Son Llatzer*», en Baleares (2001) <sup>37</sup>. En todos los casos, la iniciativa se sustenta en la combinación de la Ley 15/1997, de habilitación de nuevas formas de gestión, con la Ley 30/1994, de Fundaciones.

Ahora bien, desde el primer momento, las tensiones y las contradicciones del régimen jurídico propio de estas fundaciones sanitarias con la legislación privada reguladora de esa institución y con la normativa del servicio público sanitario fueron patentes. A los efectos de su exposición, se toma como referencia la constitución y los estatutos de las Fundaciones Hospital Alcorcón y Hospital de Manacor, que son idénticos.

---

<sup>36</sup> Por Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de noviembre de 1996, se autorizó al INSALUD a constituir determinadas fundaciones al amparo de la disposición final única del RD-Ley 10/1996, de 17 de junio, y se aprobaron los Estatutos de la *Fundación Hospital Manacor* y de la *Fundación Hospital Alcorcón* (BOE núm. 32, de 6 de febrero de 1997). En uno y otro caso, se trata de hospitales generales medianos: el Hospital de Manacor cuenta con 192 camas, con un presupuesto, en 2009, de 66 millones de euros; el Hospital de Alcorcón dispone de 364 camas, con un presupuesto, en 2009, de 130 millones de euros.

<sup>37</sup> Por Acuerdo del Consejo de Ministros, de 7 de abril de 2000, se autorizó al INSALUD a constituir la *Fundación Hospital Calahorra* y se aprobaron sus Estatutos (BOE núm. 100, de 26 de abril de 2000). Igualmente, por Acuerdo del Consejo de Ministros, de 8 de junio de 2001, se autorizó al INSALUD a constituir la *Fundación Hospital Son Llatzer* y se aprobaron sus Estatutos (BOE núm. 149, de 22 de junio de 2001). Esta regulación incorpora las previsiones sobre organización hospitalaria del RD 29/2000 sobre nuevas formas de gestión. Nuevamente, se trata de centros hospitalarios medianos: el Hospital Calahorra cuenta con 83 camas y 35 millones de euros de presupuesto, mientras el Hospital de Son Llatzer tiene 326 camas y un presupuesto de 116 millones de euros para 2010.

## 2. *Tensión con el derecho privado de fundaciones*

La constitución de esas fundaciones trae causa del artículo 6.4 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones (que se corresponde con el art. 8.4 de la Ley 50/2002). Con el carácter de norma básica, ese precepto autoriza la *constitución* de fundaciones a las personas jurídico-públicas, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario; previsión esta última que no aparece en las leyes de ordenación sanitaria, ni estatales ni autonómicas.

Con base en esa previsión legal y con la referencia de la creación de sociedades mercantiles públicas, el Gobierno autorizó al INSALUD para constituir esas fundaciones<sup>38</sup>. Ninguna duda o reparo suscitó esa decisión. En ningún momento se tomaron en cuenta los argumentos contrarios tanto a que las Administraciones pudieran ejercer un derecho constitucionalmente reconocido a los particulares (art. 34 CE), como, aun admitiendo lo anterior, los que discuten una capacidad genérica de fundación con independencia de las competencias<sup>39</sup>. En parte, esa omisión trae causa de la cobertura otorgada por el RD-Ley 10/1996 y por la Ley 15/1997, que vendrían a operar como la norma que concretaba esa capacidad genérica a favor de las Administraciones Públicas. En todo caso, esta iniciativa de constituir fundaciones para gestionar hospitales participa de la polémica que rodea a las fundaciones privadas de iniciativa pública a las que se acusa de desnaturalizar esta institución jurídica privada<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> El RD 29/2000 formalizó el procedimiento que se había seguido para la creación de las Fundaciones de los Hospitales Alcorcón y Manacor: autorización previa del Consejo de Ministros para que el INSALUD pueda constituir fundaciones hospitalarias (art. 40).

<sup>39</sup> Excede del ámbito de este trabajo abordar el debate sobre la capacidad o no de las Administraciones para constituir fundaciones. Un excelente resumen de las distintas posiciones en P. MENÉNDEZ GARCÍA, «Las fundaciones y las sociedades públicas», en T. CANO CAMPOS (coord.), *La organización de las Administraciones Públicas*, tomo II de la obra *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 288-296. También, M. CARBALLEIRA RIVERA, *Fundaciones y Administración Pública*, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 60-70, y J. C. ALLÍ TURRILLAS, *Fundaciones y Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2010, 409-466. En relación con las fundaciones sanitarias, la explicación de SOCIAS CAMACHO, *Fundaciones del sector público*, ob. cit., pp. 56-68 y 117-123.

<sup>40</sup> Véase, AA.VV., *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Escuela Libre Editorial y Marcial Pons, Madrid, 1995, vol. I, p. 50. También, PIÑAR MAÑAS, «Fundaciones constituidas por entidades públicas...», ob. cit., p. 46; F. SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios públicos locales*, Thomson-Civitas, 6.ª ed, 2006, pp. 123-124. Recientemente, muy crítico, ALLÍ TURRILLAS, ob. cit., p. 456. Una valoración favorable, aunque apuntando la necesidad de ajustes y desarrollos normativos: E. MALARET GARCÍA y M. MARSAL FERRET, *Las fundaciones de iniciativa pública: un régimen jurídico en construcción*, Fundación Carles Pi y Suñer, Barcelona, 2005, 145 pp.

La regulación de las fundaciones que se estudian tampoco resulta pacífica en relación con los elementos esenciales de cualquier fundación: la persecución de un fin de interés general y la disposición de un patrimonio afecto al mismo (art. 1.1 de la Ley 30/1994 y art. 2.1 de la Ley 50/2002).

Cualquiera de las fundaciones mencionadas es una organización sin ánimo de lucro que, por voluntad de una Administración sanitaria, tienen afectado su patrimonio a la satisfacción de un fin de interés sanitario general, ya sea la gestión y provisión de servicios, ya sea la promoción y la prevención, ya sea la docencia y la investigación <sup>41</sup>. Es cierto que, entre los *finés de interés general* que pueden perseguir las fundaciones, se mencionan de modo expreso los «sanitarios», también los de «asistencia social» (art. 2.1 de la Ley 30/1994 y art. 3 de la Ley 50/2002). Sin embargo, no deja de resultar paradójico que una actividad de servicio público como la sanidad o los servicios sociales, esto es, de competencia y responsabilidad administrativa, precise encontrar su fundamento en una cláusula genérica de fines de interés general que pueden perseguir los particulares.

El otro elemento esencial es la *afectación de un patrimonio* a la consecución de esos fines sanitarios que son de interés general. La legislación de fundaciones se refiere a un patrimonio dotacional «adecuado y suficiente» para el cumplimiento de sus fines distinto del patrimonio ordinario (art. 10.1 de la Ley 30/1994 y art. 12 de la Ley 50/2002). La dotación es pieza clave de esta institución. No vale cualquier patrimonio fundacional. Es preciso que sea adecuado y suficiente para la consecución de los fines que deben ser atendidos; de otra manera el negocio jurídico fundacional podría estar incurso en nulidad.

En el caso de las fundaciones sanitarias, la dotación inicial se limita al mínimo exigible <sup>42</sup>. Es posible que se pensara que los bienes que conforman la infraestructura de esos hospitales podrían cumplir esa función esencial. Sin embargo, esa consideración pugna con la imposibilidad legal de que una organización, que no sea Administración Pública, sea titular de bienes de dominio público, y, además, con la prohibición de desmembrar el patrimonio único de la Seguridad Social, en el que aquellos se integran. Esta doble restricción explica que los estatutos se limiten a regular el régimen de cesión de los bienes

---

<sup>41</sup> Esos fines en los artículos 1 y 6 de los Estatutos de la Fundación Hospital Manacor y de los propios de la Fundación Hospital Alcorcón (desde ahora Estatutos).

<sup>42</sup> Se desconoce la dotación inicial de las fundaciones que se estudian, de la que no se dio publicidad. Pero la afirmación se confirma en otros casos: la Fundación Andaluza de Servicios Sociales fue constituida con 18.000 euros de dotación inicial (año 2001); sin embargo, maneja un presupuesto público superior a 332 millones de euros para 2010.

afectos a los servicios que se gestionan, sujetando su enajenación o baja a la previa autorización del Instituto Nacional de la Salud, y en general a la legislación sobre el patrimonio de la Seguridad Social<sup>43</sup>. La consecuencia es que aquella dotación no es ni adecuada ni suficiente para cumplir sus fines y para responder de las obligaciones que contraiga de acuerdo con las exigencias de la legislación de fundaciones.

Otro elemento clave es la *personalidad y autonomía propia* de estas personas jurídicas, que deben contar con una organización para el adecuado manejo del patrimonio al servicio de aquellos fines (arts. 1.1 —organización— y 3 —personalidad— de la Ley 30/1994, arts. 2 y 4 de la Ley 50/2002). Esta entidad propia explica una regla típica del régimen de las fundaciones: la separación radical entre el fundador y la fundación, una vez que ésta queda constituida. Lo cierto es que, nuevamente, en el supuesto de las fundaciones hospitalarias, esa condición se diluye pese a lo que se dice en sus estatutos<sup>44</sup>.

El levantamiento del velo de la personalidad permite descubrir la identidad personal entre el fundador, los patronos y las autoridades sanitarias que ejercen el protectorado, o, en el mejor de los casos, la dependencia de unos con respecto a los otros —el INSALUD es el fundador, sus cargos directivos los patronos, el protectorado lo ejerce el Ministerio de Sanidad que nombra a los anteriores—<sup>45</sup>. La sujeción a la planificación sanitaria, así como los criterios y directrices que emanen de la Administración sanitaria competente lo ratifica<sup>46</sup>. No hay separación real.

El control público económico y financiero confirma cuanto se dice. La condición pública de los recursos empleados se impone. Tan es así que, aun cuando la legislación de fundaciones se remite a la normativa mercantil, en materia de presupuestos, de gestión económica (operaciones de crédito e inversiones), de régimen contable y de control financiero (arts. 22 a 24 de la Ley 30/1994 y 24 a 26 de la Ley 50/2002), los estatutos de esas fundaciones establecen cautelas públicas, análogas a las que, en ese momento, gravan a las sociedades estatales de carácter mercantil<sup>47</sup>.

---

<sup>43</sup> Artículo 17 de los Estatutos.

<sup>44</sup> Artículos 1 y 4 de los Estatutos.

<sup>45</sup> El Patronato, órgano de gobierno de las fundaciones, es presidido por el Director Ejecutivo del INSALUD quien, a su vez, tiene libertad para nombrar un máximo de seis vocales (arts. 9 a 16 de los Estatutos). El Protectorado recae en el Ministerio de Sanidad (art. 8).

<sup>46</sup> Artículo 5, segundo párrafo, de los Estatutos.

<sup>47</sup> Así, artículos 18.2 (presupuesto anual de ingresos y gastos se integra en presupuestos generales del Estado), 19.1 (régimen de contabilidad pública) y 19.2 (régimen de control financiero de la Ley General Presupuestaria) de los Estatutos.

En suma, la idea de personalidad jurídica autónoma se difumina y, con ella, una de las piezas claves del régimen jurídico de las fundaciones privadas.

Por otra parte, la exigencia legal de separación y autonomía pugna con la idea de un cambio de «titular». Nadie lo es en una fundación privada. Sin embargo, los estatutos de estas fundaciones incorporan la previsión de su transferencia a las Comunidades Autónomas correspondientes con ocasión del traspaso de bienes y servicios del INSALUD <sup>48</sup>. Esta previsión confirma la condición instrumental de esta fórmula de gestión. En todo caso, la contradicción con la legislación de fundaciones es patente.

### 3. *Tensión con el derecho público de fundaciones*

Como es sabido, el régimen jurídico de las fundaciones no es privado en su totalidad. En la medida que se trata de un patrimonio afecto a un fin de interés general, el respeto de la voluntad del fundador y con ello la realización de actividades que sirvan a ese fin justifican la intervención y el control público sobre su funcionamiento (así se explica en STC 341/2005, FJ 4.º).

El legislador regula esa intervención pública con minuciosidad. Se trata de una función que, tradicionalmente, se ha encomendado al *Proteccionado*, que, también de ordinario, corresponde al Ministerio de Justicia u órgano equivalente en el ámbito autonómico (arts. 32 a 34 de la Ley 30/1994 y arts. 34 y 35 de la Ley 50/2002, y concordantes).

Pues bien, los estatutos de las fundaciones sanitarias estatales se separan de este régimen jurídico en cuanto que la función de protectorado se atribuye al Ministerio de Sanidad (disposición adicional primera del RD 316/1996, de 23 de febrero) <sup>49</sup>. Con esta decisión se diluye el mandato de separación entre Protectorado y Fundación, entre regulador y regulado, que impone la legislación como garantía del adecuado control de las actividades fundacionales.

Por otra parte, la rigidez que caracteriza a los *finés fundacionales y su protección* cuya tutela es una de las tareas encomendadas a la Administración desaparece en el régimen de las fundaciones que se estudian [arts. 32.2.b) de la Ley 30/1994 y 35.1.e) de la Ley 50/2002].

---

<sup>48</sup> Artículo 1.3 de los Estatutos estudiados. La confirmación en el RD 1478/2001, de 27 de diciembre, de traspaso a Baleares de las funciones y servicios del INSALUD y en el RD 1479/2001, de igual traspaso a la Comunidad de Madrid.

<sup>49</sup> Así lo dispone el apartado cuarto del Acuerdo del Consejo de Ministros que autorizó la constitución de las Fundaciones Hospitales de Manacor y Alcorcón y el artículo 8 de sus respectivos Estatutos.

La absoluta identidad entre los fines fundacionales y las competencias del fundador, el INSALUD, determina que esas fundaciones se sujeten a los criterios de planificación y coordinación y las directrices de carácter general que dicten las autoridades sanitarias en el ámbito de sus respectivas competencias<sup>50</sup>. De este modo, los fines fundacionales no son ya los manifestados en el acto fundacional, ni tampoco su interpretación corresponde exclusivamente al Patronato, bajo la supervisión del Protectorado —como pasa con cualquier fundación privada—. Por el contrario, la Administración fundadora conserva la facultad de reinterpretar aquella voluntad; y no ya con disposiciones normativas, sino incluso con criterios y directrices carentes de eficacia jurídica, que —como es sabido— sólo la tienen cuando responden al principio de jerarquía —un vínculo en teoría inexistente entre el protectorado, el fundador y la fundación, pero que existe en la modalidad que se estudia—.

#### 4. *Tensión con el derecho público, en particular de la gestión sanitaria*

El tercer bloque del estatuto jurídico de estas fundaciones lo forman un conjunto de normas que se explican en el carácter de servicio público de los fines que se les encomiendan, que quiebran cualquier analogía entre estas fundaciones sanitarias y las diseñadas por la Ley 30/1994 (luego por la Ley 50/2002).

Con carácter general, los estatutos remiten a la legislación vigente y a las Administraciones competentes la determinación y *alcance de las prestaciones sanitarias* en que se concrete la actividad de la fundación<sup>51</sup>. Se trata de una remisión que supone trasladar la decisión de precisar los fines de interés general que debe perseguir la fundación a un tercero —la Administración sanitaria— distinto del Patronato y del Protectorado. Es claro que esta decisión es la razonable, puesto que estas entidades son instrumentos al servicio de la prestación sanitaria pública. Pero la discordancia con el régimen general de las fundaciones queda de manifiesto.

La otra contradicción se produce en relación con los *beneficiarios*. La legislación de fundaciones exige que la fundación se dirija a un colectivo genérico de personas (art. 2.2 de la Ley 30/1994 y art. 3.2 a 4 de la Ley 50/2002). Los estatutos de las fundaciones hospitalarias formulan declaraciones generales para dar cumplimiento a esta exigencia legal<sup>52</sup>. Pero lo cierto es que esas previsiones no se sostienen.

---

<sup>50</sup> Artículo 5 de los Estatutos.

<sup>51</sup> Esa remisión en el artículo 7 de los Estatutos.

<sup>52</sup> Artículo 7, párrafo primero, de los Estatutos.

Las fundaciones hospitalarias de las que se habla cumplen la función que la legislación sanitaria encomienda a los hospitales en la organización sanitaria: atender las necesidades de atención especializada en el área de salud que le corresponda. Esto significa que cada uno de esos establecimientos viene obligado a atender la demanda asistencial del grupo de usuarios —antes, beneficiarios de la seguridad social— que legal y reglamentariamente le sean asignados. Con independencia de la obligación de atender las urgencias vitales, que recae sobre cualquier centro sanitario sea público o sea privado, lo cierto es que estas fundaciones no se dirigen a un colectivo genérico o indeterminado de personas, sino a uno determinado o, cuando menos, determinable —con la correspondiente tarjeta sanitaria— que viene establecido por las normas que ordenan este servicio público. Poco tiene que ver este régimen con la idea que subyace en la legislación de fundaciones.

La contrariedad es aun más notoria en cuanto al estatuto de los beneficiarios de una actividad fundacional y el que corresponde a los usuarios del servicio sanitario. Aquéllos no tienen un derecho a las prestaciones, menos aún a su mantenimiento en unas condiciones determinadas. Se ha explicado que se trata de una posición jurídica equivalente a la del donatario. Por el contrario, el usuario del servicio público tiene derecho a las prestaciones sanitarias y dispone de garantías sobre el modo de recibirlas y de exigir las que en nada se parecen a aquella situación. Tampoco podría asimilarse habida cuenta de la posición reglamentaria del usuario con independencia de la forma de gestión del servicio a que tiene derecho.

El enésimo desajuste se produce en relación con la normativa que rige las relaciones externas de estas fundaciones.

La naturaleza privada de las fundaciones determina que sus *relaciones con terceros se someten al derecho privado*: en la contratación de bienes y servicios se someten al derecho civil y mercantil, en la contratación de personal se sujetan al Derecho Laboral; igualmente, la gestión de su patrimonio es privada, sin perjuicio de la tutela que ejerce el Protectorado. La legislación no deja lugar a dudas (cfr. art. 1.2 de la Ley 30/1994 y 2.2 de la Ley 50/2002).

Ese es el régimen jurídico aplicado a las fundaciones hospitalarias que se estudian<sup>53</sup>. Sin embargo, nuevamente, las incompatibilidades son patentes. Es inevitable preguntarse: ¿el disfraz de «fundación» de un establecimiento sanitario público determina su sujeción sin más al derecho privado? ¿En qué aspec-

---

<sup>53</sup> En este sentido, los artículos 3 (régimen normativo), 18 (recursos económicos), 18.4 (contratación en régimen de derecho privado) y 20 (personal en régimen laboral) de los Estatutos.

to sustancial se diferencia de cualquier otro hospital público no personificado? ¿Ese ropaje le da libertad para tomar decisiones de gestión, ofrecer servicios en régimen de libre competencia u obtener financiación privada por los servicios que presta?

La respuesta es clara. La competencia administrativa, el control público, la financiación presupuestaria y la obligada atención a los usuarios del servicio público, evidencian que se trata del mismo poder público responsable de atender esas prestaciones. Siendo así, dispongan lo que dispongan los respectivos estatutos, es contrario a esa condición que la actividad contractual se produzca al margen de los principios de objetividad, concurrencia y publicidad; que la selección de personal pueda serlo con independencia de los valores de igualdad, mérito y capacidad; que la gestión del patrimonio desconozca los principios de buena administración, o que el manejo de fondos públicos —subvenciones— lo sea por cauces ajenos a la publicidad, la concurrencia y la obligación de justificación. La normativa posterior irá reconduciendo estas disposiciones.

##### **5. *La condición pública distorsiona el régimen de las fundaciones***

El conjunto de excepciones a la legislación de fundaciones que contienen los estatutos de las fundaciones hospitalarias <sup>54</sup> obliga a preguntarse si realmente esas fundaciones merecen esa calificación y, de serlo, cómo se explica la derogación singular por acto administrativo —acuerdo del Gobierno— de la Ley que las regula <sup>55</sup>.

Estas fundaciones sanitarias no son fundaciones privadas. Si lo fueran, tanto su constitución como sus estatutos estarían incurso en causa de nulidad por infracción del principio de reserva de ley material. En ningún caso un acuerdo del Gobierno puede desplazar, inaplicar o derogar singularmente una ley básica estatal. Del contenido de sus estatutos, como también del acto de constitu-

---

<sup>54</sup> Los Estatutos de las Fundaciones Hospital Calahorra (2000) y Hospital Son Llatzer (2001), siguen la senda trazada por los que han sido analizados (Hospital Manacor y Hospital Alcorcón). La diferencia es que, constituidos con posterioridad a la aprobación del RD 29/2000, de habilitación de nuevas formas de gestión, esas normas incorporan la estructura hospitalaria que aquel reglamento establece. Así, en el caso del Hospital de Calahorra, los órganos de dirección (arts. 16 a 19), la comisión de participación y garantías de los ciudadanos (arts. 20 a 22), la junta asistencial y sus comisiones (arts. 23 a 27). Además, esos estatutos refuerzan la dependencia de la Administración sanitaria, la sujeción a la planificación sanitaria y establecen el control del INSALUD con independencia de las tareas del Protectorado (arts. 34 a 38).

<sup>55</sup> En este sentido, muy crítico, PIÑAR MAÑAS, «Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones», ob. cit., pp. 56-61.

ción, lo que resulta es una relación de dependencia con la Administración sanitaria, más próxima a un organismo público, incluso a una sociedad estatal, que a una fundación privada <sup>56</sup>.

Considerados en su conjunto, de los estatutos de las fundaciones sanitarias resulta la misma relación de instrumentalidad con la Administración Sanitaria que la que caracteriza a las empresas públicas sanitarias. Los fines de interés general que persiguen esas fundaciones son obligaciones prestacionales de la Administración constituyente. Los bienes que forman el patrimonio dotacional y el ordinario los aporta y controla esa entidad pública. Los miembros del Patronato son nombrados por la Administración fundadora, coincidiendo con los cargos directivos de ésta. Aquella establece sus líneas generales e interviene en sus decisiones más importantes: los actos de gravamen o disposición sobre el patrimonio. A diferencia de cualquier otra fundación, el responsable del servicio público, el Ministerio de Sanidad, asume las funciones de protectorado, quebrando la obligada separación entre el regulador y el regulado. En suma, estas instituciones se presentan como un instrumento ideado para mejorar la eficacia de un servicio del que es titular el fundador, titular también de su patrimonio.

Que no son fundaciones *stricto sensu* lo evidencia la mera proyección de los criterios de clasificación de los modos de gestión del artículo único de la Ley 15/1997. De su tenor literal resulta que las fundaciones sanitarias deberían ser un modo de gestión indirecto puesto que ni tienen naturaleza pública, ni son de titularidad pública —que lo fuera el fundador no transforma su naturaleza—. En cambio, la relación de instrumentalidad que las vincula a todos los efectos con una Administración Sanitaria impone su inclusión entre los modos directos de gestión, entre aquellos que tienen personalidad jurídica privada. La aplicación de los criterios jurisprudenciales empleados para encontrar a la Administración detrás del disfraz de entidad personificada lo confirma <sup>57</sup>. En

---

<sup>56</sup> De los estatutos de estas dos fundaciones resulta una mezcla del régimen propio de las sociedades estatales (por ejemplo, en su constitución y régimen económico, financiero, presupuestario y contable), del régimen de los organismos públicos (en este caso por carecer de patrimonio dotacional adecuado y suficiente, teniendo los bienes que conforman el hospital en régimen de adscripción) y de la legislación de fundaciones (lo organizativo y, por supuesto, la huida al derecho privado). Su régimen recuerda a las fundaciones públicas del servicio, reguladas en los artículos 85 a 88 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, luego transformadas en los actuales organismos autónomos locales, de los que dio cuenta F. ALBI, *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, Aguilar, 1960, pp. 329-345.

<sup>57</sup> En el caso de una fundación privada de la Administración, esa relación de dependencia fue reconocida por el Tribunal Constitucional (ATC 206/1999, FJ 2.º). Ese tipo de relación que permite encontrar detrás del ente instrumental al poder público y, por tanto, aplicar y exigir los mandatos constitucionales que le obligan, quedó afirmado en las SSTC 35/1983

la misma Ley 15/1997 se encuentra un dato clarificador. Se define la gestión indirecta excluyendo la prestación y gestión «*con medios propios*», esto es, el caso de las fundaciones sanitarias. De hecho, la legislación posterior las considera un modo de gestión directa [cfr. art. 2.1.f) de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria].

La consecuencia necesaria de lo expuesto hasta aquí no puede ser otra que la sujeción de esas fundaciones hospitalarias a los mandatos constitucionales que vinculan a los poderes públicos, así como a las normas que los desarrollan, y, a continuación, al régimen jurídico básico del servicio público, del que no pueden separarse. Y es que las fundaciones sanitarias son —fueron— otra manifestación de huida del derecho administrativo, más aun, de huida del derecho privado de las fundaciones hacia un estatuto jurídico propio plagado de excepciones. En la práctica, estas fundaciones no son sino sociedades mercantiles públicas que carecen de ánimo de lucro <sup>58</sup>.

### III. Las fundaciones públicas sanitarias: un nuevo organismo público

#### 1. Una formulación alternativa: el artículo 111 de la Ley 50/1998

Como alternativa a la utilización de fundaciones privadas de la Administración, el legislador diseña un nuevo organismo, de titularidad y naturaleza pública, para gestionar los centros sanitarios: las fundaciones públicas sanitarias (art. 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, ejemplo de «Ley de acompañamiento»). La explicación de esta iniciativa se resume en la justificación de la enmienda que dio lugar a ese precepto:

---

(FJ 3.º) y 14/1986 (FJ 8.º). No hay nada diferente en las fundaciones promovidas por la Administración sanitaria, por más que la idea de control o titularidad case mal con la esencia de una fundación privada como patrimonio adscrito a un fin de interés general. Pero, aun así, lo público se impone y condiciona todo el régimen jurídico.

<sup>58</sup> No se desconoce que, tras estas contradicciones, subyace la distinción entre las fundaciones privadas y las fundaciones públicas, aquellas sujetas a un régimen jurídico rígido por el carácter fugaz del fundador, y éstas condicionadas por la voluntad de un fundador —la Administración pública— que permanece, vinculado por unos intereses públicos esencialmente mutables. Se trata de una distinción que, a su vez, lleva a otra de más enjundia: la que diferencia entre instituciones y corporaciones [E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 14.ª ed, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 281-321]. Pero, aun siendo así, lo que quiere destacarse es que el disfraz de fundación privada no sirve para la gestión de centros sanitarios públicos.

*«La necesaria personificación de los centros sanitarios públicos obliga a la búsqueda de formas organizativas dirigidas al logro de una mayor eficiencia. Se trata de lograr la desburocratización de la gestión, la descentralización en la toma de decisiones y la autonomía de gestión.*

*Para el logro de estos objetivos, además de la separación de funciones de compra y provisión, es necesario alcanzar mayores cotas de responsabilidad en la dirección de los servicios sanitarios, motivar al personal, establecer una mayor flexibilidad en la gestión económica y en la de recursos humanos, de forma que parte de las retribuciones se vinculen a la obtención de resultados.*

*Se trata de establecer una personificación jurídico-pública adecuada y adaptada a las circunstancias de las instituciones sanitarias públicas, como instrumento de eficiencia y eficacia, detectada la necesidad de buscar este tipo de personificaciones como salvaguarda del propio sistema público sanitario.*

*Este artículo daría vida a las Fundaciones Públicas Sanitarias con la finalidad de dejar clara su naturaleza y vocación públicas y responder a las críticas infundadas sobre la privatización de la sanidad»<sup>59</sup>.*

Los objetivos se repiten: separación de funciones, personificación y autonomía de los centros sanitarios, eficiencia y eficacia en la gestión. La diferencia y lo que condiciona la opción legislativa es la voluntad de evitar las acusaciones de privatización de la sanidad.

Ahora bien, si se trataba de salvar esas acusaciones, ¿por qué se diseña un organismo público nuevo en lugar de acoger alguna de las modalidades de organismo público diseñadas por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado?

La memoria del que se llamó *«proyecto de ley sobre fundaciones públicas sanitarias»* (julio de 1998) relaciona los siguientes problemas a resolver:

- 1) La voluntad de transformar los 80 hospitales del INSALUD existentes, que pugnaba con la necesidad de Ley para crear cualquier organismo público.
- 2) La necesidad de asegurar la contratación conforme al derecho privado en términos análogos a las sociedades estatales.
- 3) La obligación de mantener el régimen estatutario del personal sanitario en lugar del funcional o el laboral típico de esos organismos públicos.
- 4) La necesidad de mantener la gratuidad de la asistencia para los usuarios y, por tanto, la financiación con cargo a los presupuestos públicos.

---

<sup>59</sup> Boletín Oficial de las Cortes Generales (Senado), 113, de 4 de diciembre de 1998, pp. 250 y 251.

5) La posibilidad de contar con un patrimonio propio compatible con la adscripción de bienes de la Seguridad Social.

6) La atribución a los órganos directivos del INSALUD de las facultades de aprobación de estatutos y plan inicial de actividades.

Sin duda, todos estos factores condicionaron la opción legal por un organismo público singular.

De acuerdo con el citado artículo 111 de la Ley 50/1998, las fundaciones públicas sanitarias se articulan conforme al siguiente régimen jurídico <sup>60</sup>:

— Son organismos públicos, por tanto con personalidad jurídica pública (números 1 y 2 de ese precepto).

— Su constitución, modificación y extinción serán aprobados por Acuerdo de Consejo de Ministros, no es precisa una Ley *ad hoc* (número 3).

— El plan inicial de actuación no será aprobado por el Ministro, sino por el Presidente del INSALUD (número 4).

— Su personal tendrá carácter estatutario, sin que ello impida la incorporación de personal funcionario o laboral (números 5 y 6).

— El régimen de contratación respetará, en todo caso, los principios de publicidad y libre concurrencia, pero se regirá por las previsiones contenidas al respecto en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas (número 7).

— Dispondrán de bienes propios y, en régimen de adscripción, bienes de la Administración General del Estado y de la Tesorería de la Seguridad Social, objeto de administración ordinaria (número 8).

— Sus recursos económicos podrán provenir de las mismas fuentes que los de los organismos autónomos, por tanto, se admiten consignaciones en los presupuestos y transferencias corrientes y de capital (número 9).

— Su régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, de intervención y de control financiero, será el aplicable a las entidades públicas empresariales (número 10).

— El régimen jurídico de estas últimas les será de aplicación con carácter supletorio (número 11).

A tenor de los debates parlamentarios, las fundaciones públicas sanitarias se presentan como la adecuada adaptación a este ámbito de actividad pública de

---

<sup>60</sup> Sobre esta clase de organismo público, con más detalle, VAQUER CABALLERÍA, ob. cit., pp. 91-97, y SOCÍAS CAMACHO, ob. cit., pp. 177-179.

las entidades públicas empresariales. Es importante destacar que esta regulación no es norma básica; la remisión a la normativa específica de cada Comunidad Autónoma lo confirma <sup>61</sup>.

## 2. *Ni fundaciones privadas, ni empresas públicas*

El régimen jurídico de las fundaciones públicas sanitarias constituye una mezcla variopinta del estatuto de los organismos autónomos, de las entidades públicas empresariales y de las sociedades mercantiles públicas.

Tomando como referencia la legislación vigente en ese momento (1998), esa regulación hace suyas las siguientes determinaciones:

— De los organismos autónomos se toma la personalidad pública (que evita acusaciones de privatización), su régimen de personal, si bien se reemplaza la condición funcional por la de estatutario (art. 47 de la Ley 6/1997) y, además, su sistema de financiación, esencialmente basado en fondos públicos presupuestarios (art. 65.1). Con esto último se supera el condicionante principal de las entidades públicas empresariales: la realización de actividades susceptibles de contraprestación (art. 53.1 en relación con el 65.2).

— De las sociedades mercantiles públicas se incorpora la creación por acuerdo del Consejo de Ministros (art. 6.3 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria de 1977) y su régimen privado de contratación sin perjuicio de los principios de publicidad y concurrencia (disposición adicional 6.<sup>a</sup> de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas).

— De las entidades públicas empresariales se toma la remisión general al Derecho Privado en cuanto a su funcionamiento (art. 53.2 de la Ley 6/1997), su régimen financiero, contable y de control (arts. 58 y 59) y, también, la posibilidad de tener un patrimonio propio, lo que permite superar las discusiones sobre el patrimonio dotacional de las fundaciones privadas (art. 56).

Con estas referencias cabe afirmar que las fundaciones públicas sanitarias no son fundaciones (privadas) porque son organismos públicos. El nombre sólo genera confusión <sup>62</sup>. A su vez, entre aquéllos, ni son organismos autóno-

---

<sup>61</sup> Su régimen jurídico se completa con posterioridad por los artículos 62 a 74 y disposición adicional 5.<sup>a</sup> del RD 29/2000 sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud.

<sup>62</sup> Lo ejemplifica la STSJ Madrid (c-a), de 27 de enero de 2000 (RJCA 1265) que califica a la Fundación Hospital de Alcorcón como entidad de derecho público (*sic*), interpretando conjuntamente el RD-Ley 10/1996, la Ley 15/1997 y los Estatutos de esa Fundación con el

mos ni siquiera, pese a lo que se afirmó en el debate parlamentario, merecen la condición de entidades públicas empresariales. Se trata de una organización que sólo tiene cabida en el cajón de sastre de los organismos apátridas (quizás debió ser una disposición adicional de la Ley 6/1997 como la que se refiere a las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social). Y ello con independencia de si, realmente, esta obra de ingeniería jurídica era necesaria para conseguir los objetivos planteados.

### **3. *La conversión de fundaciones privadas de la Administración en fundaciones públicas sanitarias***

Aprobado el estatuto de las fundaciones públicas sanitarias (el citado art. 111 de la Ley 50/1998), su implantación efectiva quedó suspendida hasta la aprobación del RD 29/2000 de nuevas formas de gestión del INSALUD, que estableció la fórmula para la transformación de los viejos hospitales de la Seguridad Social en esa nueva organización<sup>63</sup>. Mientras, como quedó dicho, el Gobierno se limitó a crear otras dos nuevas fundaciones privadas, las de los Hospitales de Calahorra (2000) y de Son Llatzer (2001).

Es preciso destacar que, en paralelo y al margen de estas iniciativas «sanitarias», el legislador «presupuestario» reaccionó de inmediato para afirmar su control sobre las mismas. Entre 1997 y la aprobación de la nueva Ley de Fundaciones (2002), se produce una sucesión de medidas legales que comparten ese objetivo. El hito más relevante es la creación de una nueva categoría: las *fundaciones estatales*<sup>64</sup>. La consecuencia fue el establecimiento de un régimen

---

artículo 111 de la Ley 50/1998, que entiende no crea una figura nueva sino que complementa la anterior normativa.

<sup>63</sup> El RD 29/2000 fue objeto de recurso contencioso-administrativo fundado, básicamente, en la inconstitucionalidad de las fundaciones públicas sanitarias, del uso de una ley de «acompañamiento» para regularlas y de la «deslegalización» de su creación pese a ser organismos públicos. Fue desestimado por STS 3.ª, de 27 de enero de 2003 (Ref. Iustel: §208142).

<sup>64</sup> El artículo 15 de Ley 65/1997, de 30 de diciembre, limitó la competencia del INSALUD sobre el presupuesto de las fundaciones hospitalarias; el artículo 52.13 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, de modificación del artículo 123.4 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria de 1977; el artículo 43 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que volvió a modificar el artículo 123.3 del citado Texto Refundido; el artículo 16 de la Ley 54/1999, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2000, que estableció el régimen presupuestario de las entidades creadas conforme a la Ley 15/1997 en el ámbito del INSALUD; hasta llegar al artículo 44 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Este precepto introdujo una nueva categoría de entidad instrumental: las fundaciones estatales, identificadas como aquellas fundaciones en cuya dotación participe, directa o indirectamen-

presupuestario, contable y de control financiero singular, aunque parecido al de las sociedades estatales. En cualquier caso, si algo pone de manifiesto esta sucesión normativa es la necesidad de controlar un fenómeno nuevo y, también, la falta de claridad conceptual de lo que busca el legislador.

La apuesta por las fundaciones públicas sanitarias tuvo su mejor —y casi único— reflejo en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia. La disposición adicional séptima de la Ley 5/2000, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y de Régimen Presupuestario y Administrativo, ordenó la transformación de las fundaciones privadas sanitarias existentes en fundaciones de titularidad y naturaleza pública —que se denominan fundaciones públicas sanitarias—. De su régimen jurídico debe destacarse su conversión, estructura orgánica y régimen de funcionamiento por Decreto del Consejo de Gobierno, la sujeción a las previsiones de la legislación de contratos de las administraciones públicas, el régimen laboral de su personal y la sujeción a las mismas reglas que las sociedades públicas autonómicas en materia financiera, presupuestaria y de control. El proceso de transformación fue realizado por el Decreto 276/2001, de 27 de septiembre, de adaptación de las fundaciones sanitarias a la disposición adicional séptima de la Ley 5/2000. Este cambio afectó a las fundaciones: Hospital de Barbanza, Hospital Virxe da Xunqueira, Urgencias Sanitarias de Galicia 061, Centro de Transfusión de Galicia, Hospital de Verín, Instituto Galego de Oftalmología y Hospital comarcal de O Salnés <sup>65</sup>.

Aun cuando a grandes trazos el proceso descrito es el mismo que pretendía el RD 29/2000, lo cierto es que las fundaciones públicas sanitarias gallegas tienen un régimen diferenciado del que corresponde a las estatales. En particular, el régimen laboral de su personal frente al estatutario de las estatales, la sujeción a la normativa de contratos y la aplicación como régimen supletorio del propio de las sociedades públicas autonómicas frente al correspondiente a las entidades públicas empresariales (cfr. art. 111 de la Ley 50/1998). En lo que sí hay coincidencia es en la voluntad de abandonar las fundaciones privadas de la Administración a favor de una organización de titularidad y naturaleza pública que, como queda dicho, no es fundación.

---

te, la Administración General del Estado, sus organismos autónomos o las entidades del sector público estatal.

<sup>65</sup> Con posterioridad, pero con este mismo régimen, mediante Decreto 451/2003, de 26 de diciembre, se crea la *Fundación Pública Gallega de Medicina Genómica*.

#### IV. El fracaso de la fundación en la gestión sanitaria

##### 1. *Las fundaciones públicas sanitarias: una anécdota*

Toda la articulación jurídica que se ha expuesto sirvió para bien poco. El debate sobre nuevas formas de gestión estuvo acompañado del traspaso de las funciones y servicios del INSALUD a las Comunidades Autónomas, con lo que la Administración General del Estado se quedó sin centros sanitarios que atender, con excepción de Ceuta y Melilla. En diciembre de 2001, el Gobierno aprobó todas las transferencias, siendo efectivas desde el 1 de enero de 2002<sup>66</sup>. Siendo así, la iniciativa estatal de promover nuevas formas de gestión quedó sin sentido. La gestión sanitaria es competencia autonómica.

La mejor prueba de lo que se dice es que la Administración estatal no llegó a promover la constitución de ninguna fundación pública sanitaria. La transferencia acabó con la posibilidad de hacer efectiva la conversión prevista por la disposición adicional 5.<sup>a</sup> del RD 29/2000. Sólo, en el último momento, el Gobierno autorizó la creación de fundaciones de investigación vinculadas a varios hospitales de la red que gestionaba el INSALUD y aprobó sus estatutos, si bien, no llegaron a constituirse de manera efectiva<sup>67</sup>. En todo caso, se trata de fundaciones privadas de la Administración sanitaria.

La realidad es que la fundación pública sanitaria como instrumento de gestión de centros sanitarios y sociosanitarios nunca llegó a pasar de las páginas del boletín oficial; al menos en el ámbito estatal. Como se apuntó, la Comunidad Autónoma de Galicia transformó sus fundaciones sanitarias privadas en fundaciones sanitarias públicas, pero conforme a su propia legislación. Salvo error, sólo existe una fundación constituida con base en el artículo 111 de la Ley 50/1998: la «Fundación Pública Sanitaria del Hospital Comarcal de Inca» en Baleares<sup>68</sup>. Es posible por ello afirmar que esta clase de organismo público es una anécdota entre las formas de gestión de los establecimientos sanitarios públicos.

---

<sup>66</sup> Esos traspasos fueron llevados a cabo mediante RR.DD. 1472 a 1480/2001, de 27 de diciembre (BOE núms. 311, 312 y 313, de 28, 29 y 31 de diciembre de 2001), a favor de las Comunidades de Cantabria, La Rioja, Aragón, Castilla-La Mancha, Islas Baleares, Madrid, Castilla y León, Murcia, Extremadura y Asturias.

<sup>67</sup> Se trata de las Fundaciones de Investigación de los Hospitales Universitarios Príncipe de Asturias, Getafe, La Princesa, Son Dureta, Puerta de Hierro, Ramón y Cajal, San Carlos y La Paz. Fueron autorizados por Acuerdo del Consejo de Ministros de 3 de agosto de 2001 (Príncipe de Asturias, BOE núm. 233, de 28 de septiembre de 2001) y de 14 de diciembre de 2001 (los restantes, BOE núms. 13 y 16, de 15 y 18 de enero de 2002).

<sup>68</sup> Acuerdo del Consejo de Gobierno de las Islas Baleares, de 17 de marzo de 2006, por el que se autoriza la constitución de la fundación pública sanitaria de carácter asistencial hospital comarcal de Inca (BOIB núm. 43, de 25 de marzo de 2006).

## 2. *Las fundaciones sanitarias: un estatus singular en la Ley 50/2002, de Fundaciones*

Con el antecedente señalado de las fundaciones estatales en la legislación presupuestaria (art. 44 de la Ley 14/2000), la Ley 50/2002, de 27 de diciembre, de Fundaciones, que derogó en parte a la anterior Ley 30/1994, incorpora algunas medidas en relación con las fundaciones privadas promovidas por las Administraciones Públicas <sup>69</sup>.

La primera y principal, la regulación de las «*fundaciones del sector público estatal*» (arts. 44 a 46 y disposición final segunda de la Ley 50/2002). Se trata de una regulación que se irá completando en los años siguientes con referencias en las leyes generales <sup>70</sup>. Sobre su contenido es obligado remitirse a la amplia bibliografía que se ha ocupado de su análisis y crítica <sup>71</sup>.

La otra medida —la más relevante a efectos de estas líneas— es la decisión de mantener el régimen propio de las fundaciones sanitarias creadas con base en el artículo 111 de la Ley 50/1998, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, y de aquellas otras que lo fueron al amparo de la Ley 15/1997, de habilitación de nuevas formas de gestión. En concreto, las primeras, las fundaciones públicas sanitarias, se establece que se sigan rigiendo por su normativa específica (disposición adicional 3.ª de la citada Ley) <sup>72</sup>. En cuanto a las fundaciones privadas hospitalarias se mantiene su normativa especial, siéndoles aplicable la nueva Ley de Fundaciones sólo con carácter supletorio (disposición adicional 4.ª de la Ley 50/2002). Es el caso de las fundaciones de los hospitales de Manacor, Alcorcón, Calahorra y Son Llatzer.

El tratamiento que la Ley 50/2002 hace de las fundaciones que se vienen estudiando merece un juicio crítico. En el caso de las fundaciones públicas sanitarias, su exclusión es coherente con su naturaleza jurídica: no son fundaciones (privadas). Pero, teniendo clara su condición de organismos públicos, el

---

<sup>69</sup> Un análisis, artículo por artículo, de esa Ley: S. MUÑOZ MACHADO, CRUZ AMORÓS, R. DE LORENZO GARCÍA, *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, Iustel, Madrid, 2005, 1337 pp. Sobre las distintas regulaciones autonómicas, las aportaciones recogidas en: AA.VV., *Anuario de Fundaciones 2009*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 179-458.

<sup>70</sup> Artículos 2.1.f), 3.3 y 64 de la Ley General Presupuestaria de 2003, disposición adicional 16.ª de la Ley General de Subvenciones de 2003 y artículo 3.1.f) de la Ley de Contratos del Sector Público, de 2007.

<sup>71</sup> J. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, «Fundaciones de la Administración Pública», en MUÑOZ MACHADO y otros, *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, ob. cit., pp. 645-752; SOCIAS CAMACHO, *Fundaciones del sector público*, ob. cit., pp. 144-158, y CARBALLEIRA RIVERO, *Fundaciones y Administración Pública*, ob. cit., pp. 122-188.

<sup>72</sup> La exclusión se reitera en el RD 1337/2005, de 11 de noviembre, del Reglamento de las Fundaciones de competencia estatal.

que esta Ley se refiera a ellas sólo introduce confusión —un poco más—. Quizás se debió proceder a modificar su denominación. Igualmente, el régimen establecido para las fundaciones que se constituyeron al amparo de la Ley 15/1997 resulta hartamente discutible. Lo razonable hubiera sido ordenar su adaptación al régimen propio de las fundaciones del sector público, no su mera pervivencia con un régimen especial. Se desconoce el porqué de esta solución. Si no se ordenó la adaptación por considerar que esas fundaciones hospitalarias habían dejado de ser estatales para pasar a ser autonómicas, la disposición sobra porque tiene naturaleza supletoria. Y si se evitó la integración por las complicaciones que pudiera haber acarreado, la decisión parece contraria a la seguridad jurídica.

Con todo, lo que debe destacarse es que la iniciativa fundacional de la Administración Pública en el ámbito sanitario quedó excluida, en todo o en parte, de la primera regulación completa de las fundaciones privadas de iniciativa pública y, lo que es tanto o más importante, de la voluntad de ordenación general y afirmación del control público sobre esta clase de entidades promovidas por la Administración. Y ello con independencia de las carencias y críticas que el régimen jurídico de las fundaciones del sector público ha recibido.

Lo dicho no debe llevar a equívoco. Nada impide la creación por las Administraciones Públicas de fundaciones que tengan por objeto tareas sanitarias, ya sea con base en el artículo 8.4 de la Ley 50/2002, de Fundaciones, ya sea con apoyo en la respectiva Ley autonómica de Fundaciones<sup>73</sup>. Lo que queda apartado es la vía de la Ley 15/1997 de habilitación de nuevas formas de gestión<sup>74</sup>.

### **3. *La vuelta a lo público: integración de las fundaciones hospitalarias en los servicios de salud***

La iniciativa de convertir los hospitales en fundaciones, sea con forma privada, sea como organismo público de régimen especial, fue olvidada mucho

---

<sup>73</sup> A título de ejemplo, la *Fundación Rioja Salud* (31 de diciembre de 2001). Por otra parte, las fundaciones de investigación sanitaria también se irán extendiendo con el impulso dado a los institutos de investigación sin ánimo de lucro por la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de la Salud (art. 50) y por la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica (arts. 83 y 88).

<sup>74</sup> Por otra parte, aun excediendo de los fines de este estudio, es importante destacar que la regulación de las fundaciones del sector público alcanza, de modo injustificado, a las fundaciones mixtas, en las que una parte de la participación dotacional o patrimonial estable sea de titularidad privada. El régimen de estas fundaciones no difiere del que es propio de las sociedades mixtas y suscita las mismas dudas que esa clase de sociedades planteó, en particular en materia de contratación pública. Lo apuntó L. MIGUEZ MACHO, «Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español», *Revista de Administración Pública*, n.º 175, 2008, en particular pp. 198-209.

antes de que se aplicara y pudiera comprobarse su efectividad. Casi sin dejar de ser poco más que una idea fue desechada. No obstante, las acusaciones de privatización quedaron en el ambiente. Esta crítica latente ha tenido su reflejo en las iniciativas dirigidas a la desaparición de algunas de las pocas fundaciones hospitalarias existentes en España.

En el caso de la Comunidad Autónoma de Galicia, el proceso tiene dos hitos normativos. Mediante el Decreto 91/2007, de 26 de abril, se establecieron las bases para la integración en el régimen estatutario del personal de las fundaciones públicas sanitarias, con lo que se homogeneizaron los derechos y deberes del personal que presta servicios en los distintos hospitales del Servicio Gallego de la Salud. A continuación, el Decreto 183/2008, de 31 de julio, dispuso la extinción de las fundaciones públicas hospitalarias (Hospital da Barbanza, Hospital Virxe da Xunqueira, Hospital de Verín y Hospital Comarcal de Salnés), que pasaron a integrarse como establecimientos sin personalidad jurídica en el Servicio Gallego de la Salud. La idea recurrente es homogeneizar las condiciones de prestación del sistema público de salud.

El otro caso paradigmático es el de la «Fundación Pública del Hospital del Oriente de Asturias Francisco Grande Covián». Se trataba de una fundación privada promovida por el Principado de Asturias (98,04% Principado, 1,96% Ayuntamiento de Parrés). Pues bien, la Ley 2/2010, de 12 de marzo, dispuso la integración de ese Hospital y de su personal en el Servicio de Salud del Principado de Asturias en régimen de gestión directa (BOE núm. 105, de 30 de abril de 2010). Otra vez, la preocupación es la igualación del régimen jurídico; la homogeneidad antes mencionada. Los términos empleados son elocuentes:

*«... aunque es una institución pública que, de acuerdo con sus estatutos, está adscrita al Servicio de Salud del Principado de Asturias... no deja de constituir una anómala excepción en la estructura organizativa y de gestión del sistema sanitario público... La presente Ley... lejos de ser caprichosa, responde a la necesidad de poner fin a la anomalía, sin justificación alguna en la actualidad... anomalía frente a la que se ha producido una importante movilización ciudadana que viene reclamando la homogeneización de los servicios que se prestan en el citado hospital con los que se vienen desarrollando en el resto de recursos hospitalarios y asistenciales de la red pública... La norma pretende, por tanto, corregir una excepción... Sólo la igualdad de régimen jurídico garantiza a los usuarios que su hospital de referencia disfrute de las mismas condiciones que el resto de la red hospitalaria en materia de financiación, de contratación del personal y de gestión de los recursos».*

Ninguna relación tiene este entendimiento con las llamadas a la personificación y a la autonomía de gestión de los centros sanitarios como medio para

mejorar la eficiencia de la sanidad pública y, con ello, contribuir al control y racionalización del gasto público. Ahora, la homogeneidad y la integración se presentan como mejores alternativas; en especial, la igualación de las condiciones laborales del personal que presta servicios en esos centros. Todos consideran que trabajan para el mismo empleador: el respectivo Servicio Autónomo de Salud, cualquiera que sea la forma jurídica del hospital en el que trabajan. Además, como queda apuntado, esta equiparación se presenta como algo positivo para asegurar la igualdad de trato a los usuarios del sistema sanitario público.

Esta doble iniciativa autonómica pudiera considerarse algo puntual en respuesta a problemas singulares que concurren en esas Comunidades. Sin embargo, no parece que sea así. La vuelta a lo público, entendido como gestión directa de las prestaciones sanitarias por establecimientos públicos sin personalidad, se reconoce también en la proposición de ley de modificación de la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de la Salud<sup>75</sup>. Esta propuesta pretende limitar la gestión indirecta a acuerdos, convenios y contratos con personas o entidades exclusivamente públicas y, además, garantizar el carácter público de la titularidad, financiación, gestión y provisión de servicios sanitarios y sociosanitarios.

Con independencia de cuál sea la evolución de esta iniciativa legislativa, lo cierto es que refleja un entendimiento de la gestión sanitaria que nada tiene que ver con los problemas que subyacen en el debate sobre las nuevas formas de gestión, ni, por supuesto, con la preocupación por la eficiencia y la autonomía de gestión<sup>76</sup>. En todo caso, la problemática del gasto sanitario y socio sanitario sigue pendiente<sup>77</sup>.

---

<sup>75</sup> BOCG, IX legislatura, 111-1, de 30 de mayo de 2008.

<sup>76</sup> Esta iniciativa pretende ser una respuesta a la gestión indirecta —concesiones de obra y de servicio público— de centros sanitarios que se entiende contraria al derecho constitucional a la protección de la salud y a un régimen público de seguridad social. Sobre esta cuestión: A. MENÉNDEZ REXACH, «La gestión indirecta de la asistencia sanitaria pública. Reflexiones en torno al debate sobre la privatización de la sanidad», *Revista de Administración Sanitaria*, n.º 6/2, 2008, pp. 269-296, y F.J. VILLAR ROJAS, «La privatización de la gestión de los servicios sanitarios públicos: las experiencias de Valencia y Madrid», *Revista Derecho y Salud*, n.º 17, 2009, pp. 1-23.

<sup>77</sup> La propuesta de personificar a los centros sanitarios —los denomina «entes semi-autónomos»— como respuesta a los problemas de la sanidad pública subsiste: J. COLOMER I MASCARÓ, «La gestión sanitaria a través de la administración pública: burocracia y privilegios», *Gestión clínica y sanitaria*, n.º 11/4, 2009, pp. 140-144.

## V. El limitado papel de las fundaciones en la asistencia sanitaria pública

### 1. *El objetivo de mejorar la eficiencia: no hay datos comparables*

El motivo primario de la creación de fundaciones para la gestión y administración de centros sanitarios públicos era conseguir un funcionamiento más eficiente y, con ello, un mejor control del gasto público sanitario. ¿Se ha conseguido ese objetivo?

No es fácil dar una respuesta, ni en el caso de las fundaciones, ni en el de ninguna otra modalidad de gestión personificada (entidades públicas, sociedades mercantiles...). No hay datos.

Es cierto que los pocos que se conocen son negativos <sup>78</sup>. Sin embargo, la valoración de esta clase de informes requeriría de un estudio comparativo con la situación presupuestaria y financiera de otros centros sanitarios públicos que no es posible. No lo es porque los hospitales que carecen de personalidad integran sus cuentas en las propias del servicio autonómico del que forman parte, haciendo inviable esa evaluación <sup>79</sup>. Por otra parte, no puede olvidarse que la sanidad es un ámbito de gestión pública en el que, año tras año, el gasto real excede del presupuestado; y no sólo por deficiencias en el funcionamiento de los servicios, sino también por la incertidumbre vinculada con la demanda.

En consecuencia, sin objetivos ni parámetros que evaluar y comparar, difícilmente se puede valorar la mayor o menor eficacia, eficiencia o equidad de la gestión sanitaria de hospitales públicos mediante fundaciones.

### 2. *La realidad: relación de dependencia, no autonomía de gestión*

Como queda dicho, la personificación de los centros sanitarios públicos es un elemento esencial para dotarlos de entidad propia y de autonomía de ges-

---

<sup>78</sup> Así CARBALLEIRA RIVERA, *Fundaciones y Administración pública*, ob. cit., pp. 19 y 20. A modo de ejemplo, el Consejo de Cuentas de Galicia llamó la atención sobre constantes modificaciones presupuestarias durante 2006 para sanear un desfase de 17,7 millones de euros sobre un presupuesto total de 122,9 millones de euros para las ocho fundaciones sanitarias de esa Comunidad Autónoma, si bien se afirma que aquella cantidad sirvió para compensar resultados negativos de ejercicios anteriores (Informe de Fiscalización de la Cuenta General del Servicio Gallego de la Salud, ejercicio 2006, 2 tomos).

<sup>79</sup> Es el caso de los hospitales no personificados del Servicio Gallego de Salud. En el mismo informe antes mencionado se alude a un gasto sanitario para todos ellos superior a 1.700 millones de euros con una desviación de algo más del 3% sobre el presupuesto inicial.

tión, con capacidad de tomar decisiones, de contratación de bienes y servicios, de selección de personal, de disposición de sus bienes, de gestión presupuestaria, de financiación y de tesorería. El contrapeso es la asunción de las consecuencias que pudieran derivar de un desempeño inadecuado o deficiente de esas capacidades —aunque, realmente, esos efectos nunca se han regulado porque nadie se plantea el cierre de hospitales, la reducción de plantillas de empleados públicos, ni siquiera la vinculación real de las retribuciones con los objetivos del centro—. Este es el modelo teórico de autonomía de gestión.

El análisis del régimen jurídico de las fundaciones privadas que fueron promovidas por la Administración sanitaria, como de los organismos públicos denominados fundaciones públicas sanitarias, evidencia que la autonomía de gestión es sólo una declaración retórica.

El artículo 12 del RD 29/2000, de nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud, se titula: «*autonomía de gestión*». Sin embargo, la realidad es que la autonomía que se reconoce a las entidades públicas sanitarias —incluidas las fundaciones— difiere poco de la que ostentan los centros y servicios sanitarios tradicionales, no personificados. También el artículo 4 del RD 521/1987, que aprobó el reglamento sobre estructura, organización y funcionamiento de los hospitales gestionados por el INSALUD, se refería a la necesidad de proporcionar a los hospitales la mayor autonomía en la gestión y utilización de sus recursos. Pero, ahora como antes, la relación de dependencia o instrumentalidad es incuestionable. La personalidad es ficticia; el patrimonio propio inexistente; la libertad para contratar pura retórica; la autonomía de gestión, buenas palabras. Estas entidades están sujetas al control, dirección y planificación de la Administración fundadora, de igual modo que, en caso de insuficiencias, esa Administración es quien asume las consecuencias<sup>80</sup>.

En realidad, la fundación privada de la Administración —por supuesto con mayor razón la fundación pública sanitaria— es a la fundación privada lo mismo que los contratos-programa a los contratos administrativos de gestión de servicios públicos<sup>81</sup>. Tan es así que se ha comenzado a utilizar el mecanismo

---

<sup>80</sup> Se cumplen todos los elementos que identifican una relación de instrumentalidad. En este sentido, la explicación de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, ob. cit., pp. 416-420.

<sup>81</sup> El contrato administrativo de gestión de servicios públicos no es aplicable a los supuestos en que la prestación se realice mediante la creación de una entidad de derecho público destinada a ese fin, ni cuando lo sea a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública. Básicamente, porque nadie contrata consigo mismo. Así, artículo 8.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (antes, art. 154.2 del derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 2000).

de la encomienda a entidades que son medio propio y servicio técnico de la Administración sin que haya surgido ninguna dificultad<sup>82</sup>; y es claro que ese vínculo es la mejor prueba de la dependencia<sup>83</sup>.

Lo que se reconoce en el estatuto de estas fundaciones es un ejemplo más de relación de instrumentalidad entre un poder público y una entidad gestora. Los desajustes normativos que quedaron expuestos no pueden ocultar esta realidad, tampoco la denominación ni las llamadas al ordenamiento jurídico privado que se hacen en los estatutos. Lo público se impone sobre la forma privada. No hay autonomía de gestión; tampoco puede haberla.

### **3. *La viabilidad de la fundación requiere un cambio drástico en la sanidad pública***

Las tensiones y las contradicciones que rodean a la fundación como medio para la gestión y administración de centros y servicios sanitarios vienen determinados por las condiciones de ordenación y funcionamiento del servicio público sanitario. Mientras éste no cambie, la personificación de los establecimientos sanitarios públicos será inútil en orden a la consecución de los objetivos de control del gasto sanitario.

Con independencia de su ropaje, ninguno de los hospitales constituido como fundación se diferencia de la estructura, funcionamiento, virtudes y defectos de los hospitales tradicionales sin personificar. En uno y otro caso, el régimen jurídico básico del servicio que prestan es el mismo. El financiador es único: el correspondiente servicio autonómico de salud; la obtención de in-

---

<sup>82</sup> Esa es la condición que se atribuye a la *Fundación (Hospital) Marqués de Valdecilla*, que tiene la condición de entidad del sector fundacional de la Comunidad de Cantabria (art. 94.4 de la Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria, en redacción introducida por Ley 9/2008, de 26 de diciembre, de Medidas).

<sup>83</sup> Cfr. artículo 24.6 de la Ley de Contratos del Sector Público. Es claro que los dos requisitos fundamentales exigidos por el derecho comunitario a los servicios *in house* se cumplen a rajatabla: a) la autoridad ejerce sobre las fundaciones sanitarias un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios —hospitales no personificados—, y b) esas fundaciones ejercen la parte esencial de su actividad —prestación de servicios sanitarios— para la autoridad pública de la que dependen. Por otra parte, ni en su dotación, ni en su patrimonio, intervienen sujetos privados. Esta doctrina, entre otras muchas, en la STJUE de 6 de abril de 2006, C-410/04, apdo. 24. En relación con la regulación de las fundaciones del sector público estatal, la aplicabilidad de este mecanismo lo había defendido GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, «Fundaciones de la Administración Pública», ob. cit., pp. 701-706. Con carácter general sobre esta técnica, J. M. GIMENO FELIU, *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público, de 30 de octubre de 2007, en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2010, pp. 101-125.

gresos extrapresupuestarios es irrelevante<sup>84</sup>. Los usuarios constituyen un mercado cautivo integrado por aquellos pacientes asignados a ese centro sanitario —tarjetas sanitarias—; la atención a otros pacientes resulta también menor. En estas condiciones, la idea de autonomía de gestión resulta paradójica. Mucho más la competencia con otros establecimientos sanitarios por la prestación de servicios, por la obtención de recursos públicos o por la captación de «clientes». El marco normativo actual impide cualquiera de estas situaciones; también la fuerza de la inercia.

Siendo así, descartadas las ventajas de la personificación y la falsa autonomía de gestión, lo que queda sobre la mesa es el coste añadido que supone cualquier forma personificada de gestión, que incorpora una carga burocrática que no tiene justificación. No tiene sentido un consejo de administración o un patronato para limitarse a cumplir las instrucciones de la Administración sanitaria; un gerente para gestionar un presupuesto sujeto al control de aquélla; unos servicios administrativos para dar forma a decisiones que deben tomarse como consecuencia de la condición de persona jurídica, pero que son papel mojado porque las decisiones las toma la Administración matriz. En estas condiciones, la personalidad jurídica y la autonomía formal son una carga inútil. Pero carga a fin de cuentas. Se entiende por ello los procesos de vuelta a la gestión directa no personificada de los hospitales que quedaron apuntados.

¿Significa esa conclusión que las fundaciones no pueden ser un medio adecuado para la gestión de los centros sanitarios públicos?

En modo alguno. Esa modalidad de persona jurídica puede servir para la prestación de servicios sanitarios, en especial complejos como los hospitalarios<sup>85</sup>. Pero las reglas de funcionamiento del servicio público deben cambiar

---

<sup>84</sup> Por ejemplo, pagos de compañías de seguros por asistencia a sus asegurados en centros sanitarios públicos, como en los casos de accidentes de tráfico.

<sup>85</sup> De hecho, en Inglaterra, de donde se tomó la idea de transformar los hospitales en fundaciones, se han seguido dando pasos para su consolidación. La «*Health and Social Care (Community Health and Standards) Act 2003*» diseña un nuevo instrumento de gestión de los hospitales públicos, el «*NHS foundations trust*», en los que pueden transformarse los hospitales estructurados como «*NHS trust*». En estos casos, el gobierno y gestión se traslada al ámbito local, que es donde se eligen los miembros del patronato u órgano de gobierno, quedando liberados del control y dirección de las autoridades centrales, y se les concede autonomía de gestión, financiera y tesorería. Su actividad queda sujeta a la supervisión de un nuevo organismo regulador denominado «*Monitor*», que, además, tiene la competencia para evaluar y, en su caso, aprobar la conversión de los hospitales en esta nueva estructura. En 2009, 109 centros hospitalarios, incluyendo los psiquiátricos, de un total de 225, se habían transformado en «*NHS foundations trust*». Ahora bien, lo importante de este planteamiento no es el régimen de autonomía que se reconoce a estos centros, sino sobre todo el proceso de descentralización que comporta y que contrasta con el modelo sanitario español, basado en el control autonómico absoluto.

de modo drástico. Es preciso que exista posibilidad de competencia entre prestadores de servicios sanitarios, sean públicos o sean privados —en este caso, acreditados—, de modo que, efectivamente, pugnen por la obtención de recursos públicos y sus resultados sean comparables. Pero, además, para que esa situación se produzca es imprescindible que los usuarios tengan libertad de elección de profesional, servicio y centro sanitario donde ser atendidos. Sólo de este modo tendrá sentido la autonomía de gestión y, con ella, la necesidad de personificar los establecimientos sanitarios para que sean centros de imputación de derechos y obligaciones. En todo caso, el cambio de reglas del que se habla se refiere a la prestación o gestión de los servicios sanitarios, no la universalidad ni a su financiación pública presupuestaria, que se puede y se debe mantener. Mientras esos cambios estructurales se producen —si es que se llegan a producir porque los mismos traerían consigo sus propias tensiones y conflictos—, las formas personificadas de gestión, incluyendo las fundaciones, resultan más una carga que un beneficio.

¿Qué hacer entonces? El problema del gasto sanitario persiste. A falta de otra clase de medidas, la eficiencia, la eficacia, el mejor equilibrio entre la atención a la necesidad sanitaria y la limitación de los recursos económicos, debe buscarse en las normas administrativas —que no son inmutables—, con las modulaciones y cambios que sean precisos —que no será la primera vez en el caso de la sanidad pública<sup>86</sup>—, pero sin quebrar el equilibrio privilegio-garantía en que se sustenta el ordenamiento administrativo. Lo que tiene poco sentido es continuar con cambios de lo organizativo que no cambian nada; que se basan en un prejuicio de lo administrativo pero que evitan los equilibrios propios de lo privado —el mercado, la libre competencia—, y de los que se desconocen sus ventajas porque no existen datos comparables. Al final lo que queda es un cambio recurrente de un disfraz por otro que nada aporta a la problemática que plantea la garantía pública de la asistencia sanitaria y social que demandan los ciudadanos.

---

<sup>86</sup> Una vez superado el debate sobre la sujeción o no de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas (de lo que dio cuenta M. BASSOLS COMA, «La contratación administrativa en el ámbito de la Seguridad Social», *Libro Homenaje a J. González Pérez*, Civitas, Madrid, 1991, tomo III, pp. 1756-1766), el legislador admitió algunas modulaciones del régimen general a favor de este servicio público. Así, un contrato menor *ad hoc* por razones de urgencia sanitaria (art. 158.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, hoy inserto en el art. 122.3 de la Ley de Contratos del Sector Público); un supuesto particular de procedimiento negociado [art. 159.2.f) del citado Texto Refundido, actual art. 156.c) de la Ley de Contratos del Sector Público]; y una modalidad de contrato de gestión de servicios públicos con una duración máxima de 10 años [art. 157.c) del Texto Refundido, el vigente art. 254.c) de la Ley de Contratos del Sector Público].

# El papel de las fundaciones en relación con las actividades y bienes culturales (\*)

Concepción Barrero Rodríguez

Catedrática de Derecho Administrativo  
Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. LA INEXISTENCIA DE LAS FUNDACIONES CULTURALES COMO CATEGORÍA JURÍDICA PROPIA.—II. LAS FUNDACIONES BAJO EL PROTECTORADO DEL MINISTERIO DE CULTURA: SU NECESARIA DEPURACIÓN EN APLICACIÓN DE LAS REGLAS LEGALES VIGENTES: 1. *Idea general sobre los fines fundacionales*. 2. *La heterogénea realidad existente bajo la etiqueta de «fundación cultural»*: A) El punto de partida: Son fundaciones culturales las vinculadas a las competencias propias de la «Administración de Cultura». B) Fundaciones con fines específicos y con fines genéricos. Consideraciones sobre la determinación del objeto fundacional. C) La concurrencia de la cultura con otros fines diversos en el objeto de las fundaciones. La *vis atractiva* del fin cultural. D) La calificación como culturales de fundaciones que manifiestamente carecen de esta condición. 3. *Conclusión: Las deficiencias en el control de los fines fundacionales ¿Un problema normativo o de aplicación del Derecho?*—III. LAS FUNDACIONES PROPIAMENTE CULTURALES: ¿UNA «ESCALA DEL INTERÉS GENERAL»? 1. *La diferente medida del interés general presente en estas fundaciones*. 2. *Intereses culturales expresamente reconocidos por la norma e intereses culturales difusos*. 3. *Consideración final*.—IV. FUNDACIONES Y BIENES CULTURALES: 1. *El papel de las fundaciones en la conservación y difusión de los bienes culturales*: A) Algunas ideas preliminares. B) La escasa significación de estas fundaciones en términos tanto cuantitativos como cualitativos. C) Las fundaciones ante el Patrimonio Histórico ¿Un posible protagonismo del que hoy carecen? 2. *Fundaciones con beneficiarios individualmente determinados y fundaciones del Patrimonio nacional: dos supuestos singulares dentro de las fundaciones con fines en el ámbito del Patrimonio Histórico*: A) Las fundaciones para la conservación del Patrimonio Histórico e interés particular. B) Las fundaciones del sector público; en especial, las fundaciones del Patrimonio nacional: a) Algunas consideraciones generales. b) Las fundaciones del Patrimonio nacional.—V. CONSIDERACIÓN FINAL.

---

(\*) Trabajo presentado al XVIII Congreso de la Asociación italo-española de Profesores de Derecho Administrativo celebrado en Bolonia en mayo de 2010 bajo el título «Forme private e interessi generali: quale ruolo per le fundazioni?».

He de hacer público mi agradecimiento por la inestimable ayuda prestada para la realización de este estudio a D.<sup>a</sup> Paloma Acuña, Directora General de la «Real Fundación de Toledo»; D. Gabriel Morate, Director del «Programa de conservación del Patrimonio Histórico Español» de la Fundación «Caja Madrid»; D. Carlos Paramés, Secretario General de la Asociación Española de Fundaciones; D. Alfredo Pérez de Armiñán, Presidente de la Fundación «Hispania Nostra», y D.<sup>a</sup> Ana Yáñez, Secretaria General de la Fundación «De Casas Históricas y Singulares».

## I. La inexistencia de las fundaciones culturales como categoría jurídica propia

Me propongo reflexionar en este estudio sobre las fundaciones que bien sea de manera exclusiva o en concurrencia con otros fines, tienen por objeto el desarrollo de cometidos en el ámbito de la cultura, fundaciones comúnmente conocidas, terminología que también emplearé aquí, como fundaciones culturales.

Ahora bien, importa dejar establecido que las fundaciones culturales no existen como categoría jurídica en el sentido de que no constituyen un grupo de fundaciones dotadas de un estatuto jurídico singular, cualidad que sí tuvieron cuando el Decreto 2930/1972, de 21 de julio, aprobó el Reglamento de Fundaciones culturales privadas y entidades análogas<sup>1</sup>, añadiendo así un nuevo régimen jurídico al ya confuso panorama normativo de esa época. La unificación del Derecho de fundaciones por la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones e Incentivos Fiscales al Mecenazgo, puso fin, sin embargo, a la diversidad de regímenes existentes hasta ese momento. A partir de entonces, y puesto que la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones del Estado vigente (LF) y las distintas normas autonómicas mantienen esta opción, las fundaciones, en lo que a su régimen jurídico se refiere, constituyen una categoría unitaria con independencia del fin al que sirvan. De esta forma, las fundaciones culturales no tienen hoy más consideración para el Derecho como grupo dotado de sustantividad propia que la que le aporta su adscripción al protectorado de cultura allí donde rige, como ocurre en el Estado, un modelo de protectorado diverso<sup>2</sup>. En efecto, el artículo 40.2 del RD 1337/2005, de

---

<sup>1</sup> Su artículo primero las definía como «aquellos patrimonios autónomos destinados primordialmente por sus fundadores a la educación, la investigación científica y técnica o cualquier otra actividad cultural y administrados sin fin de lucro por las personas a quienes corresponde su gobierno con arreglo a las prescripciones de sus Estatutos. Una vez constituidas regularmente, gozarán de personalidad de acuerdo con lo previsto en el número 1 del artículo 35 del Código Civil». Un comentario sobre el régimen previsto en esta disposición puede encontrarse en R. HUERTA HUERTA y C. HUERTA IZAR DE LA FUENTE (*Fundaciones. Régimen civil, administrativo y fiscal*, tomo I, Bosch, Barcelona, 1998, pp. 208-215).

Una norma posterior, el RD 1762/1979, de 25 de junio, delimitó las competencias de los Ministerios de Educación, Universidades e Investigación, de una parte, y de Cultura, de otra, sobre estas fundaciones estableciendo en su artículo 1 que «tendrán la consideración de Fundaciones culturales privadas aquellos patrimonios autónomos destinados exclusiva o primordialmente por sus fundadores al fomento de las artes o de las letras o de cualquier otra manifestación cultural, que no sea la educadora o investigadora, y administrados sin fin de lucro por las personas a quienes corresponde su gobierno con arreglo a las prescripciones de sus Estatutos».

<sup>2</sup> La opción por un sistema de protectorado único o diverso, que, a juicio del Consejo de Estado se sitúa en un plano de estricta oportunidad y pertenece a las potestades de autoorgani-

11 de noviembre, del Reglamento de Fundaciones del Estado, establece que «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». Un modelo seguido por algunas Comunidades Autónomas<sup>3</sup> aunque la mayoría han dispuesto la unificación del protectorado en un solo órgano de la Administración, sin perjuicio de las facultades atribuidas a los departamentos competentes en los ámbitos en los que las fundaciones desarrollen sus actividades<sup>4</sup>.

Se analiza seguidamente la realidad representada por las muchas fundaciones que se definen como culturales, dedicando especial atención a las que, por ser de competencia estatal, figuran inscritas en el Protectorado del Ministerio de Cultura<sup>5</sup>. El examen de estas fundaciones resulta de gran utilidad para valorar el estado actual del sector fundacional en España y su peso específico en la satisfacción de los intereses generales, al tiempo que constituye un buen banco de prueba para la determinación, en su caso, de las bondades y carencias del régimen vigente y de los problemas que su aplicación plantea.

---

zación propias de cada Administración (Dictámenes 2355/2001, de 18 de octubre, y 1248/2005, de 6 de octubre), no es pacífica, si bien es cierto que en la doctrina de nuestros días se aprecia una decantación clara en favor de su unidad. En tal sentido, y entre otros, J. L. PIÑAR MAÑAS [«El protectorado de fundaciones: situación actual y propuestas de reforma» en A. RUIZ OJEDA (coord.), *Manual de Fundaciones*, Civitas-Forum Galicia de Estudios Sociales, 1999, p. 89], M. A. CABRA DE LUNA (*El tercer sector y las fundaciones de España hacia el nuevo milenio*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1998, p. 518), opción que mantiene más tarde con 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 de Mecenazgo*, Iustel-Fundación ONCE, Madrid, 2005, pp. 524-530] o T. GONZÁLEZ CUETO (*Comentarios a la Ley de Fundaciones. Ley 50/2002, de 26 de diciembre*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 268-273).

<sup>3</sup> Como es el caso de Galicia en su Ley 12/2006, de 1 de diciembre (art. 47).

<sup>4</sup> Así lo han hecho las Leyes de Fundaciones 12/1994, de 17 de junio, del País Vasco (art. 36); 8/1998, de 9 de diciembre, de Valencia (art. 28); 10/2005, de 31 de mayo, de Andalucía (art. 44); y 1/2007, de 12 de febrero, de La Rioja (art. 41.2).

Esta es también la opción de las Comunidades de Canarias, Aragón o Cantabria recogida, respectivamente, en sus Decretos 188/1990, de 19 de septiembre (art. 1); 276/1995, de 19 de diciembre (art. 2.1) y 26/1997, de 11 de abril (art. 1).

<sup>5</sup> Protectorado actualmente dependiente de la Dirección General de Política e Industrias Culturales de acuerdo con la estructura básica de este Ministerio establecida por el RD 1132/2008, de 4 de julio.

## II. Las fundaciones bajo el protectorado del Ministerio de Cultura: Su necesaria depuración en aplicación de las reglas legales vigentes

### 1. *Idea general sobre los fines fundacionales*

Las fundaciones sirven al interés general. Esta es una afirmación incuestionable con tan solo atender a lo establecido por la Constitución de 1978, la primera en la historia del constitucionalismo español que, en un hecho que se llegó a calificar de «insólito»<sup>6</sup>, reconoce en su artículo 34 «el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la Ley»<sup>7</sup>. La adscripción al interés general constituye, pues, uno de los ejes esenciales de la institución y así figura en la definición que nos ofrece el artículo 2.1 de la LF como «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»<sup>8-9</sup>. Son muchas, desde luego, las cuestiones relevantes que

<sup>6</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, «Estudio previo» en VV.AA., *Comentario a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. XXV.

<sup>7</sup> Los comentarios al precepto son muy numerosos. Así, y a título puramente ilustrativo, pueden verse los de J. L. PIÑAR MAÑAS («Las fundaciones y la Constitución española», *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, tomo II, Civitas, Madrid, 1991, pp. 1301-1336), S. MUÑOZ MACHADO («Las Fundaciones en la Constitución» en R. DE LORENZO GARCÍA y M. A. CABRA DE LUNA, *Presente y futuro de las Fundaciones*, Civitas-Fundación ONCE, Madrid, 1990, pp. 19-32) o A. SERRA RODRÍGUEZ [«Capítulo 2» del *Tratado de Fundaciones*, J. M. BENEYTO PÉREZ (dir.), Bosch, Barcelona, 2007, pp. 69-134].

<sup>8</sup> V. MARTÍN SANZ, entre otros autores, ha insistido en la importancia de la consideración de la fundación como una organización. Una noción superadora de la concepción tradicional que «aludía a estas entidades como patrimonio o masas de bienes afectados a un fin de interés público o de interés general» [voz «Fundaciones», S. MUÑOZ MACHADO (dir.) *Diccionario de Derecho Administrativo*, tomo I, Iustel, Madrid, 2005, p. 1315]. No obstante, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 49/1988, de 22 de marzo, había manifestado, a propósito del artículo 34 de la Constitución, que el precepto recoge «el concepto de fundación admitido de forma generalizada entre los juristas y que 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».

Omiso no obstante, por entender que excede del objeto propio de este estudio, el análisis del propio concepto de fundación. Me remito sobre el particular al Capítulo II de la obra de J. C. ALLÍ TURRILLAS, *Fundaciones y Derecho Administrativo* (Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010).

<sup>9</sup> Definición que reproducen, en términos más o menos similares, las Leyes autonómicas. Artículos, entre otros, 1.1 de la Ley 2/1998, de 6 de abril, de Fundaciones de Canarias; 1.2 de la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Andalucía; 2 de la Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de Fundaciones de interés gallego; 1.2 de la Ley 1/2007, de 12 de febrero, de La Rioja, o 331-I.1 del Código civil de Cataluña, aprobado por la Ley 4/2008, de 24 de abril. En el *Anuario de Derecho de Fundaciones* publicado en 2009 por la Asociación Española de Fundaciones, Iustel y La Caixa, puede encontrarse síntesis y comentario de la normativa de cada Comunidad Autónoma.

plantea una definición en la que se hace patente la tensión consustancial a una figura en la que convergen Derecho Privado y Derecho Público; el derecho, de una parte, a fundar y consiguiente respeto a la voluntad del fundador, y la necesidad, de otra, de una intervención administrativa que surge del interés general<sup>10</sup>, elemento en el que centraré mi atención.

El concepto de «interés general» presente en el artículo 34 de la Constitución ha sido objeto de numerosas interpretaciones coincidentes, no obstante, a la hora de manifestar la amplitud de la fórmula empleada por el precepto. La cláusula, afirma E. García de Enterría, «es abierta» de tal forma que «el principio de tipificación de las Fundaciones ha desaparecido», lo que significa que «vale constituir Fundaciones para cualquier fin, siempre que sea de interés general»<sup>11</sup>. Han de reconocerse sin embargo, como destaca entre otros F. Morillo González<sup>12</sup>, las dificultades que pueden presentarse en la determinación de este concepto, de ahí que no hayan faltado estudios, como los de M. A. Cabra de Luna<sup>13</sup> o A. B. Casares<sup>14-15</sup>, conducentes a una mayor concreción, ni tampoco los destinados, como son los de F. Tomas y Valiente<sup>16</sup>, J. L. Lacruz Berdejo<sup>17</sup> o M.<sup>a</sup> T. Carballeira<sup>18</sup>, a poner de manifiesto las consecuencias derivadas

<sup>10</sup> Idea suficientemente destacada por la doctrina de los últimos años —entre otros, por J. L. PIÑAR MAÑAS y A. REAL PÉREZ (*Derecho de Fundaciones y voluntad del fundador*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 36-37) o por M. VAQUER CABALLERÍA (*La acción social, Un estudio sobre la actualidad del Estado social de Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 210)— y que se encargan de poner de manifiesto los propios Preámbulos de las Leyes de Fundaciones como puede, por ejemplo, comprobarse en el de la Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de Fundaciones de Interés Gallego.

<sup>11</sup> «Constitución, Fundaciones y sociedad civil», *Revista de Administración Pública*, n.º 122, 1990, pp. 246 y 247. En el mismo sentido puede verse el capítulo de igual título en R. DE LORENZO GARCÍA y M. A. CABRA DE LUNA, *Las Fundaciones y la sociedad civil* (Civitas-Fundación ONCE, 1992, pp. 32 y 33).

<sup>12</sup> *El proceso de creación de una fundación*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, p. 32.

<sup>13</sup> *El tercer sector y las fundaciones de España hacia el nuevo milenio*, ob. cit., p. 249.

<sup>14</sup> «Capítulo 4.º» *Tratado de Fundaciones*, J. M. BENEYTO PÉREZ (dir.), ob. cit., pp. 229-230.

<sup>15</sup> Otros autores se han acercado también al concepto de «interés general» en el ámbito de las fundaciones como son, entre otros, los casos de M.<sup>a</sup> T. CARBALLEIRA RIVERA (*Fundaciones y Administración Pública*, Atelier, Barcelona, 2009, p. 45) o T. GONZÁLEZ CUETO (*Comentarios a la Ley de Fundaciones. Ley 50/2002, de 26 de diciembre*, ob. cit., p. 59).

<sup>16</sup> «Estudio previo» en VV.AA., *Comentario a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, ob. cit., p. XXX.

<sup>17</sup> «Aportación para una futura Ley de Fundaciones» (*Hacia un estatuto de las fundaciones en España*, Centro de Fundaciones, Madrid, 1979, pp. 117-119) y «Las fundaciones en la Constitución española de 1978» (*Anuario de Derecho civil*, tomo XXV, Fascículo III, 1984, pp. 1461 y 2).

A su opinión se ha sumado, años después, M.<sup>a</sup> T. CARRANCHO HERRERO, *La constitución de fundaciones* (Bosch, Barcelona, 1997, pp. 89-91).

<sup>18</sup> *Fundaciones y Administración Pública*, ob. cit., pp. 47-51.

de la sustitución de la expresión «interés público» del artículo 35 del Código civil por la de «interés general» de la norma constitucional. En cualquier caso, y como con razón advirtiera J. L. Piñar, la cuestión relativa a esta distinción «no merece mayores esfuerzos» dado que «en la práctica, al fin y a la postre, poco importa distinguir si el interés es público o general. Lo importante es que el fin de la fundación represente un beneficio para la comunidad»<sup>19</sup>. La polémica es, además, innecesaria a nuestros efectos si se tiene en cuenta, como afirman el propio J. L. Piñar y A. Real, que los culturales aparecen entre esos «fines arquetípicos que han identificado históricamente a las fundaciones»<sup>20</sup>. Los culturales figuran, además, en las largas listas de fines posibles de estas entidades que, con un carácter puramente enunciativo, ofrecen el artículo 3.2 LF y las distintas Leyes autonómicas que las regulan<sup>21</sup>.

## 2. *La heterogénea realidad existente bajo la etiqueta de «fundación cultural»*

Ahora bien, ¿qué hacen realmente las fundaciones incluidas bajo el rótulo genérico de fundaciones culturales?; ¿qué tienen, en su caso, en común?; ¿qué es lo que, en definitiva, permite considerar que forman un grupo homogéneo si es que realmente tal homogeneidad existe?

### A) *El punto de partida: Son fundaciones culturales las vinculadas a las competencias propias de la «Administración de Cultura»*

La respuesta a las preguntas formuladas parece, en principio, fácil. El elemento que unifica a estas fundaciones no es otro que el de su inserción en el ámbito de la cultura, un concepto amplio y de fronteras no bien definidas que ha sido objeto, desde la perspectiva del Derecho, de especial atención por M. Vaquer<sup>22</sup> y, sobre todo, por J. Prieto de Pedro<sup>23</sup>. Ahora bien, no creo que tenga sentido profundizar en el alcance de una noción controvertida y de difícil aprehensión. Dado que el único reconocimiento que las fundaciones culturales tienen en el Derecho vigente es el que deriva de su adscripción al protectorado del Ministerio de Cultura, parece lógico partir de la concreción que

<sup>19</sup> VV.AA., *Comentario a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, ob. cit., p. 10.

<sup>20</sup> *Derecho de Fundaciones y voluntad del fundador*, ob. cit., p. 109.

<sup>21</sup> Entre otros, artículos 3.1 de la Ley de Fundaciones de Valencia, 4.1 de la Ley gallega, 3.1 de la Ley de Andalucía, o 3.1 de la Ley de La Rioja.

<sup>22</sup> *Estado y cultura: La función cultural de los Poderes públicos en la Constitución española*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, en especial, pp. 91-106.

<sup>23</sup> *Cultura, culturas y Constitución*, Congreso de los Diputados-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, en particular, pp. 193-211.

surge de la vinculación del objeto fundacional con las competencias propias de este Ministerio en los términos fijados por el RD 1132/2008, de 4 de julio <sup>24</sup>, o, en el caso de las fundaciones autonómicas, con las competencias de los órganos que tengan conferidas las atribuciones en esta materia. Este es el camino que podrá, en su caso, confirmarnos que las fundaciones culturales constituyen una categoría dotada de características propias. Esta es, además, la vía que nos permitirá valorar hasta qué punto las fundaciones se constituyen y cumplen realmente con un fin de interés general y la que nos permitirá analizar cómo y en qué medida la Administración controla que ello es efectivamente así. El estudio de la realidad representada por estas fundaciones constituye, finalmente, un buen punto de partida para el análisis y valoración del Derecho de fundaciones vigente.

El examen de las fundaciones inscritas en el Protectorado del Ministerio de Cultura, así como el de algunas de las muchas autonómicas, revela la extraordinaria riqueza del terreno en el que nos movemos. Algunos datos corroboran la importancia en número de las fundaciones culturales y, en general, del sector fundacional <sup>25</sup>. En España existen actualmente unas 12.000 fundaciones inscritas en los más de 40 organismos que, tanto en la Administración del Estado como en la de las Comunidades Autónomas, ejercen el protectora-

---

<sup>24</sup> Su artículo 1 establece que este es el Ministerio encargado de la «propuesta y ejecución de las directrices generales del gobierno sobre la política cultural». En particular, «le corresponden la promoción, protección y difusión del patrimonio histórico español, de los museos estatales y de las artes plásticas y audiovisuales; el fomento del libro y la lectura, el estímulo a la creación literaria y la promoción, la protección y difusión de los archivos y bibliotecas estatales; la modernización y gestión de las instituciones culturales de la Administración general del Estado y, en particular, de los museos y archivos de titularidad estatal; la promoción, protección y difusión de las artes escénicas, la música, la danza y el circo; la promoción, protección y difusión de las actividades cinematográficas y audiovisuales de producción, distribución y exhibición; la promoción de industrias culturales, la defensa y protección de la propiedad intelectual y el protectorado y la promoción de las fundaciones culturales; el impulso de las acciones de cooperación cultural y, en coordinación con el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, las relaciones internacionales en materia de cultura, así como el seguimiento de las actuaciones de la Unión Europea en este ámbito».

<sup>25</sup> Sobre la «evolución temporal de las Fundaciones españolas» puede verse el epígrafe de este mismo título de la monografía de I. DOMÍNGUEZ, J. CERRATO e I. GARCÍA *La realidad de las fundaciones en España. Análisis sociológico, psicosocial y económico* (Fundación Marcelino Botín, Santander, 2001, pp. 99-104). En los estudios de C. PARAMÉS MONTENEGRO, «Las fundaciones en España» y J. CERRATO ALLENDE, «Aspectos sociológicos de las fundaciones: El interés general entre la estructura jurídico formal y la actitud psicosocial» pueden encontrarse otros datos de interés sobre el particular [«Capítulos 29 y 30», respectivamente, del *Tratado de Fundaciones*, J. M. BENEYTO PÉREZ (dir.), ob. cit., pp. 1488-1500 y 1547-1552].

En el *Directorio de Fundaciones españolas* publicado por la Asociación Española de Fundaciones citado, pueden encontrarse igualmente datos de interés sobre el extraordinario auge experimentado por las fundaciones en los últimos años.

do, fundaciones que generan cerca de 300.000 empleos y destinan a fines de interés general una cifra que ronda los 8.000 millones de euros anuales <sup>26</sup>. En el Directorio de Fundaciones editado en 2007 por la Asociación Española de Fundaciones aparecen más de 1.300 que asumen fines culturales <sup>27</sup>. En marzo de 2010, el número de las inscritas en el protectorado del Ministerio de Cultura era aproximadamente de 885. En estas fundaciones he centrado básicamente mi atención. Me he ocupado concretamente de su análisis desde una perspectiva funcional, del estudio de lo que hacen, de aquello para lo que realmente sirven, estudio que me ha permitido constatar las grandes diferencias que presentan en los términos que seguidamente se exponen.

B) *Fundaciones con fines específicos y con fines genéricos.*

*Consideraciones sobre la determinación del objeto fundacional*

Existen fundaciones con un objeto preciso y bien delimitado ligado normalmente al recuerdo de algún acontecimiento histórico <sup>28</sup>, a la memoria y difusión de la obra de personas relevantes <sup>29</sup>, a la investigación en ámbitos muy concretos <sup>30</sup> o a la custodia y puesta en valor de alguna colección pictórica u otros bienes de interés <sup>31</sup>. Y existen fundaciones, es lo normal en las constituidas en los últimos años, con fines absolutamente abiertos e indeterminados que, por consiguiente, permiten albergar objetivos concretos muy diversos. Tal

<sup>26</sup> Datos aportados por M. REY en «¿Por qué un Instituto de análisis estratégico de Fundaciones?», *Cuadernos de la Asociación Española de Fundaciones*, n.º 19, marzo 2010, p. 2.

<sup>27</sup> Fines, a su vez, muy diferentes como son, entre otros, la organización de conciertos, exposiciones u obras de teatro, la gestión de museos, la creación y mantenimiento de centros culturales, la difusión y promoción del arte, o la conservación del Patrimonio Histórico.

<sup>28</sup> Por ejemplo, Fundaciones «28 F» (N.º de Registro 831) o «San Roque tercer centenario» (N.º de Registro 543).

<sup>29</sup> Entre otras, Fundaciones «Antonio Machado» (N.º de Registro 81), «Victoria y Joaquín Rodrigo» (N.º de Registro 407), «Delegación de la Fundación internacional Jorge Luis Borges» (N.º de Registro 617), «Alberto Schommer» (N.º de Registro 646), «Archivo Manuel de Falla» (N.º de Registro 112), «Almine y Bernard Ruiz-Picasso para el Arte» (N.º de Registro 510), «Alejandro de la Sota» (N.º de Registro 320), «Gala Salvador Dalí» (N.º de Registro 65) o «León Felipe» (N.º de Registro 643).

<sup>30</sup> Ya sea, entre los numerosos ejemplos que pueden ofrecerse, el flamenco (Fundación «Conservatorio flamenco Casa Patas», N.º de Registro 416), el legado histórico y cultural templario (Fundación «De la orden de los templarios», N.º de Registro 871), la historia de la corona de Castilla (Fundación «Instituto de Estudios castellanos», N.º de Registro 74) o la del antiguo Egipto (Fundación «Para la divulgación e investigación del antiguo Egipto», N.º de Registro 669).

<sup>31</sup> Casos, entre otros, de las Fundaciones que tienen por objeto el mantenimiento de un museo —Fundaciones «Museo Cerralbo» (N.º de Registro 3), «Museo Evaristo Valle» (N.º de Registro 36) o «Museo Sorolla» (N.º de Registro 5)— o de las articuladas en torno a otros bienes como las Fundaciones «Silos» (N.º de Registro 528) o «Mer» (N.º de Registro 875).

ocurre cuando los estatutos declaran que la fundación tiene fines «culturales»<sup>32</sup>, cuando establecen que su objeto es la «promoción y desarrollo de toda clase de iniciativas culturales y artísticas, en su más amplia acepción»<sup>33</sup> o cuando, incluso, disponen que su fin coincide con «el próspero desenvolvimiento de la vida de la comunidad en que se asienta su fundador»<sup>34</sup>, con «la satisfacción de necesidades espirituales, emocionales y existenciales»<sup>35</sup>.

Nuestro Derecho no impone a los estatutos una delimitación concreta y precisa de los fines de la fundación. Las Leyes de Fundaciones se limitan a recoger, entre el contenido mínimo de los estatutos, «los fines fundacionales» sin mayor especificación sobre el particular<sup>36</sup>, a diferencia, por cierto, de lo que hace la LO 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación, cuyo artículo 7.1.d) sí exige a los estatutos la determinación de «los fines y actividades de la asociación descritos de forma precisa»<sup>37</sup>. Algunas disposiciones recientes de rango reglamentario muestran, no obstante, algún indicio del interés de la norma por una mayor concreción de esos fines. Son los casos de los artículos 2 del Decreto 32/2008, de 5 de febrero, de Fundaciones de Andalucía, y 3.2 del Decreto 14/2009, de 21 de enero, de Fundaciones de Interés gallego, que exigen que los estatutos determinen «los fines específicos, de entre los previstos legalmente», que vaya a satisfacer la fundación. Ahora bien, no queda del todo claro que con este requisito estén efectivamente imponiendo la obligación de fijar de forma precisa los fines de la entidad. Puede ser, por el contrario, que estén expresando simplemente la necesidad de que los estatutos indiquen cuáles de los fines genéricos del amplio listado que las Leyes establecen<sup>38</sup> —fines culturales, educativos, científicos, deportivos, sanitarios, etc.—, van a atender. De ser así, ningún avance supondrían estas normas en relación

---

<sup>32</sup> Por ejemplo, Fundaciones «Torat Moshe» (N.º de Registro 723) o «Arte y Gastronomía» (N.º de Registro 581).

<sup>33</sup> Fundación ACS (N.º de Registro 468).

<sup>34</sup> Fundación «Caja Cantabria» (N.º de Registro 280).

<sup>35</sup> Fundación «Al Andalus» (N.º de Registro 365).

<sup>36</sup> Artículos 11 LF y artículos, por ejemplo, 7.1.b) de la Ley del País Vasco, 7.b) de la de Canarias, 12.1.b) de la Ley de Andalucía o 12.1.b) de la Ley gallega.

Así resulta, además, de disposiciones precedentes. El artículo 7 del Decreto de Fundaciones culturales privadas de 1972 se refería escuetamente, en el contenido de los estatutos, a «su objeto».

<sup>37</sup> Así sucede también en un ámbito muy distinto como es el Derecho de Sociedades. El artículo 23 del RDLeg 1/2010, de 2 de julio, del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, recoge entre las previsiones que han de contener los estatutos, «el objeto social determinando las actividades que lo integran».

<sup>38</sup> Artículos 3 de la Ley de Fundaciones de Andalucía y 4 de la Ley de Fundaciones de Interés Gallego.

con lo dispuesto por la Ley de Fundaciones del Estado y las propias Leyes de estas Comunidades Autónomas.

Las previsiones legales que permiten la fijación de los fines de la fundación en términos amplios y genéricos han merecido valoraciones diversas por la doctrina, si bien preponderan las positivas<sup>39</sup>. Autores como F. Morillo<sup>40</sup>, R. Verdera<sup>41</sup> o J. L. Piñar<sup>42</sup> vienen destacando, no obstante, las ventajas que para la propia eficacia de las fundaciones podrían derivarse de una mayor concreción. Probablemente la regla legal que comentamos presente ventajas e inconvenientes. Qué duda cabe que una determinación genérica de los fines fundacionales flexibiliza la actuación de la entidad y facilita su adaptación a nuevas necesidades sin tener que pasar por una modificación estatutaria. Ahora bien, es cierto también que la falta de precisión del objeto de la fundación presenta el riesgo de que no se sepa realmente cuál es el interés general al que efectivamente sirve. La indeterminación en los fines tampoco facilita la eficacia de la entidad en la medida en que puede propiciar el desarrollo de actividades en exceso dispersas cuya contribución real a la consecución del interés general termine siendo insignificante, cuando no inexistente<sup>43</sup>.

Una definición más precisa de los fines contribuiría, quizá, a superar la cierta confusión que hoy se aprecia en muchos estatutos entre los objetivos que la fundación persigue y las actividades propuestas para su consecución, con el resultado de que se califican como fines los que, en puridad, constituyen medios para su logro y con la consecuencia también de que se recogen actividades que, más bien, parecen contar con la condición de un auténtico fin<sup>44</sup>. Por ejemplo, «la superación del racismo y la xenofobia, de cualquier dis-

---

<sup>39</sup> En tal sentido, J. CAFFARENA [«La constitución de las fundaciones», en S. MUÑOZ MACHADO, M. CRUZ AMORÓS y R. DE LORENZO GARCÍA (dirs.), *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, ob. cit., p. 127] y T. GONZÁLEZ CUETO (*Comentarios a la Ley de Fundaciones. Ley 50/2002, de 26 de diciembre*, ob. cit., p. 107).

<sup>40</sup> *El proceso de creación de una fundación*, ob. cit., p. 121.

<sup>41</sup> «Comentario al artículo 3», J. OLAVARRÍA IGLESIA (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Tirant lo Blanch-Universidad de Valencia, Valencia, 2008, p. 117.

<sup>42</sup> VV.AA., *Comentario a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, ob. cit., p. 17.

<sup>43</sup> I. CAMUÑAS, que fuera presidente de la Asociación Española de Fundaciones, ha puesto de manifiesto en este sentido como «solo resistirán y se acreditarán con el tiempo aquellas fundaciones que tengan programas claros y objetivos bien definidos» («Introducción» al *Directorio de Fundaciones españolas*, Asociación Española de Fundaciones, Madrid, 2007, p. 12).

Vid. también sobre el particular las reflexiones de J. M. MORAN [«Capítulo 26» del *Tratado de Fundaciones*, J. M. BENEYTO PÉREZ (dir.), ob. cit., pp. 1386-1390] o M. REY [«¿Por qué un Instituto de análisis estratégico de Fundaciones?», ob. cit., p. 2, y «Nuevas tendencias y retos en la gestión de las fundaciones» (*Cuadernos de la Asociación Española de Fundaciones*, n.º 9, 2006, p. 22)].

<sup>44</sup> S. DE SALAS MURILLO, en relación con las asociaciones sin ánimo de lucro pero en un

criminación por razón de sexo, creencias o principios filosóficos» no son, como afirma algún estatuto, «actividades a realizar» por la fundación, son sus fines <sup>45</sup>. Por el contrario, la organización de congresos o la edición de publicaciones no son, como declaran otros estatutos, fines de la entidad sino medios para su cumplimiento <sup>46</sup>.

Una mejor delimitación de los fines ayudaría también a asegurar esa adecuada correlación, con la que no siempre se cumple, entre fines asumidos y actividades previstas para su realización. No son pocos los estatutos en los que se aprecia una cierta desproporción entre los ambiciosos objetivos atribuidos a las fundaciones y la forma en la que se proponen satisfacerlos <sup>47-48</sup>.

Una mayor concreción, finalmente, de los fines facilitaría el ejercicio por la Administración de su potestad de verificación de la existencia de un interés general, así como de su clasificación a los efectos de determinar el protectorado competente.

---

conjunto de consideraciones plenamente aplicables en este ámbito, ha insistido en la necesidad de deslindar con claridad entre el fin u objetivo perseguido por la asociación, «fin mediato», y el conjunto de actividades a realizar para la consecución de ese fin, «el fin inmediato» (*Las asociaciones sin ánimo de lucro en el Derecho español*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, pp. 163-8).

<sup>45</sup> Es el caso de la Fundación «De Estudios e intervención social y Cooperación. Fundecois» (N.º de Registro 670). Otro ejemplo de este fenómeno puede encontrarse en la Fundación «Arthis» (N.º de Registro 872).

<sup>46</sup> Manifestaciones de esta idea pueden verse en los estatutos, entre otros, de las Fundaciones «Diego de Sagredo» (N.º de Registro 353), «De análisis e iniciativas socialdemócratas —Fasid—» (N.º de Registro 729), «Infancia hoy» (N.º de Registro 597), «Instituto de historia social» (N.º de Registro 251), «Instituto internacional del teatro del mediterráneo» (N.º de Registro 189), «KPMG» (N.º de Registro 698), «Seur» (N.º de Registro 591), «Scherzo» (N.º de Registro 463) o «Centro nacional del vidrio» (N.º de Registro 148).

<sup>47</sup> Por ejemplo, los estatutos de la Fundación «Titanic» (N.º de Registro 749) creada en 2007 con el «fin fundamental» de concienciar «a las autoridades internacionales, nacionales, autonómicas y locales para que naufragios como el del Titanic no se vuelvan a producir evitando víctimas mortales en la mar, viajen en trasatlánticos de lujo, buques mercantes, pesqueros, embarcaciones de recreo o en simples pateras» prevén para el cumplimiento de estos objetivos, y como actividades propias de la entidad, la organización de exposiciones itinerantes con objetos procedentes del naufragio, la conservación de este patrimonio, la organización de conferencias y la publicación de libros o documentales sobre el hundimiento del barco. Sin negar, por supuesto, el valor e interés de estas actuaciones, parece razonable dudar sobre su eficacia real como elemento de concienciación de las autoridades sobre la seguridad marítima.

Otros ejemplos de esta idea nos los ofrecen las Fundaciones «Larcovi para el desarrollo» (N.º de Registro 662), «Ciudadanía y buen gobierno» (N.º de Registro 575) o «Planeta vivo» (N.º de Registro 225).

<sup>48</sup> S. DE SALAS MURILLO se ha referido también a esta cuestión en relación con las asociaciones (*Las asociaciones sin ánimo de lucro en el Derecho español*, ob. cit., pp. 168-171).

En definitiva, quizá sea oportuna la reflexión sobre la posible exigencia normativa a las fundaciones de una determinación más precisa de sus fines, así como una valoración sobre la adecuación de sus actividades a la naturaleza de esos fines, extremo, éste último, sobre el que nada dispone actualmente el Derecho de Fundaciones.

C) *La concurrencia de la cultura con otros fines diversos en el objeto de las fundaciones. La vis atractiva del fin cultural*

El análisis de las fundaciones bajo el protectorado del Ministerio de Cultura permite comprobar también cómo la mayoría de ellas presentan un objeto heterogéneo. Nuestras normas no establecen un principio de especialidad de fines; hacen posible, por el contrario, que las fundaciones puedan desplegar simultáneamente su actividad en sectores muy diferentes. No obstante, y como se encargan de aclarar la mayoría de los estatutos, tener muchos fines no significa que tengan que cumplir con todos ellos ni atenderlos en igual medida<sup>49</sup>. Es, desde luego, difícilmente imaginable, salvo en fundaciones muy bien dotadas económicamente, que una entidad de esta naturaleza pueda satisfacer con un mínimo grado de eficacia e impacto social<sup>50</sup> fines en ámbitos tan distintos como la cultura, la educación, el medio ambiente, la cooperación al desarrollo o la atención a colectivos desfavorecidos, que pueda realmente, y entre otras actividades, crear y poner en funcionamiento hospitales y eco-aldeas para el desarrollo del turismo<sup>51</sup>, establecer y mantener centros de orientación al trabajo, de salud o educativos<sup>52</sup>. Hay que aceptar que pertenece al propio ámbito de decisión de la fundación la concentración de sus esfuerzos y recursos en la satisfacción de un solo fin o su adscripción, como es normal en la actualidad, a objetivos diversos. De todas formas, debe tenerse presente también que a la Administración le incumbe en el proceso de constitución de la fundación el control, en términos del artículo 35.1.a) LF, de «la suficiencia dotacional», que, no obstante, se presume a partir de los 30.000 euros<sup>53</sup>.

<sup>49</sup> Así puede comprobarse en los estatutos, entre otros muchos, de las Fundaciones «ACS» (N.º de Registro 468), «Camino de Santiago» (N.º de Registro 453), «Instituto Campomanes de Estudios medievales» (N.º de Registro 625) o «Juán March» (N.º de Registro 11).

<sup>50</sup> La evaluación del impacto social de las fundaciones constituye, no obstante, un tema difícil e interesante que, en buena medida, se encuentra por hacer. *Vid.* sobre el particular, D. BONBRIGHT, «La evaluación del impacto social» (*Cuadernos de la Asociación Española de Fundaciones*, n.º 13, 2008, pp. 2-5).

<sup>51</sup> Fines asumidos por la Fundación «Magec» (N.º de Registro 576).

<sup>52</sup> Fines declarados a «título meramente enunciativo», y entre otros, por la Fundación «Obra social y cultural Sopena (Oscus)» (N.º de Registro 586).

<sup>53</sup> Artículo 12.1 LF. Si la dotación es inferior, «el fundador deberá justificar su adecuación y suficiencia a los fines fundacionales mediante la presentación del primer programa de actua-

En todo caso, y volviendo a la idea originaria, cabe insistir en que lo usual es que junto al cumplimiento de fines culturales las fundaciones bajo el protectorado del Ministerio de Cultura desempeñen otros muchos cometidos en ámbitos como el deporte <sup>54</sup>, la defensa del medio ambiente <sup>55</sup>, la lucha contra la pobreza <sup>56</sup>, la cooperación al desarrollo <sup>57</sup> o la atención a personas mayores <sup>58</sup>. Fundaciones de esta naturaleza demuestran la clara *vis atractiva* que el fin cultural parece ejercer a la hora de determinar el Ministerio llamado a desarrollar su protectorado, pero demuestran además, y en muchos casos, la falta de precisión del Registro de Fundaciones en el ejercicio de su potestad de decidir, en aplicación del artículo 40.2 del RD 1337/2005, de 11 de noviembre, del Reglamento de Fundaciones estatales, el protectorado competente «a la vista del fin principal de la fundación establecido en sus estatutos». Una regla que no siempre parece cumplirse.

D) *La calificación como culturales de fundaciones que manifiestamente carecen de esta condición*

Es más, en el protectorado del Ministerio de Cultura aparecen fundaciones cuyo objeto definido y preciso las incardina con claridad en el ámbito de las competencias de otros Ministerios de cuyos protectorados, por consiguiente, deberían formar parte. Son los casos, entre los numerosos ejemplos que pueden ofrecerse, de la Fundación «Visión Mundi» <sup>59</sup> cuyo objeto es la lucha contra la ceguera o de la Fundación «Dental española» <sup>60</sup> para la promoción de la salud buco-dental. En supuestos como éstos es evidente que existe un incumplimiento claro de las reglas que en nuestro Derecho determinan la adscripción de las fundaciones a un protectorado u otro.

---

ción, junto con un estudio económico que acredite su viabilidad utilizando exclusivamente dichos recursos».

<sup>54</sup> Por ejemplo, Fundaciones «Zintzoki Cultura y Deporte» (N.º de Registro 813), «Idea» (N.º de Registro 539) o «Socio cultural del baloncesto» (N.º de Registro 778).

<sup>55</sup> Son los casos de Fundaciones como «ACS» (N.º de Registro 468), «Ecosfera» (N.º de Registro 304) o «Vallelongo» (N.º de Registro 341).

<sup>56</sup> Fundación, por ejemplo, «Benefic Mail Foundation» (N.º de Registro 663).

<sup>57</sup> Casos, entre otros, de la Fundación «Artecovi» (N.º de Registro 683).

<sup>58</sup> Por ejemplo, Fundación «Tomas Muñoz» (N.º de Registro 753).

<sup>59</sup> N.º de Registro 608.

<sup>60</sup> N.º de Registro 317.

### **3. *Conclusión: Las deficiencias en el control de los fines fundacionales ¿Un problema normativo o de aplicación del Derecho?***

En definitiva, las fundaciones actualmente pertenecientes al protectorado del Ministerio de Cultura integran un conjunto extraordinariamente variado. Es claro que su heterogeneidad encuentra fundamento en la propia extensión del concepto «cultura». Ahora bien, en la consideración como culturales de fundaciones cuyo objeto prioritario no viene dado por fines de esta naturaleza o, incluso, de fundaciones cuyos fines se encuentran enteramente al margen de la cultura, quizá exista, también, un incorrecto ejercicio por el Registro de Fundaciones de sus potestades de determinación, en expresión del artículo 40.2 del Reglamento de Fundaciones estatales, del protectorado competente 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». Si se ha optado por un modelo de protectorado múltiple, habrá que cumplir sencillamente con sus reglas y principios propios. Evidentemente podrá objetarse que la adscripción del protectorado a un Ministerio u otro termina por ser indiferente en la medida en que el régimen de las fundaciones es en la actualidad un régimen uniforme. Ello es cierto, pero también lo es que por la vía de integrar en el Protectorado de cultura a fundaciones que deberían quedar incardinadas en otros distintos, se puede producir una alteración de las reglas que rigen el reparto de competencias entre los distintos Ministerios en la que quizá no se haya reparado suficientemente. Además, ha de tenerse en cuenta otro dato importante. Y es que ese régimen común se refiere básicamente al procedimiento de constitución de las fundaciones y al control de una serie de actos realizados por sus patronatos. La actividad de la entidad quedará sometida a la legislación sectorial que proceda y al control de los órganos de la Administración que tengan encomendada su aplicación, como de hecho establece para las asociaciones el artículo 13.1 de la LO 1/2002, de 22 de marzo. De esta forma, fundaciones que junto a los fines culturales desarrollan básicamente sus actividades en los ámbitos del medio ambiente o la cooperación al desarrollo, por citar los casos más comunes de concurrencia, quedarán bajo el control de los órganos competentes en estas materias, mientras que deberán rendir cuentas, lo que no deja de resultar un tanto sorprendente, ante el Protectorado de cultura.

La necesidad de una actuación administrativa más precisa no es, desde luego, incompatible con el reconocimiento de las insuficiencias que nuestro ordenamiento pueda, en su caso, presentar. En efecto, quizás fuera oportuno que nuestras normas exigieran a los estatutos una mejor definición de los fines de la fundación y de las actividades que se proponen realizar para su consecución.

La delimitación de fines en términos amplios y genéricos impide, en muchos casos, a la Administración determinar cuál de ellos es el principal y, por consiguiente, aplicar correctamente la regla establecida por el citado artículo 40.2 del Reglamento estatal de Fundaciones. En otros términos, la asignación del protectorado «a la vista del fin principal de la fundación establecido en sus estatutos» quizá exija una concreción en los fines que nuestras normas no imponen y en la realidad no existe.

### III. Las fundaciones propiamente culturales: ¿Una «escala del interés general»?

Si dejamos de lado las muchas fundaciones que sólo muy dudosamente pueden ser consideradas culturales o que, incluso, manifiestamente no lo son y centramos el análisis en aquellas que realmente cuentan con esta condición, observamos cómo la diversidad es, de nuevo, la nota preponderante, lo que no es obstáculo, sin embargo, para que puedan extraerse algunas conclusiones de interés.

#### 1. *La diferente medida del interés general presente en estas fundaciones*

El examen de las muchas fundaciones existentes permite apreciar que la intensidad, la medida del interés general al que sirven es extraordinariamente desigual, de tal forma que podría hablarse de una verdadera «escala del interés general», de una «horquilla de actividades», en expresión de R. de Lorenzo <sup>61</sup>, en uno de cuyos extremos se encontrarían fundaciones de interés general evidente al coincidir sus cometidos con actividades realizadas, en otras muchas ocasiones, por la propia Administración. Son los casos, por ejemplo, de la Fundación «Colección Thyssen-Bornemisza» <sup>62</sup> que gestiona el museo del mismo nombre o de la Fundación «Caja Madrid» <sup>63</sup> que cuenta, entre otros, con un importante programa de restauración de bienes históricos. En el otro extremo de esa escala se situarían fundaciones en las que el interés general que las justifica aparece extraordinariamente diluido, pudiendo, incluso, dudarse de su existencia de acuerdo con las convicciones mayoritarias en nuestra sociedad. Podría ser el caso de Fundaciones como la «Amithaba Budista» <sup>64</sup> que tiene por objeto el «estudio y la divulgación de la teoría budista de «La Tierra

<sup>61</sup> *El nuevo Derecho de Fundaciones*, Marcial Pons, Madrid, 1993, pp. 414 y ss.

<sup>62</sup> N.º de Registro 136.

<sup>63</sup> N.º de Registro 161.

<sup>64</sup> N.º de Registro 481.

Pura», la «Zendo Betania»<sup>65</sup> constituida para «contribuir a la promoción y desarrollo» de «un proyecto de creación y mantenimiento de una escuela de espiritualidad Zen», o la «Tian Gong»<sup>66</sup> que tiene como «fin primero» educar a las personas mediante un sistema «basado en la práctica meditativa principalmente en posición de pie, que facilita la absorción de energía de la tierra y del cielo, para tomar una mayor conciencia de nuestra vida en la tierra y del lazo que nos une con el resto de los seres humanos y los otros seres del planeta». En el interior de la escala y en posiciones más o menos próximas a sus diferentes extremos, se encontrarían las muchas fundaciones que, de las más variadas formas, prestan una colaboración al Poder público, de relevancia muy desigual, en la consecución de objetivos diversos como la lucha por la igualdad de géneros<sup>67</sup>, el desarrollo de la investigación en los más variados ámbitos<sup>68</sup> o la promoción de otros valores y principios constitucionales tales como «la convivencia democrática, el pluralismo político y social, el respeto y desarrollo de los derechos humanos»<sup>69</sup>.

## 2. *Intereses culturales expresamente reconocidos por la norma e intereses culturales difusos*

El examen de los estatutos de las fundaciones culturales evidencia también cómo existen fundaciones que desarrollan su actividad en ámbitos de la cultura expresamente declarados de interés general por el ordenamiento jurídico—tal puede decirse de la conservación y difusión del Patrimonio Histórico—, y fundaciones que, aunque amparadas en esos fines culturales genéricos previstos por el artículo 3.2 LF y sus equivalentes autonómicos, sirven a objetivos que no están tipificados por el Derecho como fines de interés general. La posición de la Administración a la hora de valorar si la entidad cumple o no con un interés general será muy distinta en uno y otro caso. En los supuestos en los que el fin perseguido por la fundación esté recogido por la norma como fin

<sup>65</sup> N.º de Registro 542.

<sup>66</sup> N.º de Registro 818.

<sup>67</sup> Fundación «Entredós. Amigas de la vida» (N.º de Registro 534).

<sup>68</sup> Son los casos, entre otras muchas, de las Fundaciones «Erol Beber» (N.º de Registro 349), «Estudios históricos Sancho de Navarra» (N.º de Registro de 369), «Esabe Miguel de Cervantes» (N.º de Registro 177), «Epson Ibérica» (N.º de Registro 351) o «Eptisa» (N.º de Registro 438).

<sup>69</sup> En términos, por ejemplo, de la Fundación «Ciudadanía y valores» (N.º de Registro 717). En esta misma línea pueden consultarse los fines de Fundaciones como «Concordia» (N.º de Registro 561), «Ankaria» (N.º de Registro 892), «BP España» (N.º de Registro 551), «C.E.P.S.» (N.º de Registro 445), «Iniciativas ciudadanas (FUNICI)» (N.º de Registro 331), «Central ciudadana» (N.º de Registro 599) o «Mediterránea de Derechos humanos» (N.º de Registro 883).

de interés general le bastará con constatar esa coincidencia. En las hipótesis, por el contrario, en las que ese fin concreto no disponga de un reconocimiento normativo expreso, deberá verificar en el procedimiento de constitución de la fundación que, efectivamente, estamos ante un interés general que encuentra cobertura en el citado artículo 3.2<sup>70</sup>. El interés general, aunque constituye ciertamente un concepto jurídico indeterminado que no admite una interpretación precisa y unívoca, no legitima la adopción por la Administración de cualquier solución, opera, en ya clásicos términos de E. García de Enterría, como «un canon delimitador» que «puede funcionar y funciona (y ésta es toda la intención de su utilización) para excluir ciertas actuaciones y para incluir otras»<sup>71</sup>; en este caso, para admitir la constitución de una fundación o para denegarla. En su labor, la Administración deberá atender a parámetros legales tales como la ausencia de ánimo de lucro en el fundador y el beneficio posible del objeto fundacional para colectividades genéricas de personas, pero deberá también tener en cuenta que el interés general ha de interpretarse siempre de acuerdo con las necesidades y valoraciones de la sociedad de cada momento, que el interés general es, por definición, un interés socialmente relevante<sup>72</sup>, condición que muy dudosamente presentan, a mi juicio, los objetivos perseguidos por las ya citadas Fundaciones «Amithaba Budista», «Zendo Betania» o «Tian Gong» y otras muchas de corte parecido como, por ejemplo, la Fundación «Chop Sup Tsang»<sup>73</sup> cuyo fin principal es que «todos los seres logren la felicidad temporal y última» mediante «un camino de realización basado en el estudio, contemplación y meditación del Dharma». No debe olvidarse que para que la fundación sea constitucionalmente admisible no es suficiente, como lo es para la creación de asociaciones, la licitud del fin perseguido<sup>74</sup>; se

---

<sup>70</sup> En este sentido, J. C. ALLÍ TURRILLAS, *Fundaciones y Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 252.

<sup>71</sup> «Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado», *Revista española de Derecho Administrativo*, n.º 89, 1996, p. 73.

<sup>72</sup> En este sentido y a propósito concretamente de las fundaciones, se han pronunciado M. A. CABRA DE LUNA (*El tercer sector y las fundaciones en España hacia el nuevo milenio*, ob. cit., p. 249) y J. CAFFARENA LAPORTA («Las fundaciones: fines de interés general, beneficiarios y cláusulas de reversión», *Anuario de Derecho de Fundaciones*, ob. cit., pp. 31-32).

Otros muchos autores se han manifestado en esta misma línea. Así, U. VALERO AGUNDEZ en una de las primeras monografías sobre la materia (*La fundación como forma de empresa*, Sever-Cuesta, Valladolid, 1969, pp. 25 y 101). Promulgada ya la Constitución, J. L. LACRUZ BERDEJO («Las fundaciones en la Constitución española de 1978», ob. cit., p. 1461), S. MUÑOZ MACHADO («Asociaciones, Fundaciones y Tercer sector», en *Materiales para el estudio del Derecho*, www.iustel.com) o M.ª T. CARBALLEIRA RIVERA (*Fundaciones y Administración Pública*, ob. cit., p. 45).

<sup>73</sup> N.º de Registro 867.

<sup>74</sup> Esta es, en efecto, la única condición prevista por el artículo 2 de la LO 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación que en su artículo 5 establece expresamente que la finalidad perseguida por la asociación puede ser «de interés general o particular».

requiere, además, que ese fin cuente con la consideración de fin de interés general. Los fines de las fundaciones antes expuestas, los fines de la Fundación «Mokichi Okada»<sup>75</sup>, «lograr la realización de un mundo ideal pleno de verdad, virtud y belleza propuesto por el Maestro» de ese mismo nombre, son, sin duda, fines lícitos, manifestación de la libertad ideológica y de expresión que reconoce la Constitución, sería más dudoso, en cambio, que puedan ser considerados, sin más, fines de interés general a los efectos de constituir una persona jurídica que, no se olvide, puede verse favorecida por ese régimen fiscal especial establecido por la Ley 49/2002, de 23 de diciembre. En verdad, fundaciones de este tipo parecen encajar más en el derecho de asociación que en el de fundación<sup>76</sup>.

La lectura de los estatutos de las fundaciones bajo el protectorado del Ministerio de Cultura deja, en definitiva, la impresión de que el control que se ejerce del fin en el procedimiento de creación de la fundación es una operación que se efectúa desde una perspectiva puramente negativa, esto es, se reduce a garantizar que no se persiguen fines ilícitos o de carácter privado. Constatada esta realidad, no parece que se produzca, sin embargo, un verdadero análisis en positivo del fin público realmente perseguido —lo que explica la adscripción a este protectorado de fundaciones que no deberían figurar en él—, ni de las actividades propuestas para su consecución, lo que puede justificar, al menos parcialmente, la existencia, al parecer, de un elevado número de fundaciones con una actividad muy escasa cuando no inexistente.

---

<sup>75</sup> N.º de Registro 310.

<sup>76</sup> Ya J. L. LACRUZ BERDEJO, en su análisis sobre las fundaciones en la Constitución, nos advirtió, en el sentido aquí apuntado, sobre la necesidad de diferenciar entre asociaciones y fundaciones («Las fundaciones en la Constitución española de 1978», ob. cit., p. 1462). En fecha más reciente, en 2007, I. CAMUÑAS SOLÍS señalaba cómo «a veces, confundimos lo que es una fundación de lo que en realidad es una típica asociación», denunciando cómo en España se han creado en los últimos años muchas fundaciones que «no tienen razón de ser y con el tiempo tendrán que desaparecer» (*Directorio de Fundaciones españolas*, ob. cit., p. 10).

Otros autores han llamado la atención sobre la difusa frontera existente entre fundaciones y asociaciones. Así S. MUÑOZ MACHADO («Asociaciones, Fundaciones y Tercer sector», en *Materiales para el estudio del Derecho*, [www.iustel.com](http://www.iustel.com)) o F. LÓPEZ-NIETO Y MALLO (*La ordenación legal de las fundaciones*, ob. cit., pp. 42-43). S. DE SALAS MURILLO, de otra parte, ha puesto de manifiesto «los indicios de la existencia de un acercamiento entre una y otra figura» si bien insiste en las «diferencias que impiden la asimilación entre ambas figuras» (*Las asociaciones sin ánimo de lucro en el Derecho español*, ob. cit., pp. 89-93).

### 3. Consideración final

En conclusión, la Administración ha de garantizar que las fundaciones se constituyen realmente para un fin de interés general y ha de asegurar que efectivamente cumplen con él durante toda su existencia. Las Leyes de Fundaciones le confieren potestades suficientes al respecto. El control del fin cuenta, además, con el pleno respaldo de la jurisprudencia contencioso-administrativa<sup>77</sup> y ha sido avalado, incluso, por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 49/1988, de 22 de marzo. En definitiva, el control administrativo sobre el fin de las fundaciones existe y es amplio. «Decir otra cosa, como recientemente ha manifestado J. C. Allí en su ya imprescindible monografía sobre «Fundaciones y Derecho Administrativo», «sería o bien negar la evidencia o bien no querer verla; comportamientos igualmente graves»<sup>78</sup>. Autores como M. Vaquer<sup>79</sup>, M.<sup>a</sup> J. Montoro<sup>80</sup> o A. Ruiz Ojeda<sup>81</sup>, han destacado también, desde perspectivas distintas, la existencia e importancia de este control.

Conste que no propugno un intervencionismo en las fundaciones propio de épocas históricas pretéritas, que comparto las tesis de los muchos autores que vienen defendiendo para el protectorado un papel fundamentalmente centrado en el estímulo y apoyo a las fundaciones<sup>82</sup>, que creo, en fin, que estas entidades necesitan de un marco de libertad para el desarrollo eficaz de sus

<sup>77</sup> Ya en 1992, J. L. PIÑAR, al comentar la jurisprudencia recaída hasta esa fecha, puso de manifiesto como ese control de fin había ido adquiriendo una importancia creciente (*Régimen jurídico de las Fundaciones: Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1992, p. 19). Sentencias posteriores como la del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2003 (Ref. Iustel: §222341), la de la Audiencia Nacional de 21 de diciembre de 2005 (JUR 235614) o la del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia de 31 de julio de 2007 (JUR 335937) han venido a confirmar esta tendencia.

<sup>78</sup> *Fundaciones y Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 233.

<sup>79</sup> *La acción social (Un estudio sobre la actualidad del Estado social de Derecho)*, ob. cit., p. 210.

<sup>80</sup> *Privado y público en el renacer del Gran Teatro Liceo*, Cedecs, Barcelona, 1997, p. 87.

<sup>81</sup> «Las fundaciones privadas como colaboradores de la Administración y el régimen jurídico del patrimonio fundacional: Un comentario con ocasión de la nueva Ley de Fundaciones», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 93, 1997, p. 39.

<sup>82</sup> En tal sentido, y entre otros, J. A. DEL CAMPO ARBULO («Las Fundaciones hoy y mañana: Régimen de funcionamiento», *Hacia una nueva Ley de Fundaciones*, ob. cit., p. 111), J. L. ÁLVAREZ ÁLVAREZ («El protectorado de las Fundaciones: Visión moderna», *Hacia una nueva Ley de Fundaciones*, ob. cit., pp. 156-160), R. DE LORENZO (VV.AA., *Comentario a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 127), M. A. CABRA 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 de Mecenazgo*, ob. cit., pp. 494-499] o J. L. PIÑAR MAÑAS («Las fundaciones y la Constitución española», *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, ob. cit., pp. 1307-1308 y VV.AA., *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, ob. cit., pp. 294-295).

cometidos, muy alejado probablemente de los rigurosos controles contables que, con solo ojear los formularios de justificación del gasto que publican las páginas *web* de los distintos Ministerios, se comprueba que padecen, el único control además que, al parecer, perciben<sup>83</sup>. Ahora bien, el control sobre el fin de las fundaciones debe existir en garantía del propio interés general que satisfacen y, en garantía también, de las muchas fundaciones que prestan una contribución importante a su materialización. Son ellas las primeras perjudicadas por la existencia de fundaciones inactivas, de fundaciones que dudosamente sirven a intereses públicos pero que, sin embargo, disfrutan de sus mismos beneficios. Tampoco debe olvidarse que, como ha puesto de manifiesto J. A. del Campo Arbulo, el Ministerio de Hacienda ha de dar por buena a los efectos de la concesión del régimen fiscal especial del que pueden beneficiarse estas entidades, la delimitación de fines de interés general efectuada por el Registro de Fundaciones, lo que, sin duda, acrecienta la importancia de su labor<sup>84</sup>. Cuestión distinta, desde luego, es que pueda reflexionarse, en la línea ya apuntada por R. Parada, sobre posibles modificaciones en la organización del protectorado que lo adapten a la realidad de los nuevos tiempos<sup>85</sup>, que sea necesario, como igualmente se ha dicho, «un cambio en el paradigma de las relaciones patronato-protectorado»<sup>86</sup>. Es probable, no obstante, que un eventual replanteamiento de las funciones del protectorado exija una reflexión de más amplio alcance sobre los propios modos de actuación de las fundaciones en aras, como se viene destacando desde ámbitos diferentes, de su mejor gobierno<sup>87</sup>.

La realidad descrita invita, desde una perspectiva distinta, a reflexionar sobre si la previsión de un régimen jurídico unitario para todas las fundaciones es la opción más acorde con la amplia diversidad que las caracteriza, propone

---

<sup>83</sup> Según los datos aportados por I. DOMÍNGUEZ, J. CERRATO e I. GARCÍA, *La realidad de las fundaciones en España. Análisis sociológico, psicosocial y económico* (ob. cit., pp. 202-204).

<sup>84</sup> «Capítulo 19» del *Tratado de Fundaciones*, J. M. BENEYTO PÉREZ (dir.), ob. cit., p. 1009.

<sup>85</sup> «Las fundaciones desde el Derecho Público», *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, n.º 4, 1993, p. 147.

<sup>86</sup> J. C. ALLÍ TURRILLAS, *Fundaciones y Derecho Administrativo*, ob. cit., pp. 297-300.

<sup>87</sup> Son varios los estudios publicados en los *Cuadernos de la Asociación Española de Fundaciones* que abundan en esta línea desde diferentes aspectos y en sus diversas manifestaciones. Entre otros, A. VERNIS («Los retos en la gestión de las organizaciones no lucrativas», n.º 4, 2005, pp. 6-7), A. RUIZ CORTÉS («La calidad en la gestión de las organizaciones no lucrativas», n.º 5, 2005, pp. 8-9), E. ROMERO MERINO («El buen gobierno: La clave para fortalecer la confianza social en las fundaciones», n.º 12, 2007, pp. 8-9), I. GIMÉNEZ ZURIAGA («La gobernanza, la ética y la transparencia de las fundaciones», n.º 12, 2007, pp. 12-14), F. MINGUELLA («La transparencia ante la sociedad. Especial consideración de las instituciones culturales y sus mecenazas», n.º 19, 2010, pp. 14-15) y A. HERNÁNDEZ RENNER («*Pro bono*, cuando los clientes son los dueños», n.º 19, marzo 2010, pp. 30-31).

debatir sobre si no serían oportunas adaptaciones de ese régimen a la realidad representada por unas fundaciones que participan de manera tan diferente, con una intensidad tan desigual, en la satisfacción de los intereses generales, idea apuntada, antes incluso de la promulgación de la Ley de 1994, por J. L. Piñar<sup>88</sup> y a la que, en fecha más reciente, se ha referido J. Gomá Lanzón<sup>89</sup>.

#### IV. Fundaciones y bienes culturales

##### 1. *El papel de las fundaciones en la conservación y difusión de los bienes culturales*

###### A) *Algunas ideas preliminares*

Centraré seguidamente mi atención en el estudio de las fundaciones que actúan en el ámbito del Patrimonio Histórico. Excede, como es notorio, del objeto de este trabajo el análisis del concepto y régimen jurídico de este Patrimonio<sup>90</sup>. Baste con dejar apuntado que se integra por todos aquellos bienes, cualquiera que sea su naturaleza y titularidad, que sean portadores de algunos de los valores establecidos en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (LPHE), o en las diferentes Leyes autonómicas sobre la materia. Unos bienes que podrán ser declarados de interés cultural o inventariados —categorías de protección previstas por la norma estatal—, pero que podrán serlo igualmente en algunas de las muchas figuras propias creadas por el ordenamiento autonómico. Aquí nos preguntamos simplemente por el papel de las fundaciones en la consecución de los objetivos de conservación y difusión de estos bienes establecidos por el artículo 46 de la Constitución. La respuesta no es fácil ante la ausencia de datos fiables que nos indiquen cuántas fundaciones sirven a estos fines, así como la manera y medida en la que cumplen con ellos. El estudio, si quiere realizarse con un mínimo de rigor, exige, por tanto, una ardua tarea destinada, de una parte, a averiguar, lo que ha de ha-

<sup>88</sup> «Las fundaciones. Jurisprudencia y pautas de futuro» en R. DE LORENZO GARCÍA y M. A. CABRA DE LUNA, *Las Fundaciones y la sociedad civil*, ob. cit., p. 32.

<sup>89</sup> «La realidad del ideal fundacional», *Cuadernos de la Asociación Española de Fundaciones*, n.º 6, 2005, p. 8.

<sup>90</sup> La bibliografía existente sobre esta materia es muy abundante. Se citan por orden cronológico las monografías generales publicadas hasta la fecha. C. BARRERO RODRÍGUEZ, *La ordenación jurídica del Patrimonio Histórico* (Civitas-Instituto García Oviedo, Madrid, 1990), M.ª R. ALONSO IBÁÑEZ, *El Patrimonio Histórico. Destino público y valor cultural* (Civitas-Universidad de Oviedo, Madrid, 1991), J. M. ALEGRE ÁVILA, *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico. (Configuración dogmática de la Propiedad histórica en la Ley 16/1985, de 25 de junio)* (Ministerio de Cultura, Madrid, 1994) y L. ANGUITA VILLANUEVA (*Derecho de propiedad privada en los bienes de interés cultural*, Dykinson, Madrid, 2001).

cerse acudiendo a sus estatutos, cuáles son las fundaciones que asumen objetivos relacionados con el Patrimonio Histórico y, de otra, a examinar cuál es su contribución efectiva al cumplimiento de esos mandatos constitucionales, información mucho más difícil de conseguir, pues habrá que acudir también a sus planes o programas de actuación, lo que, a veces, resulta muy complicado, sobre todo si la fundación carece de página *web*. El análisis efectuado aporta algunas conclusiones de interés.

B) *La escasa significación de estas fundaciones en términos tanto cuantitativos como cualitativos*

Llama, ante todo, la atención el escaso protagonismo en términos puramente cuantitativos de las fundaciones que expresamente recogen en sus estatutos fines relacionados con la protección y difusión del Patrimonio Histórico, unas 120 del total de aproximadamente 880 que figuran inscritas en el Protectorado del Ministerio de Cultura <sup>91</sup>. A esta cifra ha de sumarse, no obstante, la de las fundaciones que asumen fines de esta naturaleza aunque están adscritas al protectorado de otros Ministerios, fundamentalmente a los de Educación, Trabajo o Medio Ambiente y Medio Rural y Marino <sup>92</sup>. Finalmente deben añadirse las muchas fundaciones que pueden actuar en este ámbito en cumplimiento de los genéricos fines culturales que figuran en sus estatutos. La Fundación «Caja Madrid» constituye un buen ejemplo de ello.

Al margen de las cifras, ya de por sí ilustrativas, el estudio arroja otros datos de interés. Así, y en cuanto a sus fundadores, imperan las fundaciones constituidas por particulares <sup>93</sup> aunque no faltan las creadas por empresas <sup>94</sup>, asocia-

<sup>91</sup> Ello no es característico de nuestros días. Los objetivos relacionados con la conservación del Patrimonio Histórico se han encontrado siempre a la cola en el conjunto de los fines culturales como expusieron, con datos referidos a 1997, I. DOMÍNGUEZ, J. CERRATO e I. GARCÍA GARCÍA (*La realidad de las fundaciones en España. Análisis sociológico, psicosocial y económico*, ob. cit., pp. 132-136 y 329).

<sup>92</sup> Y ello al compartir tales fines con otros de interés preponderante o a resultas sencillamente de la falta de precisión en la calificación que, a veces, se produce.

<sup>93</sup> Los ejemplos posibles aquí son numerosísimos. Así, y entre otras muchas, Fundaciones «Artis» (N.º de Registro 872), «Camino de Santiago» (N.º de Registro 453), «Ecosfera» (N.º de Registro 304), «Gaia» (N.º de Registro 828), «Grupo Siro» (N.º de Registro 797), «Iber» (N.º de Registro 307), «Internacional Arte Ciudad/Arte Città» (N.º de Registro 743), «Santa María la Real. Centro de Estudios del Románico» (N.º de Registro 240) o «Vallelongo» (N.º de Registro 341).

<sup>94</sup> Fundaciones, por ejemplo, «ACS» (N.º de Registro 468), «Almadén Francisco Javier Villegas» (N.º de Registro 410), «Endesa» (N.º de Registro 350), «Sacyr Vallehermoso» (N.º de Registro 833), «Sando» (N.º de Registro 724) o «Seur» (N.º de Registro 135).

ciones <sup>95</sup> o colegios profesionales <sup>96</sup>, ni aquellas en las que participan Administraciones Públicas <sup>97</sup> o, incluso, las creadas exclusivamente por ellas <sup>98</sup>. Si la atención se centra, de otra parte, en sus fines se aprecia que, por lo general, éstos se determinan en términos amplios coincidentes, en último término, con «la defensa, conservación, promoción y puesta en valor de los distintos elementos y conjuntos que integran el patrimonio cultural» <sup>99</sup>. Lo normal es, además, que la fundación comparta estos fines con otros de naturaleza diversa <sup>100</sup>. Resulta igualmente de interés destacar la presencia de un significativo número de fundaciones que reducen su actuación a determinadas categorías de bienes culturales como pueden ser las «casas históricas» <sup>101</sup>, «los conjuntos arquitectónicos de especial interés» <sup>102</sup>, las ciudades y monumentos «declarados por la UNESCO Patrimonio cultural de la humanidad» <sup>103</sup> o los bienes del Patrimonio arqueológico <sup>104</sup>, las que la circunscriben a bienes procedentes de épocas concretas <sup>105</sup> o, lo que es más habitual, a los situados en áreas geográficas

---

<sup>95</sup> Como la Fundación «De Casas históricas y singulares» (N.º de Registro 367), constituida por la asociación de ese mismo nombre, o «Hispania Nostra» (N.º de Registro 356), creada también por la asociación de igual denominación.

<sup>96</sup> Por ejemplo, la Fundación «Para la investigación y la difusión de la arquitectura (FIDAS)» (N.º de Registro 690) cuyo fundador es el Colegio Oficial de Arquitectos de Andalucía occidental.

<sup>97</sup> Así, por ejemplo, en la Fundación «Real Fábrica de Tapices» (N.º de Registro 306) se integran junto a particulares y a Caja Madrid, el Ayuntamiento de esta ciudad y las Administraciones del Estado y la Comunidad Autónoma de Madrid.

<sup>98</sup> Como la Fundación «Camino de la Lengua castellana» (N.º de Registro 421) cuyos fundadores son las Comunidades de Madrid, La Rioja y Castilla y León, la Diputación de Valladolid y varios Municipios.

<sup>99</sup> En expresión tomada de los estatutos de la Fundación «Hispania Nostra» (N.º de Registro 356). Otros muchos confirman esta idea. Por ejemplo, los de las Fundaciones «ACS» (N.º de Registro 468), «Juan March» (N.º de Registro 11), «Lázaro Galdiano» (N.º de Registro 273), «Oeben para la conservación y restauración» (N.º de Registro 267), «Peregrinus» (N.º de Registro 858), «Plaza mayor» (N.º de Registro 497), «Reale» (N.º de Registro 339), «Sacyr Vallehermoso» (N.º de Registro 833), «Sando» (N.º de Registro 724), «Seur» (N.º de Registro 135) o «Vallelongo» (N.º de Registro 341).

<sup>100</sup> Son, en efecto, absolutamente minoritarias aquellas fundaciones en las que la protección y difusión del Patrimonio Histórico aparece como fin único. Son los casos de Fundaciones tan importantes en este ámbito como «Hispania Nostra» (N.º de Registro 356), «De Casas históricas y singulares» (N.º de Registro 367) o «Real Fundación de Toledo» (N.º de Registro 137) y de otras menos conocidas como «Gaia» (N.º de Registro 828), «Huerta en la Molina» (N.º de Registro 71) o «Internacional para la protección y difusión del arte (FIPDA)» (N.º de Registro 160).

<sup>101</sup> Fundación «De Casas históricas y singulares» (N.º de Registro 367).

<sup>102</sup> Fundación «Naturaleza y Patrimonio» (N.º de Registro 503).

<sup>103</sup> Fundación «Patrimonium» (N.º de Registro 249).

<sup>104</sup> Fundación «María Dolores Serres Sena» (N.º de Registro 182).

<sup>105</sup> Es el caso, entre otros, de la Fundación «Campomanes de Estudios medievales» (N.º de Registro 625).

cas determinadas <sup>106</sup>. Tampoco faltan fundaciones que limitan su acción de conservación a los bienes de su titularidad <sup>107</sup>, ni algunas otras que la abordan desde perspectivas muy concretas como pueden ser su iluminación <sup>108</sup> o su tratamiento mediante la aplicación de las tecnologías digitales <sup>109</sup>.

Para la consecución de estos fines, la generalidad de los estatutos prevén tanto la actuación directa de la fundación como su colaboración con otras personas, físicas o jurídicas, públicas o privadas <sup>110</sup>. Lo normal, además, es que los estatutos se muestren abiertos en sus previsiones sobre los instrumentos o técnicas concretas al servicio de la actuación directa que o bien se establecen por referencia a todos los que sean jurídicamente posibles <sup>111</sup> o, lo que es más usual, se fijan en términos puramente enunciativos —publicaciones, exposiciones, concesión de becas y premios, organización de cursos, congresos, catalogación de los bienes, etc.—, dejando expresamente abierta la puerta a cualquier otro que pueda valer al fin propuesto <sup>112</sup>.

---

<sup>106</sup> Por ejemplo, la «Real Fundación de Toledo» (N.º de Registro 137) tiene como fin «la conservación y revitalización de la ciudad histórica de Toledo», la Fundación «Santa María la Real. Centro de Estudios del Románico» (N.º de Registro 240) está centrada en el Monasterio del mismo nombre de Aguilar de Campoo y su entorno y la Fundación «Almadén Francisco Javier Villegas» (N.º de Registro 410) circunscribe su actuación al «Patrimonio Histórico de Almadén y su comarca». Otros ejemplos, entre los muchos existentes, nos los ofrecen las Fundaciones «Camino de la Lengua castellana» (N.º de Registro 421), «Camino de Santiago» (N.º de Registro 453), «Desierto de Las Palmas» (N.º de Registro 470), «Real ingenio de la Moneda de Segovia» (N.º de Registro 594) o «Silos» (N.º de Registro 528).

No faltan ocasiones en las que la intervención en determinado espacio se declara con carácter preferente sin exclusión, por consiguiente, de la posible actuación de la fundación en otros lugares. Son los casos de las Fundaciones «Casa de los Vargas» (N.º de Registro 544) o «Grupo Siro» (N.º de Registro 797).

<sup>107</sup> Son los supuestos representados, por ejemplo, por las Fundaciones «Barcenillas-Legado Francisco Pérez González» (N.º de Registro 740) o «Telefónica» (N.º de Registro 359).

<sup>108</sup> Objeto de la Fundación «Sevillana Endesa» (N.º de Registro 135).

<sup>109</sup> Como es el caso de la Fundación «Para la tecnología digital en la conservación» (N.º de Registro 878).

<sup>110</sup> Como prevén, entre otros muchos, los estatutos de las Fundaciones «ACS» (N.º de Registro 468), «Hispania Nostra» (N.º de Registro 356), «Instituto Campomanes de Estudios Medievales» (N.º de Registro 625), «Juan March» (N.º de Registro 11) o «Lázaro Galdiano» (N.º de Registro 273).

<sup>111</sup> Así ocurre, entre otras, en las Fundaciones «Cultural Manuel Criado Val» (N.º de Registro 547), «Miguel Pérez Solano» (N.º de Registro 524) o «Naturaleza y Cultura» (N.º de Registro 123).

<sup>112</sup> Es la solución por la que optan la mayoría de los estatutos como puede comprobarse, entre los numerosos ejemplos que aquí también pueden ofrecerse, en los de las Fundaciones «Almadén Francisco Javier de Villegas» (N.º de Registro 410), «Camino de la lengua castellana» (N.º de Registro 421), «Camino de Santiago» (N.º de Registro 453), «De los ferrocarriles españoles» (N.º de Registro 76), «Reale» (N.º de Registro 339) o «Sando» (N.º de Registro 724).

La tipología de actividades estatutariamente previstas permite concluir que la contribución de estas entidades a la protección del Patrimonio Histórico será la que, en definitiva, resulte de una colaboración con el poder público que se sitúa fundamentalmente en los ámbitos de la investigación y difusión de los bienes que lo integran. Su participación, sin embargo, en la protección entendida en términos de intervención en los bienes para su adecuada conservación ha de estimarse muy reducida. Es una actividad que no cuenta con reconocimiento expreso en los estatutos con las excepciones representadas por las fundaciones creadas con el exclusivo fin de servir al mantenimiento y divulgación del Patrimonio Histórico <sup>113</sup>, o de las constituidas en torno a patrimonios familiares <sup>114</sup> o a la defensa de bienes determinados <sup>115</sup>.

Si del ámbito de las previsiones estatutarias descendemos al de la actuación concreta de estas fundaciones, la información obtenida de sus memorias de actividades confirma que la acción que ejercen, si es que desarrollan alguna <sup>116</sup>, es una acción puntual que se centra básicamente en el terreno de la investigación y, sobre todo, en el de la divulgación de nuestra riqueza histórica <sup>117</sup>. Una labor además que, sin dejar de ser importante, puede considerarse modesta en la medida en que, por lo general, no se traduce más que en algunas publicaciones aisladas o en la organización de alguna exposición, congreso o jornada. Son muy pocas las fundaciones que desarrollan una actividad estable centrada en la protección de los bienes históricos en sus distintas manifestaciones. Son, entre los más destacados, los casos de «Hispania Nostra», la «Real Fundación de Toledo» o la Fundación «De casas históricas y singulares», en el ámbito de las estatales, y de algunas fundaciones autonómicas de singular importancia como la gallega «Pedro Barrié de la Maza», la aragonesa «Santa María de Albaracín», el «Legado andalusí» o la Fundación «Del Patrimonio Histórico de Castilla y León», Comunidad de la que también depende otra fundación sig-

<sup>113</sup> Por ejemplo, la Fundación «Hispania nostra» (N.º de Registro 356).

<sup>114</sup> Son los casos de las Fundaciones «Casa de Alba» (N.º de Registro 20), «Casa de Medina Sidonia» (N.º de Registro 174) o «Casa Ducal de Medinaceli» (N.º de Registro 28).

<sup>115</sup> Entre otras, Fundaciones «Casa Álvarez de Toledo y Mencos» (N.º de Registro 142), «Desierto de Las Palmas» (N.º de Registro 470) o «Real Ingenio de la Moneda de Segovia» (N.º de Registro 594).

<sup>116</sup> Y es que existen, en efecto, fundaciones entre cuyos fines figuran la protección de los bienes históricos pero que sin embargo, y según la información que ellas mismas ofrecen en sus páginas *web*, no parece que desarrollen ninguna actividad para su cumplimiento, lo que no quiere decir, desde luego, que no satisfagan otros objetivos importantes. Son los casos, por ejemplo, de Fundaciones como «Ecosfera» (N.º de Registro 304), «Gaia» (N.º de Registro 828), «Internacional Arte ciudad/arte città» (N.º de Registro 743), «Sando» (N.º de Registro 724) o «Seur» (N.º de Registro 135).

<sup>117</sup> Terrenos en los que, al igual que otras muchas, desarrollan sus actividades Fundaciones importantes como «Juan March» (N.º de Registro 11) o «ACS» (N.º de Registro 468).

nificativa como es «Las edades del hombre». Estas fundaciones desarrollan una intensa labor, no siempre debidamente valorada, en el estudio de los bienes históricos, en su difusión y en la denuncia de los atentados que contra ellos se cometen. Despliegan también, en muchas ocasiones, una relevante tarea de asesoramiento a particulares y entidades públicas, constituyendo, en algunos casos, un importante foro de encuentro entre los sectores públicos y privados de gran utilidad en el análisis conjunto de los problemas y en el tratamiento de sus posibles soluciones <sup>118-119</sup>. Existen fundaciones que invierten, además,

---

<sup>118</sup> Importancia puesta de manifiesto por C. PARAMÉS en «El debate fundacional en el 2005» (*Cuadernos de la Asociación Española de Fundaciones*, n.º 7, 2006, p. 6).

<sup>119</sup> No podemos dar aquí cuenta detallada de las muchas y muy importantes actividades que realizan estas fundaciones. Así la Fundación «De Casas históricas y singulares» desarrolla, según nos descubren sus estatutos y su página *web*, una labor de información y asesoramiento a los propietarios así como de estudio y divulgación de los problemas que aquejan a estos inmuebles a través de las variadas jornadas que anualmente celebra, de la edición de un boletín y de otras publicaciones. Unas actividades que también sirven a «Hispania Nostra» en su constante lucha por la conservación de los bienes culturales. Sus debates sobre Patrimonio, los premios «Europa nostra» o su «Lista roja del Patrimonio» constituyen importantes referentes de su actuación. La «Real Fundación de Toledo» desarrolla también una intensa actividad que su propia página *web* define como «de estudio, selección, elaboración y ejecución de proyectos que contribuyan a conservar, poner en valor y difundir los bienes patrimoniales de dicha ciudad con especial atención a aquellos con necesidades más apremiantes o en los que la participación de la iniciativa privada resulte más ágil». La fundación ha promovido y/o participado en actuaciones urbanísticas importantes como la redacción de planes especiales, estudios sobre tráfico o mobiliario urbano y proyectos de restauración en los que ha contado con la colaboración económica de entidades muy diversas. La Fundación, en otros de los ejemplos que puede ofrecerse dentro de las estatales, «Santa María la Real. Centro de Estudios del Románico», constituida con el fin de «promover la conservación, restauración y mantenimiento en su máximo esplendor del Monasterio de Santa María la Real de Aguilar de Campoo», realiza una amplia labor de difusión del Patrimonio a través del «canal patrimonio», promueve la constitución de escuelas taller con el objeto de facilitar la inserción laboral, cuenta con un servicio de restauración a disposición de empresas y particulares y ha creado una importante sección dedicada a la intervención en el Patrimonio Histórico. Entre sus proyectos en curso destaca el «Plan de intervención del románico norte» que tiene por objeto la recuperación de más de cincuenta iglesias románicas con sus respectivos entornos.

En el ámbito autonómico resulta obligada la mención a Fundaciones como «Pedro Barrié de la Maza» a la que, más adelante, me referiré; «Santa María de Albaracín», creada en 1996 por Ibercaja, la Diputación General de Aragón, el Ayuntamiento y el Obispado de Teruel y Albaracín con el fin de restaurar, conservar y gestionar su Patrimonio cultural. Unos objetivos que también inspiraron la creación en 1988 de la Fundación «Las edades del hombre». Para su cumplimiento dispone de un «Centro de documentación e investigación sobre el patrimonio de las diócesis», un «Centro de seguimiento» encaminado a detectar posibles necesidades, un «Centro de restauración y de creación artística» con la finalidad de restaurar el patrimonio mueble de las diócesis y formar restauradores, un «Centro de difusión» y un «Centro de formación». Una última fundación de referencia obligada es la del «Patrimonio Histórico de Castilla y León» creada por las cajas de ahorro de la Comunidad Autónoma y la propia Junta de Casti-

cantidades económicas significativas en labores de restauración. Resulta aquí obligada la cita a Fundaciones como «Pedro Barrié de la Maza»<sup>120</sup> o «Caja Madrid» que con 156 millones de euros invertidos en proyectos de intervención desde su creación en 1991 se ha convertido en la institución privada sin ánimo de lucro que más recursos destina a la protección del Patrimonio Histórico español<sup>121</sup> y, por consiguiente, en un auténtico referente en el sector. Esta fundación, como nos explica G. Morate, ha ido además perfilando en el transcurso de estos años un modelo propio de gestión que, superada una primera etapa basada en el patrocinio, busca una mayor implicación de la entidad, en colaboración siempre con las Administraciones Públicas competentes, en la

---

lla y León para servir a la restauración de los bienes culturales, actividad que acompaña de una importante tarea de difusión y fomento a la investigación.

<sup>120</sup> Esta fundación viene realizando desde 1966 una amplia labor en este ámbito. Desde el año 2002, el apoyo a la recuperación y difusión del Patrimonio Histórico de Galicia se canaliza básicamente a través del Programa «Patrimonio vivo». La IV convocatoria, para los años 2008 y 2009, contaba con un presupuesto de 500.000 euros. El Programa pretende fomentar la iniciativa de las entidades privadas sin ánimo de lucro mediante una colaboración a sus proyectos que se desarrolla en un triple frente: la aportación económica, el apoyo institucional y la asistencia técnica. Al margen de este programa destaca el específico de la «Catedral de Santiago de Compostela» financiado exclusivamente por la fundación con 3.000.000 de euros y que se plasmó en un convenio firmado en 2006 entre el arzobispado de Santiago y cabildo de la catedral y la fundación bajo la supervisión de la Junta de Galicia. En noviembre de 2009 se resolvió el concurso internacional para la adjudicación de las primeras fases del proyecto.

<sup>121</sup> Hay que advertir, no obstante, que no existen cifras oficiales ni estudios completos sobre los recursos invertidos por las fundaciones en Patrimonio Histórico. Hasta hace muy poco tiempo, los escasos análisis sobre la materia, en muchos casos desfasados por su fecha de publicación, se referían a todos los recursos empleados por las fundaciones, como es el caso de la obra de I. DOMÍNGUEZ, J. CERRATO e I. GARCÍA, *La realidad de las fundaciones en España. Análisis sociológico, psicosocial y económico* (ob. cit.) publicada en 2001 aunque con datos referidos a 1997, o, incluso, a los recursos dispuestos por todas las entidades que integran el tercer sector, ámbito en el que destacan las obras dirigidas por J. L. GARCÍA DELGADO, *Las cuentas de la economía social. El tercer sector en España* (Civitas-Fundación ONCE, Madrid, 2004) y J. I. RUIZ OLABUENAGA, *El sector no lucrativo en España. Una visión reciente* (Fundación BBVA, Bilbao, 2000).

Esta laguna está siendo parcialmente suplida por los valiosísimos estudios que, impulsados y apoyados por la Fundación «Caja Madrid», vienen realizando J. ALONSO HIERRO y J. MARTÍN FERNÁNDEZ sobre el gasto en Patrimonio Histórico procedente tanto del sector público como del sector privado. El último estudio publicado es *Conservación del Patrimonio Histórico en España. Análisis económico* (Caja Madrid, Madrid, 2008). Los anteriores fueron *El patrimonio Histórico de España desde una perspectiva económica* publicado en el año 2000 con los datos de 1998 y *Preservación del Patrimonio Histórico en España. Análisis desde una perspectiva económica* publicado en 2004 con datos referidos a 2001.

Quizá interese destacar que en 2004, año al que se refiere el último de estos estudios, más del 90% del gasto en Patrimonio Histórico procedía de Administraciones públicas, siendo, además, la Iglesia católica la que aportó la mitad de ese 10% restante. Las fundaciones compartieron así con empresas y particulares un gasto que rondaba el 5% de la cifra global (*Conservación del Patrimonio Histórico en España. Análisis económico*, ob. cit., pp. 1-39).

gestión de los proyectos y obras <sup>122</sup>. Igualmente, y desde el año 2003, ha acentuado su estrategia de comunicación entendida como un aspecto más del proyecto de restauración y con el fin, entre otros, de dar a conocer esos bienes patrimoniales que están menos valorados pero que no dejan de constituir un recurso importante para el desarrollo del territorio.

C) *Las fundaciones ante el Patrimonio Histórico ¿Un posible protagonismo del que hoy carecen?*

El papel de las fundaciones en la conservación del Patrimonio Histórico no puede considerarse, en términos generales, significativo. Es obvio que son ellas las primeras responsables de que no pueda afirmarse que su contribución a esta tarea sea relevante. Entra dentro de su legítimo poder de decisión el determinar sus ámbitos de actuación y, en la actualidad, fines como la cooperación al desarrollo, la defensa del medio ambiente o la integración de colectivos desfavorecidos ejercen sobre ellas un atractivo mayor que el desplegado por la protección de nuestra riqueza histórica. Ahora bien, conviene preguntarse si en la escasa atención de las fundaciones a la satisfacción de este objetivo hay simplemente falta de interés por su parte o si concurren también otras razones que propician este resultado.

---

<sup>122</sup> En efecto, nos explica G. MORATE que, en sus comienzos, la actuación de la fundación estuvo basada «en el patrocinio, sin más participación del patrocinador en la gestión que la necesaria para controlar o garantizar un mínimo de retorno de imagen». Progresivamente sin embargo, la fundación pasa al modelo de «patrocinio condicionado», empieza a implicarse, con resultados desiguales, en la supervisión de los proyectos y obras y a asumir una tarea de divulgación de sus actuaciones ante el deficiente retorno en imagen del patrocinio. De esta forma empezará a diferenciarse en su Programa entre las actuaciones basadas en el modelo tradicional, que se articulan mediante convenios con las Administraciones Públicas, y las actuaciones en las que la propia entidad plantea «un método propio de gestión de proyectos y obras, y de colaboración con las administraciones públicas, que pretende ofrecer soluciones cualitativas que a éstas, por motivos muy diversos, les resulta complicado aportar».

Quizá interese dar cuenta breve de cómo funciona el sistema. Los proyectos, tanto los que promueve la propia fundación como los propuestos por terceros, han de reunir una serie de requisitos al objeto de que la fundación pueda elaborar una propuesta que presenta al propietario del bien y a la Administración Pública con la que se desea colaborar, Administración que tendrá que otorgar su aprobación y determinar su participación económica dado que es criterio de la fundación el de no asumir nunca la totalidad de la financiación. Aprobada la propuesta de intervención, la fundación crea un equipo interdisciplinar para que elabore el proyecto que se entregará a la Administración competente para que saque las obras a licitación pública aunque no se excluye que la propia fundación elabore el pliego o que contrate ella directamente algunos trabajos. Para el seguimiento de las obras se crea una comisión técnica formada por representantes de la propia fundación, de la propiedad y de la Administración implicada («Aportaciones de la sociedad civil: El programa de conservación del Patrimonio Histórico español de la Fundación Caja Madrid», Copia mecanografiada, pp. 1-8).

Tales razones, a mi juicio, existen y son de naturaleza, ante todo, económica. La intervención en los bienes históricos es muy costosa y no todas las fundaciones disponen de los recursos necesarios para realizar una labor significativa en este ámbito, cuando, además, hay que aceptar como normal que deseen diversificar sus fondos en actividades variadas. Son hoy muchas las fundaciones que a diferencia, por ejemplo, de la «Juan March» o de la «Barrié de la Maza», no viven de las rentas de un capital fundacional importante, son «fundaciones *captadoras de recursos*»<sup>123</sup> que se nutrirán a lo largo de su existencia con ingresos de procedencia externa diversa, de tal forma que actúan, en último término, «como una organización intermedia entre el donante y el receptor»<sup>124</sup>. Entre esos ingresos se encuentran los de origen público<sup>125</sup>. Es cierto que en la esencia de la fundación radica su condición de instancia que colabora con el poder público en la satisfacción de los intereses generales, que aporta esfuerzos y recursos para su consecución, de ahí que hasta pudiera considerarse contradictoria con su propia naturaleza una eventual dependencia de fondos públicos. La realidad parece ser, sin embargo, que las fundaciones, al menos en algunas tareas, necesitan de la ayuda que le proporcionan estos recursos<sup>126</sup>. De ser así, no

---

<sup>123</sup> Una distinción importante en la que quizá no se haya reparado en su justa medida, pero que ha llevado a autores como J. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ a postular la necesidad de un distinto tratamiento jurídico, más respetuoso con la voluntad del fundador en las primeras y con un mayor protagonismo del patronato y protectorado en las segundas. [«Objeto y alcance de la Ley de Fundaciones. Fines y beneficiarios. Aplicación de la Ley y figuras especiales», en S. MUÑOZ MACHADO, M. CRUZ AMORÓS y R. DE LORENZO GARCÍA (dirs.), *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, ob. cit., pp. 46 y 47]. El mismo autor había aludido ya a este fenómeno en «Algunas acotaciones al concepto formal de Fundación en la Constitución española» (*Revista de Administración Pública*, n.º 155, 2001, p. 123).

<sup>124</sup> En expresión de P. ACUÑA («Iniciativa privada y ciudad histórica. La Real Fundación de Toledo». Copia mecanografiada, p. 10). En la misma línea pueden verse las reflexiones de M.ª J. MONTORO CHINER (*Privado y público en el renacer del Gran Teatro Liceo*, ob. cit., pp. 84-85) o de M. REY («El panorama de las fundaciones en España: ¿el fin de la filantropía?» *Cuadernos de la Asociación Española de Fundaciones*, n.º 3, 2004, p. 5).

Sobre las fuentes y vías de financiación de las fundaciones en general, me remito al análisis de D. ANSOLEAGA SAN ANTONIO y C. VALOR MARTÍNEZ [«Capítulo 24» del *Tratado de Fundaciones*, J. M. BENEYTO PÉREZ (dir.), ob. cit., pp. 1257-1337].

<sup>125</sup> J. CERRATO ALLENDE ha puesto de manifiesto recientemente que, en el ejercicio de 1997, en las fundaciones culturales la financiación pública alcanzaba el 13,5% del total [«Capítulo 30» del *Tratado de Fundaciones*, J. M. BENEYTO PÉREZ (dir.), ob. cit., p. 1566]. Datos sensiblemente diferentes son los que ofrece, con referencia al año 2001 y a las entidades no lucrativas en su conjunto, J. L. GARCÍA DELGADO que indica que los ingresos procedentes del sector público representaban el 46,5% frente al 50,7% de origen privado (*Las cuentas de la economía social. El tercer sector en España*, ob. cit., p. 60).

<sup>126</sup> *Vid.* sobre el particular las reflexiones de P. ACUÑA en relación con la «Real Fundación de Toledo» («Iniciativa privada y ciudad histórica. La Real Fundación de Toledo», ob. cit., pp. 10 y 11).

puede negarse que la Administración tiene en sus manos un instrumento importante para fomentar la actuación de las fundaciones en este ámbito sin que, en este sentido, deba de pasar desapercibido el hecho de que la conservación del Patrimonio Histórico ha ido perdiendo peso en la política de ayudas del Ministerio de Cultura de los últimos años <sup>127</sup>.

Ahora bien, junto a las puramente económicas existen otras razones que tampoco favorecen la dedicación de las fundaciones a la conservación de los bienes culturales. De una parte, hay que aceptar que el retorno de imagen es muy importante para las fundaciones, perspectiva desde la que hay que aceptar que les resulte mucho más ventajoso, por ejemplo, organizar o patrocinar una exposición de éxito o un concierto de masas que invertir en actuaciones que, con frecuencia, no salen de «la clausura de los conventos» <sup>128</sup>. De otro lado, no puede olvidarse que las intervenciones en el Patrimonio Histórico son complejas desde el punto de vista técnico y están sujetas a una importante intervención administrativa que impide, en la generalidad de los casos, obtener resultados visibles a corto plazo y además somete a la fundación a unos controles que no rigen en otros ámbitos en los que pueden desarrollar su actuación con un éxito más inmediato y con una mayor libertad.

En definitiva, la contribución de las fundaciones a la protección del Patrimonio Histórico puede ser calificada, sin negar su trascendencia ni el valor de lo que aportan, de limitada, aunque puede, sin embargo, llegar a ser muy importante. Para ello es necesario, sin duda, que las propias fundaciones adquieran una conciencia, que quizás hoy no tengan, de la relevancia de su actuación en la materia, y para ello es probable que hagan falta también medios de estímulo por el Poder público. Y no me refiero ya a un eventual aumento de los recursos públicos de los que puedan beneficiarse estas entidades, sino también a la adopción de medidas que garanticen el retorno de imagen, y de medidas también capaces de arbitrar modelos de gestión y de relación con las Administraciones Públicas más ágiles y flexibles. Es necesario superar el tradicional recelo que, como se ha destacado, las Administraciones Públicas han venido

---

<sup>127</sup> En efecto, si se repasan las convocadas en 2010, así como las correspondientes a 2008 y 2009 se puede comprobar que las ayudas al cine concentran buena parte del esfuerzo inversor de este Ministerio. Baste tener en cuenta que para el cine existen trece modalidades diferentes de ayuda frente a la única posible que aparece en el apartado de Patrimonio Histórico, la prevista para «proyectos de conservación, protección y difusión de bienes declarados Patrimonio mundial».

Los datos aquí aportados han sido extraídos de la página *web* del Ministerio.

<sup>128</sup> En expresivos términos de P. ACUÑA a cuyas consideraciones sobre el particular me remito («Iniciativa privada y ciudad histórica. La Real Fundación de Toledo», ob. cit., pp. 13-16).

mostrando a la iniciativa privada «sustituyéndolo por una confianza que sea difícil defraudar merced al más efectivo papel de coordinación y supervisión por parte del poder público»<sup>129</sup>. Es preciso, en suma, hacer que las fundaciones, y en general el sector privado, sientan atractiva su intervención en el Patrimonio Histórico.

## **2. Fundaciones con beneficiarios individualmente determinados y Fundaciones del Patrimonio nacional: dos supuestos singulares dentro de las fundaciones con fines en el ámbito del Patrimonio Histórico**

### **A) Las fundaciones para la conservación del Patrimonio Histórico e interés particular**

En el ámbito del Patrimonio Histórico se excepciona la prohibición legal de constituir las que suelen conocerse como fundaciones de interés particular. En efecto, el artículo 3.3 LF, y en el mismo sentido las Leyes autonómicas<sup>130</sup>, impiden constituir 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 persiguen fines de interés general». Prohibición que el propio precepto excluye, sin embargo, en su apartado 4 en relación con «las fundaciones cuya finalidad exclusiva o principal sea la conservación y restauración de bienes del patrimonio histórico español, siempre que se 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». Esta previsión, sobre la que quizá no se haya reflexionado lo suficiente pero que expresa bien el importante papel que las fundaciones están llamadas a desempeñar en la protección de este Patrimonio, merece algunas reflexiones de contenido y alcance distintos.

De entrada, cabe destacar el carácter excepcional de estas fundaciones en la medida en que rompen con la regla general que impone que «la finalidad fundacional debe beneficiar a colectividades genéricas de personas». Ahora bien,

---

<sup>129</sup> R. SPOTTORNO («El papel del tercer sector en la conservación del Patrimonio Histórico español», *Cuadernos de la Asociación Española de Fundaciones*, n.º 5, 2005, p. 4). Con un carácter más general, E. RUI VILAR se ha referido a cómo, entre otros retos, las fundaciones precisan del «desarrollo de relaciones estratégicas renovadas con las Administraciones Públicas» («El centro europeo de fundaciones ante la crisis», *Cuadernos de la Asociación Española de Fundaciones*, n.º 18, 2009, p. 3).

<sup>130</sup> Entre otros, artículos 4 de la Ley gallega y 3, en todos los casos, de las Leyes de Andalucía, Valencia, Madrid y Castilla y León.

siendo cierto que estas fundaciones tendrían como beneficiarios claros al propio fundador, los patronos o sus familiares en determinado grado, no puede, sin embargo, mantenerse que sean fundaciones que sirven a intereses estrictamente particulares, toda vez que resulta claro que su objeto último no es otro que el contribuir a la conservación y difusión de bienes dotados de valor cultural. La constitución de la fundación garantiza además, lo que en la mayoría de los casos acrecienta su significación histórica, una unidad entre ellos difícil de mantener de no ser por la existencia de la entidad <sup>131</sup>.

La regulación legal plantea también la cuestión, de singular interés, relativa a la determinación exacta de los bienes susceptibles de servir de soporte a la constitución de una fundación de esta naturaleza. Las Leyes son claras en su referencia a los «bienes del patrimonio histórico español» y clara ha de ser, por consiguiente, su interpretación en el sentido de que en este Patrimonio se integran tanto los bienes declarados en aplicación de las categorías de protección previstas por la LPHE —los bienes de interés cultural y los bienes inventariados—, como los que lo han sido de acuerdo con los procedimientos y sistemas de protección creados por las normas autonómicas. Las Leyes de Fundaciones de algunas Comunidades Autónomas confirman esta interpretación <sup>132</sup>. De todas formas, lo normal será que la fundación se constituya para la tutela de bienes de interés cultural dada su particular significación dentro del conjunto del Patrimonio Histórico.

Especial atención merecen las condiciones impuestas por el artículo 3.4 LF a estas fundaciones: que «su finalidad exclusiva o principal sea la conservación y restauración de bienes del patrimonio histórico español» y que «se 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». Poco ha de decirse sobre la primera de ellas cuya interpretación, en principio, no suscita dudas. Sí que las presenta, en cambio, la relativa al necesario acatamiento de la LPHE por las siguientes razones.

De una parte, debe llamarse la atención sobre cómo la LF remite únicamente a las exigencias de la Ley del Patrimonio Histórico del Estado, cuando

---

<sup>131</sup> *Vid.* en tal sentido las consideraciones de J. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ [«Objeto y alcance de la Ley de Fundaciones. Fines y beneficiarios. Aplicación de la Ley y figuras especiales», en S. MUÑOZ MACHADO, M. CRUZ AMORÓS y R. DE LORENZO GARCÍA (dirs.), *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, ob. cit., pp. 54 y 55], F. MORILLO GONZÁLEZ (*El proceso de creación de una fundación*, ob. cit., p. 80), A. B. CASARES MARCOS [«Capítulo 4.º» del *Tratado de Fundaciones*, J. M. BENEYTO PÉREZ (dir.), ob. cit., p. 235] o J. CAFFARENA LAPORTA («Las fundaciones: fines de interés general, beneficiarios y cláusulas de reversión», ob. cit., pp. 30 y 39-40).

<sup>132</sup> Son los casos de las Leyes de La Rioja (art. 3.4) y Galicia (art. 4.4).

en la actualidad el régimen jurídico de los bienes que lo integran no está establecido sólo en esta disposición sino también en las normas autonómicas aplicables a todos los bienes que se encuentren en sus respectivos territorios, hayan sido declarados por el Estado o por la propia Comunidad. Ello significa, en lo que aquí interesa, que toda fundación tendrá que respetar el Derecho del Patrimonio Histórico con independencia de su procedencia, como certeramente disponen la mayoría de las Leyes autonómicas de Fundaciones<sup>133</sup>. De hecho, la referencia exclusiva a la Ley estatal sólo se mantiene en las Comunidades cuya Ley de Fundaciones es anterior a la de Patrimonio Histórico<sup>134</sup>.

Algún comentario merece también, de otra parte, la expresa mención al cumplimiento «de los deberes de visita y exposición pública de dichos bienes». Estamos ante una previsión probablemente innecesaria y un tanto incomprensible. Innecesaria porque todos los bienes históricos están sujetos en aplicación de su normativa reguladora a este deber, por lo que nada aportan en este sentido las Leyes de Fundaciones<sup>135</sup>; y un tanto incomprensible en la medida en que no se alcanzan enteramente las razones por las que ha de cumplirse «en particular» con este deber y no con otros de los numerosos que establecen las Leyes de Patrimonio Histórico. Ocurre, además, que ni el artículo 3.4 LF del Estado ni los preceptos autonómicos correspondientes concretan esa relevancia «particular» que se confiere a esta exigencia. Si las Leyes de Fundaciones, como parece probable y lógico, lo que han querido es establecer que estas fundaciones adquieren sentido en la medida en que los ciudadanos puedan realmente acceder al disfrute de los bienes históricos, ello tendría que haberse articulado técnicamente mejor, lo que, quizá, hubiera exigido la previsión de un régimen específico sobre este deber distinto del establecido con carácter general. En los términos en los que actualmente se expresan nada añaden a lo ya dispuesto por el Derecho propio regulador de estos bienes.

Finalmente, cabe preguntarse por quiénes son los responsables del cumplimiento de esas exigencias. El artículo 3.4 LF no se pronuncia al respecto como tampoco lo hacen las normas autonómicas. En realidad, la cuestión queda resuelta por la Legislación de Patrimonio Histórico que impone todos los deberes que establece a los propietarios o, en su caso, a los titulares de derechos reales sobre tales bienes o a quienes los posean por cualquier título. El

---

<sup>133</sup> Artículos 3.3 de la Ley de Castilla y León, 3.4 de la Ley de La Rioja, 4.4. de la Ley gallega, 3.5 de la Ley de Fundaciones de Valencia y 3.4 de la Ley de Andalucía.

<sup>134</sup> Son los casos de las Comunidades de Navarra y Madrid.

<sup>135</sup> Esta parece ser, aunque no la manifieste explícitamente, la tesis de J. A. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ [«Objeto y alcance de la Ley de Fundaciones. Fines y beneficiarios. Aplicación de la Ley y figuras especiales», en S. MUÑOZ MACHADO, M. CRUZ AMORÓS y R. DE LORENZO GARCÍA (dirs.), *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, ob. cit., p. 55].

problema, no obstante, puede surgir en las hipótesis en las que la fundación, lo que es perfectamente posible, no tenga la posesión de los bienes, con lo que, en definitiva, se ve obligada por unas exigencias que, a lo mejor, no está en condiciones de cumplir satisfactoriamente <sup>136</sup>.

En definitiva, el tratamiento particular dispensado a este tipo de fundaciones está perfectamente justificado en la medida en que con ellas se contribuye a la conservación del Patrimonio Histórico, al tiempo que se favorece la incorporación de la iniciativa privada a esta tarea. Quizá, sin embargo, la regulación vigente sea en exceso parca y requiera aclaración en algunos extremos importantes.

En la actualidad, al menos en el ámbito de las estatales, no existen muchas fundaciones de estas características. Además, las grandes fundaciones creadas en torno a la conservación y difusión de bienes históricos, como son las Fundaciones «Casa de Alba» <sup>137</sup>, «Casa de Medina Sidonia» <sup>138</sup> o «Casa Ducal de Medinaceli» <sup>139</sup> son, aunque hayan adaptado sus estatutos a las normas vigentes, anteriores a la LF de 1994. Ello explica que no reconozcan explícitamente que junto a su innegable interés general cuentan también con beneficiarios particulares claros, manteniéndose en todos ellos que los beneficiarios son todos los ciudadanos <sup>140</sup>.

<sup>136</sup> Vid. sobre el particular las consideraciones efectuadas por J. L. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ en relación concretamente con la imposición del deber de visita pública («Objeto y alcance de la Ley de Fundaciones. Fines y beneficiarios. Aplicación de la Ley y figuras especiales», en S. MUÑOZ MACHADO, M. CRUZ AMORÓS y R. DE LORENZO GARCÍA (dirs.), *Comentarios a la Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, ob. cit., p. 55).

<sup>137</sup> La fundación fue creada en 1975 por la actual Duquesa de Alba con los siguientes fines: «la conservación de los monumentos de su Patrimonio con sujeción a las normas reguladoras del Patrimonio Artístico Nacional; la conservación, ordenación y catalogación de las obras de arte y de los fondos bibliográficos y documentales aludidos; la exhibición al público en forma permanente de los monumentos y de las obras de arte propiedad de la Fundación; la celebración de conferencias, seminarios y coloquios de carácter artístico e histórico; la promoción de la investigación histórica y artística en la biblioteca y archivo de la fundación».

<sup>138</sup> Esta fundación fue constituida en 1990 por la entonces Duquesa de Medina Sidonia en torno al palacio del mismo nombre, sito en Sanlúcar de Barrameda, «con su archivo, biblioteca, obras de arte y cuantos objetos de interés cultural contiene a fin de garantizar su conservación y aprovechamiento en beneficio de la sociedad».

<sup>139</sup> Esta fundación, creada en 1978, tiene como fin primero «conservar el patrimonio inmobiliario y mobiliario de los palacios, castillos y restantes bienes afectos tradicionalmente a la Casa Ducal de Medinaceli o a otras casas agregadas sean o no de su propiedad».

<sup>140</sup> Fue, sin duda, la forma de cumplir con el Reglamento de Fundaciones culturales privadas de 1972 que, sin excepción, imponía que los destinatarios fueran «colectividades indeterminadas de personas». Desde luego, en el reconocimiento de estas fundaciones la Administración realizó una interpretación bastante flexible de los requisitos entonces previstos en el artículo 1 de esta norma.

B) *Las fundaciones del sector público; en especial, las fundaciones del Patrimonio nacional*

a) Algunas consideraciones generales

La posible constitución de fundaciones por personas jurídico-públicas constituye, como es sabido, una de las innovaciones más importantes del Derecho de Fundaciones vigente y la que probablemente haya acaparado una mayor atención por la doctrina <sup>141</sup>, unida, por lo general, en su crítica a una posibilidad de la que se denuncia tanto la propia desnaturalización que comporta de la figura, como la «huida del Derecho Administrativo» que representa <sup>142</sup>. No pretendo, desde luego, terciar en estos y otros problemas, sino simplemente dejar constancia de la significación, que puede anticiparse que no es relevante, de las fundaciones del sector público en el ámbito del Patrimonio Histórico. Parto, para ello, de la definición de estas fundaciones que nos ofrece el artículo 44 LF como aquellas «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» o «que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en mas del 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades» <sup>143</sup>.

---

<sup>141</sup> Entre los estudios más recientes pueden verse los de J. M. SOCÍAS CAMACHO (*Fundaciones del sector público. En especial, el ámbito sanitario*, Iustel-Universidad de las Islas Baleares, 2006), M.<sup>a</sup> T. CARBALLEIRA RIVERA (*Fundaciones y Administración Pública*, ob. cit.) o J. C. ALLÍ TURRILLAS (*Fundaciones y Derecho Administrativo*, ob. cit., Capítulo V).

<sup>142</sup> Entre otros, J. CAFFARENA (VV.AA., *Comentario a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, ob. cit., p. 50), J. L. PIÑAR MAÑAS («Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 97, 1998, pp. 46-49), M. VAQUER CABALLERÍA (*Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios*, Marcial Pons, 1999, pp. 71-75), L. PAREJO ALFONSO (Prólogo a la obra de M. VAQUER CABALLERÍA, *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios*, citada), J. L. BERMEJO LATRE [«Las fundaciones privadas de iniciativa pública y la “huida” del derecho administrativo», F. SOSA WAGNER (coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI, Homenaje al Profesor Martín Mateo*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 935-960], T. GONZÁLEZ CUETO (*Comentarios a la Ley de Fundaciones. Ley 50/2002, de 26 de diciembre*, ob. cit., pp. 268-273), P. MENÉNDEZ GARCÍA [«Las fundaciones y las sociedades públicas», T. CANO CAMPOS (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, tomo II, Iustel, Madrid, 2009, pp. 275-302] o J. C. ALLÍ TURRILLAS (*Fundaciones y Derecho Administrativo*, ob. cit., pp. 453-466).

<sup>143</sup> Debe tenerse en cuenta además que, en aplicación del artículo 45.1, «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».

Las fundaciones del sector público entre cuyos fines aparece la protección del Patrimonio Histórico son excepcionales. Entre sus escasas manifestaciones cabe citar la Fundación «Lázaro Galdiano»<sup>144</sup> o, de fecha mucho más reciente y en el ámbito autonómico, la Fundación «El legado andalusí», constituida en 1995 por la Junta de Andalucía con la finalidad de «recuperar, difundir y preservar el patrimonio histórico, artístico y arquitectónico del Al-Andalus». Quizá merezca también esta calificación la Fundación «Colección Thyssen Bornemisza»<sup>145</sup>. Así parece confirmarlo, además, el RD 1305/2009, de 31 de julio, por la que se crea la «Red de museos de España» que en su Anexo II lo recoge, junto con el «Lázaro Galdiano», entre «los Museos pertenecientes al sector público estatal con participación del Ministerio de Cultura en sus órganos de gobierno».

Más ejemplos existen, sin embargo, de las denominadas fundaciones mixtas, resultado de la concurrencia de las iniciativas públicas y privadas, de la voluntad de las Administraciones Públicas responsables de la protección del Patrimonio Histórico y de personas privadas que normalmente aportan la financiación<sup>146</sup>. Estas fundaciones están sujetas al régimen general de la LF y no

---

<sup>144</sup> Esta fundación tiene su origen en la donación hecha en 1947 al Estado español del legado de D. José Lázaro Galdiano compuesto por 13.000 obras de arte, una amplia biblioteca, el palacio que las albergaba y la sede de la editorial «La España moderna». En 1948 el propio Estado crea la fundación «para atender a la custodia y mejora del patrimonio heredado» y «en general a la conservación y acrecentamiento del Patrimonio artístico nacional».

Esta fundación constituiría un ejemplo claro de lo que M. VAQUER ha calificado como la utilización tradicional de la fundación por parte de la Administración Pública, la vinculada con la gestión de «actividades más o menos accesorias, colaterales o residuales respecto de sus fines propios: gestión de patrimonios, o de colecciones de arte cedidas por particulares, actividades de investigación o docencia a cargo de Administraciones sectoriales distintas de la cultural o educativa, etc.». (*Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios*, ob. cit., p. 73).

<sup>145</sup> N.º de Registro 139. Su origen se encuentra en el contrato de préstamo, sujeto al Derecho inglés, que se formaliza en 1988 entre la Compañía Thyssen y el Reino de España, en cuya virtud ésta cede la colección para la exposición en nuestro país por un período de nueve años y seis meses. Simultáneamente se constituye la Fundación «Colección Thyssen-Bornemisza» por el Ministerio de Cultura y D. August Heinrich con el objeto fundamental de adquirir de la citada compañía «a título de compra la propiedad de la colección de pinturas que fue objeto del contrato de préstamo» y «exhibirla al público en el museo sito en el Palacio de Villahermosa... de Madrid de modo permanente». El RDL 11/1993, de 18 de junio, autoriza a la Administración del Estado la aportación a la fundación de la cantidad necesaria para la compra de la colección, así como la cesión gratuita del palacio de Villahermosa. El Estado se compromete, además, a financiar la actividad de la fundación que queda obligada a la exhibición permanente de la obra, determinando el incumplimiento de esta condición la pérdida de los bienes que pasarían, en ese caso, a formar parte del Patrimonio del Estado. La norma reserva finalmente al Gobierno el nombramiento de, al menos, dos terceras partes de los patronos de la fundación.

<sup>146</sup> En el ámbito de la cultura, aunque fuera del Patrimonio Histórico, existen otros ejemplos relevantes de estas fundaciones mixtas como es el caso de la Fundación «del Gran Teatro

al más específico de las fundaciones del sector público. La Fundación «del Patrimonio Histórico de Castilla-León» y la Fundación «Santa María de Albaracín» constituyen claros exponentes de ellas <sup>147</sup>. Un supuesto singular nos lo brinda la Fundación «Guggenheim Bilbao», de naturaleza más que discutible dada la multiplicidad de operaciones jurídicas que confluyen en su creación y de antes que, de una u otra forma, hacen posible su funcionamiento <sup>148</sup>.

En definitiva, en el ámbito del Patrimonio Histórico, de la cultura en general, no puede hablarse de una presencia significativa de fundaciones públicas en el sentido del artículo 44 LF y sus equivalentes autonómicos. Aquí lo que habitualmente encontramos son fundaciones que ofrecen el cauce adecuado para que Administraciones Públicas y particulares canalicen su actuación en defensa de los bienes históricos, fundaciones que quedan sujetas al régimen general de estas entidades y no al más concreto de las fundaciones del sector público. En cualquier caso, será preciso un estudio singularizado de cada fundación al objeto de determinar si el uso de esta figura está justificado o si, detrás de ella, se esconde un uso instrumental del Derecho Privado para el ejercicio de cometidos que deberían quedar sujetos al Derecho Administrativo.

#### b) Las fundaciones del Patrimonio nacional

La LF excluye en su disposición adicional 1.<sup>a</sup> de su ámbito de aplicación las fundaciones del Patrimonio Nacional que se rigen por lo dispuesto en su Ley reguladora, la Ley 23/1982, de 16 de junio. Este patrimonio se integra, en términos del artículo 2 de esta norma, por los bienes «titularidad del Estado afectados al uso y servicio del Rey y de los miembros de la Real Familia para el ejercicio de la alta representación que la Constitución y las Leyes les atribu-

---

del Liceo de Barcelona» suficientemente estudiada por M.<sup>a</sup> J. MONTORO CHINER (*Privado y público en el renacer del Gran Teatro Liceo*, ob. cit., pp. 84-88).

<sup>147</sup> En ambos casos nos encontramos ante fundaciones creadas por Administraciones Públicas y las cajas de ahorro presentes en los respectivos territorios.

<sup>148</sup> La gestión de este museo está encomendada a la Fundación «Museo Guggenheim Bilbao» creada en 1996 por el Gobierno vasco, la Diputación foral de Vizcaya y la Fundación «Salomón R. Guggenheim» con una dotación económica procedente de las Administraciones Públicas vascas y la aportación por esta fundación de su nombre y reputación, así como de sus servicios de programación, gestión y administración museística. Hay que destacar, como una de sus notas más características, que la fundación no es la propietaria de las obras, lo es una sociedad privada llamada «Tenedora de Arte Moderno y Contemporáneo de Bilbao SL», sociedad cuyo capital está suscrito íntegramente por el Gobierno vasco y la Diputación foral de Vizcaya. También el edificio es propiedad de una sociedad privada instrumental de las Administraciones vascas, «Inmobiliaria», que ha cedido a la fundación su utilización en usufructo.

En la obra de J. ZULAIKA, *Guggenheim Bilbao: Crónica de una seducción* (Nerea, Madrid, 1997) puede encontrarse el complejo proceso de creación de este museo.

yen», así como por «los derechos y cargas de Patronato sobre las fundaciones y Reales Patronatos a que se refiere la presente Ley»<sup>149</sup>. El artículo 5 determina cuales son las fundaciones, denominadas «Reales Patronatos», que forman parte del Patrimonio Nacional, fundaciones constituidas, en todos los casos, en torno a bienes del Patrimonio Histórico tan significativos como el Monasterio de El Escorial o el de Las Huelgas. De hecho, nunca se ha dudado sobre su condición de fundaciones culturales, expresamente confirmada por el artículo 51 del RD 496/1987, de 18 de marzo, del Reglamento del Patrimonio Nacional, que establece una cláusula de supletoriedad en favor de la «normativa sobre fundaciones culturales privadas», referencia que, en la fecha de su promulgación, había que entender efectuada al Decreto 2930/1972 y, en la actualidad, a la Ley 50/2002 y normas de desarrollo.

El artículo 7 de la Ley fija el contenido de los derechos del Patronato de estas fundaciones: «el determinado en sus cláusulas fundacionales y, en caso de insuficiencia de las mismas, comprenderá con toda amplitud las facultades de administración de las Fundaciones respectivas», establece que el Protectorado corresponde «al Rey con las facultades que le atribuyen las disposiciones vigentes»<sup>150</sup>, e indica que «los bienes de estas Fundaciones, destinados al cumplimiento directo de sus respectivos fines, gozarán de las mismas exenciones fiscales que los de dominio público del Estado y serán imprescriptibles e inembargables, sin perjuicio de lo dispuesto en su legislación específica sobre su enajenación»<sup>151</sup>. El Reglamento de la Ley del Patrimonio Nacional completa en su Título IV este régimen. Hay que tener cuenta, además, que en la medida en que los bienes de estas fundaciones pertenecan, como de hecho ocurre, al Patrimonio Histórico quedarán sujetos a su Legislación propia<sup>152</sup>.

---

<sup>149</sup> El Tribunal Supremo, en sus Sentencias de 2 de octubre de 1989 (RJ 6837) y 26 de enero de 2001 (RJ 1893), ha mantenido que los artículos 4 y 5 de esta Ley establecen los bienes y derechos de patronato del Patrimonio Nacional «nominativamente, y de forma concreta y específica ... sin que puedan entenderse incluidos en unos u otros nada más que los que la Ley reguladora contempla».

<sup>150</sup> Una previsión que, como afirma J. L. PIÑAR, «no puede ser considerada en su literalidad» al no corresponderse con «la configuración constitucional de la figura real» («Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones», ob. cit., p. 40). En la misma línea, T. GONZÁLEZ CUETO (*Comentarios a la Ley de Fundaciones. Ley 50/2002, de 26 de diciembre*, ob. cit., pp. 268-273) o F. LÓPEZ-NIETO Y MALLO (*La ordenación legal de las fundaciones*, ob. cit., p. 274).

<sup>151</sup> La disposición adicional 4.ª de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, declara su supletoriedad respecto de las normas reguladoras del Patrimonio Nacional.

<sup>152</sup> Así lo establecen tanto el artículo 6 de la Ley del Patrimonio Nacional como la disposición adicional 5.ª de la LPHE.

En suma, nos encontramos ante una categoría singular de fundaciones de origen muy antiguo —el listado de fundaciones de la Ley vigente coincide prácticamente con el establecido por la Ley de 1940 que, como advirtiera L. López Rodó, reproduce a su vez, sin apenas variaciones, el que ya figuraba en la Ley de 1876<sup>153</sup>—, de las que la doctrina ha destacado siempre su particular naturaleza y sumisión a un régimen jurídico propio<sup>154</sup> y que permanecen al margen del debate que, en los últimos años, viene acompañando a la creación de entidades de esta naturaleza por las Administraciones Públicas<sup>155</sup>.

## V. Consideración final

Negar en el Estado y en la sociedad de nuestros días la importancia y trascendencia de las fundaciones dentro del denominado «tercer sector»<sup>156</sup>, supondría sencillamente cerrar los ojos a la realidad. Las fundaciones, como se viene repitiendo desde los más diversos ámbitos, constituyen un importante instrumento al servicio del principio constitucional de participación ciudadana en la vida económica, cultural y social, al tiempo que reflejan un nuevo orden en el que la garantía de los intereses generales ha dejado de ser monopolio del Estado para ser considerada patrimonio de la sociedad en su conjunto<sup>157</sup>. Un fenómeno que, como advirtiera A. Pérez Moreno, coincide con «las transformaciones del Estado y la aparición de la privatización como alternativa. El Estado insuficiente como hacedor del Bienestar abre paso a la acción social directa», el Estado «no abandona la escena sino que cambia de papel»<sup>158</sup>. Las fundaciones representan, más que ninguna otra figura probable-

<sup>153</sup> *El Patrimonio nacional*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1954, p. 233.

<sup>154</sup> Así, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ (*Curso de Derecho Administrativo*, vol. 1, Civitas, 6.ª ed., Madrid, 1993, pp. 372 y 3) o S. MUÑOZ MACHADO («Asociaciones, Fundaciones y Tercer sector», en *Materiales para el estudio del Derecho*, www.iustel.com).

<sup>155</sup> De hecho, se ha negado que sean fundaciones del sector público en aplicación de las Leyes vigentes. Concretamente por M. MESA VILA (*Fundaciones del sector público andaluz. Régimen jurídico y gestión*, Instituto andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2009, p. 34).

<sup>156</sup> Sobre este concepto, ciertamente difuso, pueden verse, entre otras, las definiciones de M. VAQUER [*La acción social (Un estudio sobre la actualidad del Estado social de Derecho)*, ob. cit., p. 25] o de M. A. CABRA DE LUNA que recoge además las distintas nociones aportadas por autores diversos (*El tercer sector y las fundaciones de España hacia el nuevo milenio*, ob. cit.).

<sup>157</sup> *Vid.* sobre el particular, y entre otras, las consideraciones de S. MUÑOZ MACHADO [Prólogo a la obra de M. VAQUER, *La acción social (Un estudio sobre la actualidad del Estado social de Derecho)*, ob. cit., p. 17].

<sup>158</sup> «El tercer sector en la sociedad portuense», *Discurso de ingreso en la Academia de Bellas Artes de Santa Cecilia de El Puerto de Santa María*, que será publicado en el Libro homenaje a M. Baena del Alcazar. Copia mecanografiada, p. 15.

mente, esta contribución privada a la satisfacción de las necesidades colectivas, de ahí las propias características de las normas que las regulan en las que se «difumina la dicotomía derecho público-derecho privado»<sup>159</sup> y de ahí también la permanente tensión en la que se mueven entre esos dos polos representados, respectivamente, por la voluntad del fundador y el necesario control público justificado en el interés general al que sirven.

No puede, desde luego, negarse el gran avance que supuso la unificación en 1994 del Derecho de Fundaciones, caracterizado, hasta ese momento, por la dispersión de sus normas, la contradicción en sus soluciones y la disparidad, no siempre justificada, en el tratamiento de algunas materias. Ahora bien, sin negar los logros de este ordenamiento y tras su clara consolidación, quizás haya llegado el momento de reflexionar sobre si la decantación por un régimen jurídico unitario es realmente la más acorde con la extraordinaria diversidad que caracteriza al mundo de las fundaciones, de plantear posibles adaptaciones de esa regulación uniforme a los muchos tipos de fundaciones existentes, idea apuntada hace ya algún tiempo por J. L. Piñar<sup>160</sup>. En efecto, no es lo mismo que la fundación cree una persona privada a que la constituya una persona pública, como tampoco lo es que la fundación disponga de un patrimonio dotacional con el que hacer frente con garantía al cumplimiento de sus objetivos a que se constituya con la dotación mínima legalmente exigida quedando su financiación, y con ella el propio cumplimiento de sus fines, a expensas de unos recursos externos futuros e inciertos. No son finalmente iguales todas las fundaciones cuando se atiende a su objeto. La naturaleza de sus fines, así como la medida en la que participan en su satisfacción y la forma en la que actúan para su consecución son muy variadas. Todas estas diferentes realidades, de las que las fundaciones culturales dejan clara constancia, permanecen al margen de la regulación vigente. Una normativa a la que corresponde además asegurar ese justo punto de equilibrio, no siempre conseguido, entre, de una parte, el necesario reconocimiento a estas entidades de un marco de libertad en el que puedan desarrollar con eficacia sus cometidos, y la exigencia, de otra, de su control por la Administración en garantía de los intereses generales a los que sirven.

El avance en la definición de los fines de las fundaciones y en su salvaguardia por la Administración puede otorgar además nuevas perspectivas a la necesaria reflexión sobre el papel del protectorado, que es muy probable que requiera también de adaptaciones a los muchos tipos de fundaciones existentes. Éste es además el contexto en el que debe plantearse el debate sobre un mo-

---

<sup>159</sup> En expresión tomada de la Sentencia del Tribunal Constitucional 18/1994.

<sup>160</sup> «Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones», ob. cit., p. 62.

delo de protectorado único o diverso. En efecto, si hoy mayoritariamente la doctrina defiende el protectorado único, que las propias fundaciones además reivindicán, es justamente porque el control que el protectorado ejerce es un control esencialmente contable, punto de partida desde el que, efectivamente, carece de todo sentido su dispersión por Ministerios distintos con el consiguiente riesgo de falta de uniformidad en la aplicación de la norma. Si, por el contrario, se caminara en la línea de una mayor determinación de los fines fundacionales y de las actividades que las fundaciones realizan para su consecución, es claro que la opción en favor de un protectorado múltiple cobraría otra dimensión y sentido.

En definitiva, las fundaciones constituyen una institución capital en la medida en que contribuyen de una forma muy importante a la satisfacción de los intereses generales, de ahí que sin negar el valor de lo mucho aportado por el Derecho de los últimos años, proceda reflexionar sobre aquellas posibles reformas que puedan favorecer su mejor funcionamiento sin detrimento de las competencias que a la Administración le corresponde ejercer en garantía de esos intereses generales.



# Las cuentas anuales y otros documentos obligatorios de información de las fundaciones

*Enrique Rúa Alonso de Corrales*

Profesor de Economía Financiera y Contabilidad  
Universidad CEU San Pablo de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PARTICULARIDADES DE LAS ENTIDADES SIN FINES LUCRATIVOS QUE AFECTAN A SU MARCO CONCEPTUAL CONTABLE.—III. LAS OBLIGACIONES CONTABLES DE LAS FUNDACIONES: 1. *Marco legal*. 2. *Fundaciones de competencia estatal*: A) Libros contables. B) Cuentas anuales y otros documentos obligatorios. 3. *Fundaciones de competencia autonómica*.—IV. DOCUMENTOS INTEGRANTES DE LAS CUENTAS ANUALES: 1. *La rendición de cuentas después de la reforma contable de 2007*. 2. *El balance*: A) Contenido. B) Estructura. C) Adecuación del modelo a las entidades sin fines lucrativos. 3. *La cuenta de resultados*: A) Contenido. B) Estructura. C) Adecuación del modelo a las entidades sin fines lucrativos. 4. *La memoria*: A) Contenido. B) Estructura.—V. OTROS DOCUMENTOS OBLIGATORIOS DE INFORMACIÓN: 1. *Introducción*. 2. *Plan de actuación*: A) Contenido. B) Indicadores para entidades sin fines lucrativos. C) Propuesta de plan de actuación. 3. *Inventario*. 4. *Memoria económica*: A) Requisito fiscal. B) Contenido. 5. *Informe sobre la realización de inversiones financieras*.—VI. OBLIGACIONES ADICIONALES DE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO.—VII. AUDITORÍA DE LAS CUENTAS ANUALES: 1. *Introducción*. 2. *Normativa aplicable*: A) Fundaciones estatales. B) Fundaciones autonómicas.—VIII. PRESENTE Y FUTURO DE LA CONTABILIDAD DE LAS FUNDACIONES EN ESPAÑA: UNA BREVE REFLEXIÓN.

## I. Introducción

Las entidades sin fines lucrativos (ESFL) y, por ende, las fundaciones desarrollan un papel muy importante en nuestra sociedad, ofreciendo bienes y servicios de interés general, realizando actividades complementarias o sustitutivas a las Administraciones Públicas.

Los fines que persiguen, los beneficiarios de sus actuaciones distintos a los aportantes de financiación, un régimen fiscal especial, las subvenciones que reciben tanto públicas como privadas que constituyen la fuente principal de ingresos y por tanto la principal vía de financiación, son razones de peso para que estas entidades deban mostrar a terceros una información adecuada, seguramente más exigente que sociedades mercantiles, pero sin duda distinta.

Dentro de los principios de actuación de las fundaciones está el dar información suficiente de sus fines y actividades a los beneficiarios, donantes, fundadores y sociedad en general. Es por ello que en la legislación sustantiva de estas entidades se establece la necesidad de rendir cuentas anualmente.

Pero pese al razonamiento anterior, el desarrollo de la contabilidad de las entidades no lucrativas en España no ha sido sin duda el adecuado. El problema además viene de origen, es decir, cuando el legislador de fundaciones decidió acertadamente obligar a la rendición de cuentas cometió el error de tomar el modelo contable de las entidades mercantiles y aplicarlo a entidades que no tienen ese carácter. Ello ha provocado que al entenderse «insuficiente» la información contable del modelo empresarial, la normativa sustantiva de las fundaciones ha querido recargar la información que deben presentar, y lo que ha complicado más la situación, utilizando determinada terminología no adaptable a la normativa contable existente.

Todo ello posiblemente no ha supuesto un aumento de transparencia en la información de estas entidades, sino una acumulación de información, en algunas ocasiones inconexa, de gran complicación en su elaboración y de poca utilidad para sus usuarios.

Además, ello provoca problemas adicionales que la normativa contable no puede resolver, debido a que la naturaleza no mercantil de estas entidades hace que determinadas operaciones reguladas en su legislación no tengan una fácil y acertada respuesta contable.

En este artículo el objetivo es poner de manifiesto cuál es la situación de las fundaciones en materia contable, analizando tanto las obligaciones contables existentes en el ámbito estatal como autonómico, así como los distintos documentos que deben elaborar para dar una información a sus usuarios. Terminaremos con una reflexión sobre si este sistema es el más adecuado o si el modelo contable que debería aplicarse a las fundaciones, o entidades sin fines no lucrativos en general, debería estar diseñado atendiendo a otros criterios.

## **II. Particularidades de las entidades sin fines lucrativos que afectan a su marco conceptual contable**

En el entorno económico en el que nos encontramos son muchos los agentes actuantes, aunque, por fortuna, no todos se mueven por el ánimo de lucro, sin embargo éstos también necesitan suministrar una adecuada información.

Los elementos diferenciadores que desde una perspectiva contable provocan la elaboración de una información financiera adaptada en las ESFL son

principalmente sus fines u objetivos, distintos a los de las empresas de negocios.

Entre las principales características o aspectos específicos que hacen recomendable la elaboración de un marco contable propio <sup>1</sup> cabe destacar:

1. El patrimonio aportado por los donantes deja de pertenecer a éstos para ser propiedad de la entidad, que no tiene propietarios, y destinarse al logro de fines de interés general. El grado de cumplimiento de tales fines y el mantenimiento de dicho patrimonio deberá ser por tanto objetivo prioritario de la información de los estados contables en estas entidades.

2. Los aportantes de fondos son distintos a los beneficiarios de los servicios, por lo que los primeros no encuentran una satisfacción directa en el disfrute de los mismos, sino en conocer el alcance, calidad y oportunidad de las actividades de la entidad. Esto deberá tenerse en cuenta a la hora de elaborar la información.

3. La misión básica de la mayoría de las ESFL es, de forma genérica, la conversión de sus recursos en servicios de carácter social; la contabilidad deberá facilitar periódicamente información para poder conocer el cumplimiento de tal propósito.

4. En estas entidades se mezclan elementos de derecho público, administrativo y privado, debiendo la información contable facilitar los controles que deban realizarse en función de las legislaciones que le sean aplicables. Además, sus actuaciones están más controladas y reguladas, tienen pues menor libertad en comparación con las lucrativas, siendo la información a suministrar, a los organismos que ejercen el control, más exigente.

5. Realizan en algunas ocasiones actividades económicas para generar recursos que financien las actividades no lucrativas, en cuyo caso debería existir una adecuada separación a nivel contable entre las distintas actividades realizadas.

6. Dada la ausencia de lucro, el beneficio no es un buen indicador de sus logros, siendo más conveniente conocer su posición financiera y los logros alcanzados que los resultados económicos obtenidos.

7. Mientras en las entidades mercantiles los fines suelen ser más concretos y pueden generalmente valorarse, por el contrario, en la mayoría de las no

---

<sup>1</sup> En este sentido hay que resaltar el Marco Conceptual de la Información Financiera para Entidades Sin Fines Lucrativos, publicado en mayo de 2008, elaborado por la Comisión de entidades sin fines lucrativos de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas (AECA).

lucrativas suelen ser intangibles, siendo complejo establecer el grado de cumplimiento. Las normas contables deberían permitir medir su actividad, necesi-tándose unos adecuados indicadores de gestión.

8. Por último, en cuanto a las particularidades del entorno donde estas entidades operan cabe destacar que las actividades que desarrollan, en la mayo-ría de las ocasiones, no están sujetas a mecanismos reguladores del mercado, que además pueden incluso operar en condiciones de ineficiencia siempre que obtengan recursos financieros por vías ajenas al mercado (subvenciones y donaciones) o que realizan en algunas ocasiones actuaciones similares a em-presas lucrativas, por otra se acercan a entidades públicas, lo que hace que re-jojan contablemente un rango de peculiaridades muy amplio.

Existen por tanto razones de peso para establecer un marco propio para estas entidades o al menos, partiendo del marco contable general, adaptarlo a sus carac-terísticas, teniendo en cuenta las necesidades de los usuarios de la información.

Sin embargo, debemos señalar que el proceso normalizador contable de las entidades no lucrativas ha tenido un ritmo muy inferior al de otros sectores. No hay que olvidar que muchas de ellas ni siquiera llevaban un sistema conta-ble de partida doble, ciñéndose sus registros únicamente a entradas y salidas de tesorería.

Es pues imprescindible un replanteamiento de los objetivos de la informa-ción contable y de los estados financieros, así como inexcusable un análisis ri-guroso de ciertos conceptos y operaciones típicas realizadas por este tipo de entidades como son el concepto de dotación fundacional y sus afectaciones posteriores, el de Patrimonio Histórico, el destino obligatorio de rentas e in-gresos, las subvenciones y donaciones o legados, así como las operaciones es-pecíficas de reconocimiento de gastos e ingresos.

### **III. Las obligaciones contables de las fundaciones**

#### **1. Marco legal**

Las fundaciones en España tuvieron que esperar hasta 1994 para contar con un marco legal actualizado y unificado, acorde con la realidad del sector fundacional, con 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 (Ley 30/1994 de fundaciones).

A nivel contable, el Real Decreto 1643/1990, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, en su disposición final 5.<sup>a</sup>, autorizaba al Institu-

to de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) la aprobación mediante resolución de aquellas adaptaciones sectoriales que considerara precisas o convenientes.

Finalmente, después de un relativo corto período de tiempo y mediante el Real Decreto 776/1998, de 30 de abril, se aprueban las Normas de Adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos y las normas de información presupuestaria (Normas de adaptación del PGC a las ESFL 98), dando cumplimiento a la disposición adicional octava de la Ley 30/1994, de Fundaciones. Sin duda, esta adaptación sectorial estaba plenamente justificada por las características específicas del sector no lucrativo.

Sin embargo, transcurridos ocho años desde la aprobación de la Ley 30/1994, de Fundaciones, diversos motivos aconsejaron su revisión, por una parte para acoger algunas experiencias innovadoras en los últimos años en el derecho comparado que pudieran servir para fortalecer a estas entidades en nuestro país; por otra, para intentar dar solución a algunas de las demandas de las fundaciones para rebajar ciertas rigideces, principalmente en orden a simplificar trámites administrativos, en especial los de carácter económico financiero sobre todo para las fundaciones de menor tamaño, el control del Protectorado, reformar el régimen de organización y funcionamiento del Patronato, etc. Por ello, con fecha de 26 de diciembre de 2002, se aprobó la hoy vigente Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (Ley 50/2002, de Fundaciones), aplicable a aquellas que tuvieran carácter estatal. Finalmente fue aprobado su desarrollo reglamentario mediante el Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal (Reglamento de fundaciones).

En consecuencia, las obligaciones económicas y contables recogidas por el artículo 25 de la Ley 50/2002, de Fundaciones, son de aplicación a aquellas que tengan ámbito estatal, pero no debemos olvidar que las de ámbito autonómico pueden estar sujetas a una normativa específica <sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> La disposición final primera de la Ley 50/2002, de Fundaciones, intenta clarificar las competencias entre las Comunidades Autónomas y el Estado, estableciendo qué preceptos deben aplicarse a las fundaciones de competencia estatal, pudiendo por tanto la Comunidad Autónoma correspondiente normalizar lo que considere oportuno obligando a aquellas fundaciones que desarrollan sus funciones principalmente en dicha comunidad emisora y que se han creado al amparo de su legislación. Sin embargo, no todas las Comunidades Autónomas han decidido dictar una regulación específica en materia de fundaciones. Hasta julio de 2010, las Comunidades de Andalucía, Canarias, Castilla y León, Cataluña, Galicia, La Rioja, Madrid, País Vasco y Valencia han sido las que han asumido las competencias que en materia de fundaciones les confieren sus estatutos y han regulado a través de leyes y decretos lo que entendían conveniente para permitir una gestión adecuada y un control eficaz de las mismas.

La nueva perspectiva en el panorama contable en España tras la aprobación de los nuevos planes contables, el Real Decreto 1514/2007, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad (PGC 2007), y el Real Decreto 1515/2007 por el que se aprueba el PGC para pequeñas y medianas empresas (PGC PYMES 2007), adaptados a la normativa internacional, y que son de aplicación obligatoria a partir del año 2008, han supuesto un cambio importante en el ámbito contable para todas las entidades en España, y por supuesto para las entidades sin fines de lucro (ESFL).

Tras la reforma contable las Normas de adaptación del PGC a las ESFL 98 continúan en vigor pero en todo aquello que no se opongan a la nueva normativa contable, algo que, como analizaremos posteriormente, ha dejado a las fundaciones una situación contable complicada.

## 2. *Fundaciones de competencia estatal*

### A) *Libros contables*

Las fundaciones deben llevar una contabilidad ordenada y adecuada a su actividad, siendo los libros contables obligatorios<sup>3</sup> el «Libro Diario» y el «Libro de Inventarios y de Cuentas Anuales». En caso que el Patronato lo considerara oportuno podrá llevarse cualquier otro para el buen orden y desarrollo de las actividades y su adecuado control.

Además, también es obligatoria la tenencia de un «Libro de planes de actuación»<sup>4</sup>.

### B) *Cuentas anuales y otros documentos obligatorios*

En referencia a las cuentas anuales, éstas estarán formadas por el balance, la cuenta de resultados y la memoria y su objetivo es mostrar la imagen fiel del patrimonio y resultados de la fundación<sup>5</sup>. Por otra parte, será el Presi-

---

<sup>3</sup> Corresponde al *Registro de Fundaciones de competencia estatal* (art. 42-44 RRF) las funciones relativas al depósito de cuentas y la legalización de los libros (disposición adicional sexta de la Ley 50/2002, de Fundaciones). Los libros, ya se hallen encuadernados o formados por hojas móviles, deberán estar completamente en blanco y sus folios numerados correlativamente (art. 43 RRF). El período para su legalización es de cuatro meses posteriores a la fecha de cierre del ejercicio. Aún no está en funcionamiento el Registro único, y por tanto continúan con sus funciones los Registros de los diferentes Protectorados.

<sup>4</sup> Artículo 17 del Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, del Registro de Fundaciones de Competencia Estatal (RRF).

<sup>5</sup> En este sentido nos reafirmamos en nuestra postura de si realmente el modelo de rendición de cuentas mercantil es el que debiera aplicarse a las fundaciones, apoyándonos en si real-

dente del Patronato, o persona designada por los Estatutos o por el órgano de gobierno, quien formulará las cuentas anuales en el plazo máximo de seis meses <sup>6</sup>.

Resulta curioso que la legislación no establece un plazo de formulación de las cuentas, salvo, como veremos posteriormente, que tuvieran que ser auditadas, donde se establece un plazo de tres meses para su formulación <sup>7</sup>.

En lo relativo a la estructura de las mismas, deberán adaptarse al modelo normal establecido en la normativa contable, aunque podrán, si cumplen ciertas condiciones, acogerse a los modelos abreviados con el objetivo de facilitar la gestión contable a fundaciones de menores dimensiones, con las mismas condiciones establecidas en el resto de la legislación mercantil <sup>8</sup>.

Además, las fundaciones de menor tamaño podrán adoptar un modelo simplificado de llevanza de contabilidad, que deberá ser desarrollado reglamentariamente <sup>9</sup>. Sin embargo, en referencia a esta circunstancia cabe señalar que si bien en el momento de la aprobación de la Ley 50/2002, de Fundaciones, existía una contabilidad simplificada aplicada a las entidades mercantiles y

---

mente lo que se precisa conocer de estas entidades es su patrimonio y sus resultados, que es lo que muestra las cuentas anuales tradicionales.

<sup>6</sup> A partir de la fecha de cierre, cada documento integrante tendrá que estar identificado, indicando de forma clara su denominación, entidad a la que corresponde y ejercicio económico. La unidad monetaria será el euro, y en función del valor de los elementos patrimoniales podrán expresarse en miles o millones.

<sup>7</sup> Para que lógicamente el auditor tenga un tiempo razonable para realizar su trabajo antes de la aprobación de las cuentas y presentación al Protectorado.

<sup>8</sup> Por lo que podrán presentar cuentas abreviadas aquellas en que a la fecha de cierre concurren al menos dos de estas tres circunstancias:

- a) Activo total menor o igual a 3.125.000 euros (balance y memoria) y 12.500.000 euros (cuenta de resultados).
- b) Importe neto del volumen anual de ingresos menor a 6.250.000 euros (balance y memoria) y 25.000.000 de euros (cuenta de resultados).
- c) Número medio de trabajadores menor o igual a 50 (balance y memoria) y 250 (cuenta de resultados).

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

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

<sup>9</sup> Pudiéndose aplicar en aquellas que cumplan dos de estas tres circunstancias:

- a) Activo total menor o igual a 150.000 euros.
- b) Importe neto del volumen anual de ingresos menor a 150.000 euros.
- c) Número medio de trabajadores menor o igual a 5.

que por tanto se estaba pensando en una adaptación a las ESFL, dicha contabilidad fue derogada con la reforma mercantil contable, con lo cual, a menos a corto plazo, no es de esperar la existencia de una contabilidad simplificada tal y como se establece en la legislación fundacional.

Los documentos deberán igualmente ser remitidos al Protectorado en los siguientes diez días hábiles desde su aprobación, acompañados del informe de auditoría en su caso, y una vez examinados en sus aspectos formales pasarán al Registro de fundaciones, para que cualquier persona que lo solicite tenga acceso a los mismos <sup>10</sup>.

En los últimos tres meses de cada ejercicio el Patronato elaborará y remitirá al Protectorado un plan de actuación, que viene a sustituir al presupuesto preventivo establecido en la derogada Ley 30/1994, de Fundaciones, donde quedarán recogidos los objetivos y actividades a realizar para el ejercicio siguiente.

Por otra parte, deberá presentarse un inventario que recoja los elementos patrimoniales pertenecientes a la fundación, que deben estar clasificados, ordenados por fechas de adquisición, expresados en unidades físicas y debidamente valorados.

Por último, deberán formular cuentas anuales consolidadas aquellas fundaciones que tengan participación en sociedades mercantiles siempre y cuando se encuentren en cualquiera de los supuestos previstos en la legislación mercantil para la sociedad dominante [art. 42, Código de Comercio (C. de C.)] y realicen actividades económicas <sup>11</sup>.

Sin duda la rendición de cuentas por parte de una fundación y de la documentación que debe elaborar es más completa que en una sociedad mercantil. A través del siguiente cuadro se intenta poner de manifiesto esta circunstancia (cuadro 1).

---

<sup>10</sup> Cabe destacar la importancia de que la información contable sea pública, de otra forma no es justificable la rendición de cuentas más que por motivos de transparencia. Si los usuarios de la información no tienen acceso a la misma, de poco servirá la elaboración de cuentas anuales.

<sup>11</sup> En referencia a la coetilla final sobre la realización de actividades económicas, en mi opinión prácticamente todas las fundaciones la realizan, ya se trate de una actividad propia sin ánimo de lucro o de carácter mercantil.

CUADRO 1.—Comparativa entre fundación de carácter estatal y entidades mercantiles de aspectos fundamentales sobre obligaciones contables (elaboración propia)

	SOCIEDADES MERCANTILES <sup>a</sup>	FUNDACIONES ESTATALES
LIBROS CONTABLES <sup>b</sup>	— Libro de Inventarios y de Cuentas Anuales — Libro Diario — Libro de Actas	— Libro de Inventarios y de Cuentas Anuales — Libro Diario — Libro de planes de actuación — Otros dispuestos por el Patronato
ESTADOS CONTABLES OBLIGATORIOS	— Balance — Cuenta de pérdidas y ganancias — Memoria — Estado de cambios en el patrimonio neto — Estado de flujos de efectivo	— Balance — Cuenta de Resultados — Memoria
QUIÉN FORMULA	— Empresario (Individuales) — Socio (Responsabilidad ilimitada) — Administradores (Resp. Limitada)	— Patronato o persona designada por Estatutos o por el Patronato
PERIODICIDAD	Anual	Anual
MODELOS ABREVIADOS	Sí	Sí
AUDITORÍA	Sí	Sí
PLAZO FORMULACIÓN CUENTAS ANUALES	3 meses desde fecha cierre	No hay plazo de formulación aunque sí de presentación de 6 meses
CONTABILIDAD SIMPLIFICADA	NO	SÍ (aunque no está desarrollada)
DOCUMENTOS DE PREVISIÓN	NO	Plan de actuación

<sup>a</sup> Obligaciones contables recogidas en el Código de Comercio.

<sup>b</sup> Además, la sociedad mercantil, de forma voluntaria, podrá llevar un libro Mayor, de Almacén, para el registro de compras y ventas, etc.

### 3. *Fundaciones de competencia autonómica*

Dentro de este contexto podemos incluir a aquellas fundaciones que desarrollan sus actividades sólo en territorio de una comunidad autónoma y que están sujetas a la legislación vigente en ésta, ya que se han constituido como tales. En lo concerniente a los documentos contables que deben presentar de forma obligatoria debemos tener en cuenta la disposición final primera de la Ley 50/2002, de Fundaciones, que determina en el artículo 25 de la presente ley, antes analizado, que no es de aplicación obligatoria en las comunidades autónomas, y que por tanto éstas podrán legislar al respecto. Se incluye a continuación una tabla comparativa (cuadros 2 y 3) de la regulación específica por comunidad autónoma, sin entrar en detalle pero sí destacando los aspectos principales.

## IV. Documentos integrantes de las cuentas anuales

### 1. *La rendición de cuentas después de la reforma contable de 2007*

Con la reforma contable-mercantil que finalizó en el año 2007<sup>12</sup>, y que supuso la aprobación del PGC 2007 y del PGC 2007 PYMES, uno de los principales cambios ha sido la formulación y presentación de cinco estados contables; ya que a los ya existentes (balance, cuenta de pérdidas y ganancias, y memoria) habría que añadirle el estado de cambios en el patrimonio neto (ECPN) y el estado de tesorería o *cash-flow*.

Dado esta importante modificación cabría preguntarse si ello es trasladable a entidades no mercantiles y por tanto cuáles serán los estados contables que las fundaciones han debido elaborar a partir del ejercicio 2008, así como la aplicación y vigencia de las Normas de adaptación del PGC a las ESFL 98.

La disposición transitoria quinta (PGC 2007) establece en relación a los desarrollos normativos en materia contable:

1. Adaptaciones sectoriales: seguirán aplicándose en todo aquello que no se oponga a la nueva normativa.
2. Entidades no mercantiles: deberán aplicar sus normas de adaptación aunque deberán aplicar el PGC 2007 o PGC PYMES 2007 en todos aquellos aspectos que han sido modificados y se deberán respetar en todo caso las particularidades contables que establezcan sus disposiciones específicas.

---

<sup>12</sup> Ley de Reforma y Adaptación de la Legislación Mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea (vigor 1 de enero de 2008).

CUADRO 2.—Comparativa de las obligaciones a nivel contable entre las distintas legislaciones autonómicas (elaboración propia)

OBLIGACIONES CONTABLES EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS					
	ANDALUCÍA <sup>a</sup>	CANARIAS <sup>b</sup>	CASTILLA Y LEÓN <sup>c</sup>	CATALUÑA <sup>d</sup>	GALICIA <sup>e</sup>
LIBROS CONTABLES	— Libro Diario — Libro de Inventario y de Cuentas Anuales	NO	— Libro de Actas — Libros exigidos por normativa contable	— Libro Diario — Libro de Inventario y de Cuentas Anuales	— Libro Diario — Libro de Inventario y de cuentas anuales
ESTADOS CONTABLES OBLIGATORIOS	— Balance — Cuenta de Resultados — Memoria (cuadro financiación)	— Inventario — Balance — Cuenta Resultados — Memoria	— Inventario — Balance — Cuenta Resultados — Memoria	— Balance — Cuenta Resultados — Memoria — ECPN — Estado de flujos de efectivo	— Inventario — Balance — Cuenta Resultados — Memoria
QUIÉN FORMULA	PATRONATO	PATRONATO	PATRONATO	PATRONATO	PATRONATO
PERIODICIDAD	ANUAL	ANUAL	ANUAL	ANUAL	ANUAL
AUDITORÍA	SÍ	SÍ	NO (salvo exigida por Patronato o Protectorado)	SÍ	SÍ
PLAZO FORMULACIÓN CCAA	6 MESES	6 MESES	6 MESES	6 MESES	6 MESES
PRESUPUESTOS O PLAN DE ACTUACIÓN	— Plan actuación: • Preventivo • Liquidado	— Presupuesto • Liquidado • Preventivo + Memoria Explicativa	— Presupuesto • Liquidado • Preventivo + Memoria Explicativa	NO	— Plan actuación: • Preventivo • Liquidado
PROTECTORADO (Revisión Cuentas)	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ

<sup>a</sup> Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y Decreto 32/2008, de 5 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

<sup>b</sup> Ley 2/1998, de 6 de abril, de Fundaciones canarias.

<sup>c</sup> Ley 13/2002, de 15 de julio, de Fundaciones de Castilla y León (modificada por la Ley 12/2003 y por la Ley 2/2006) y Decreto 63/2005, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de Castilla y León.

<sup>d</sup> Ley 4/2008, de 24 de abril, del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las Personas Jurídicas.

<sup>e</sup> Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de Fundaciones de Interés Gallego, y Decreto 14/2009, de 21 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de Interés Gallego.

CUADRO 2.—(Continuación)

OBLIGACIONES CONTABLES EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS				
	LA RIOJA <sup>a</sup>	MADRID <sup>b</sup>	PAÍS VASCO <sup>c</sup>	VALENCIANA <sup>d</sup>
LIBROS CONTABLES	— Libro Diario — Libro de Inventario y de Cuentas Anuales	NO	— Libro Diario — Libro de Actas — Libro de Inventario y Balance — Libro de Presupuestos	NO
ESTADOS CONTABLES OBLIGATORIOS	— Balance — Cuenta de Resultados — Memoria	— Inventario — Balance — Cuenta de Resultados — Memoria	— Inventario — Balance — Cuenta de Resultados — Memoria	— Inventario — Balance — Cuenta de Resultados — Memoria
QUIÉN FORMULA	PATRONATO	PATRONATO	PATRONATO	PATRONATO
PERIODICIDAD	ANUAL	ANUAL	ANUAL	ANUAL
AUDITORÍA	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
PLAZO FORMULACIÓN CCAA	6 MESES	6 MESES	6 MESES	6 MESES
PRESUPUESTOS O PLAN DE ACTUACIÓN	— Plan actuación: • Preventivo • Liquidado	— Plan actuación o presupuesto: • Preventivo • Liquidado	— Presupuesto • Liquidado • Preventivo + Memoria Explicativa	— Presupuesto • Liquidado • Preventivo + Memoria Explicativa
PROTECTORADO (Revisión Cuentas)	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ

<sup>a</sup> Ley 1/2007, de 12 de febrero, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

<sup>b</sup> Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid.

<sup>c</sup> Ley del Parlamento Vasco 12/1994, de 17 de junio, de Fundaciones.

<sup>d</sup> Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de Fundaciones de la Comunidad Valenciana, y Decreto 139/2001, de 5 de septiembre, del Gobierno Valenciano, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de la Comunidad Valenciana.

Por otra parte, el *artículo 5, entidades no mercantiles*, del PGC 2007 PYMES establece que podrán optar por la aplicación de este plan contable si cumplen los criterios generales <sup>13</sup>.

Además, y para clarificar cuál era la situación de las entidades no mercantiles, el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) ha tratado de aclarar esta cuestión a través de una consulta <sup>14</sup>, donde establece, entre otras cuestiones, que los estados contables a elaborar por las entidades no lucrativas serán aquellos exigidos por su legislación específica.

Una primera conclusión es por tanto que las fundaciones de competencia estatal y la mayor parte de las de competencia autonómica deberán formular tres estados contables (balance, cuenta de resultados y memoria) y por tanto no estarán obligadas a elaborar ni el ECPN ni el Estado de flujos de efectivo <sup>15</sup>.

Después de clarificar esta situación, el siguiente paso era establecer unos formatos de cuentas anuales de cara a la rendición de cuentas. Finalmente, el ICAC mediante una nueva consulta <sup>16</sup>, establece los modelos de balance y cuenta de resultados que deben elaborar estas entidades <sup>17</sup>.

El criterio seguido por el ICAC en la elaboración de los modelos <sup>18</sup> parte de la idea de que serán los establecidos en la tercera parte del PGC 2007, a los que deberá incluirse aquellas partidas propias de estas entidades y que venían recogidos en las Normas de adaptación del PGC a las ESFL 98.

Por último lugar, la consulta hace determinadas precisiones que pueden resultar de gran importancia, entre las que cabe destacar:

---

<sup>13</sup> Dichos criterios son coincidentes con los vistos anteriormente a efectos de la elaboración del balance y memoria abreviados.

<sup>14</sup> Consulta n.º 1 publicada en el Boletín Oficial del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (BOICAC) n.º 73, de marzo de 2008, «Sobre la aplicación del PGC 2007, por parte de una entidad no lucrativa, sujeta hasta el momento a las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad para entidades sin fines lucrativos».

<sup>15</sup> Conviene recordar que en caso de que la entidad no lucrativa sea sociedad dominante de otras entidades mercantiles y por tanto forme lo que en el Código de Comercio se denomina «Grupo consolidable», será de aplicación lo establecido en éste, y por tanto a efectos de las cuentas consolidadas sí deberá elaborar ECPN y en su caso Estado de Flujos de Efectivo.

<sup>16</sup> Consulta n.º 4: «Sobre los modelos de balance y cuenta de resultados de las entidades sin fines lucrativos que apliquen las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad, aprobadas por el Real Decreto 776/1998, de 30 de abril», BOICAC n.º 76, fechado en diciembre de 2008.

<sup>17</sup> Tanto en su formato normal como abreviado.

<sup>18</sup> En cualquier caso, dichos modelos, a criterio del ICAC, son los establecidos en esta consulta, pero siempre referidos a balance y cuenta de resultados, ya que en ningún caso se establece ningún contenido de la memoria contable.

- En relación al *cuadro de cuentas y las definiciones y relaciones contables*, no es una parte obligatoria del PGC 2007, excepto en aquello que contenga criterios de registro y valoración, pero no cabe duda que son un referente para la elaboración de las cuentas anuales <sup>19</sup>.

- En relación a la *Memoria*, y aunque no establece su contenido, nos indica que la pauta para su elaboración es que deberá incluir básicamente la información exigida en el PGC 2007 a la que habrá que añadir la información específica prevista en las Normas de adaptación del PGC a las ESFL 98, y aquella requerida por la normativa sustantiva que sea aplicable.

## 2. *El balance*

### A) *Contenido*

El balance será el documento que nos informe sobre el patrimonio de la entidad, mostrando sus dos aspectos, por un lado el activo o recursos económicos controlados de los que espera obtenerse unos rendimientos, y por otra parte la forma de financiarlos, es decir, el pasivo, que recogerá las obligaciones de pago, y por diferencia entre ambos el patrimonio neto.

El balance a elaborar por las entidades sin fines de lucro se trata, sin duda, de un balance que sigue el modelo empresarial, pero con ciertas modificaciones como la inclusión de partidas o denominaciones propias de las entidades no lucrativas.

En todo caso, parece clara la necesidad de conocer cuál es el patrimonio de las fundaciones, diferenciando los activos con que cuentan para la realización de sus actividades, las obligaciones de pago a que tienen que atender y el valor de la entidad o de su patrimonio neto.

### B) *Estructura*

Con respecto a su estructura, títulos y contenido, se ha respetado lo establecido por el PGC 2007, realizándose sólo modificaciones en las denominaciones de algunas cuentas y en su desglose, cuando ha sido necesario.

En el activo vendrán separados los denominados como «corrientes», aquellos cuya conversión en liquidez se producirá durante el ciclo normal de la en-

---

<sup>19</sup> Es por ello que aunque los modelos finalmente publicados en esta consulta carecen de una asignación de cuentas a los diferentes epígrafes, las entidades no lucrativas podrán utilizar las cuentas existentes en el PGC 2007, sin perjuicio de incluir otras provenientes de las Normas de adaptación del PGC a las ESFL, siempre y cuando no contradigan el PGC 2007.

tividad, normalmente a un año o menos, siendo por exclusión los «no corrientes» los restantes. Dentro del «activo no corriente» vendrán diferenciados los activos por su naturaleza, debiéndose incluir en su caso los bienes que integren el Patrimonio Histórico.

En el pasivo y patrimonio neto tendremos la estructura financiera; en concreto, las obligaciones a las que tendrá que atender la entidad en un período igual o inferior a su ciclo de actividad, que se recogerán como «pasivos corrientes», mientras que el resto aparecerán en el epígrafe de «pasivos no corrientes». La financiación no exigible será el patrimonio neto de la entidad, que vendrá compuesto principalmente por sus fondos propios, es decir, dotación fundacional, las reservas y las subvenciones y donaciones recibidas.

### C) *Adecuación del modelo a las entidades sin fines lucrativos*

Sin embargo, la problemática para las ESFL y por ende para las fundaciones reside en que muchos de los recursos están afectos a actividades concretas, siendo fundamental dar información sobre dichas afecciones patrimoniales, tanto a nivel interno como externo. Esta información podría darse de distintas formas:

a) *Aplicando el sistema de «contabilidad de fondos»*: de fuerte implantación en EEUU, supone un trato diferenciador de la financiación recibida para una actividad concreta, constituyendo «fondos por actividad» que serán tratados contablemente de forma individual, estableciéndose un «balance por actividad», para posteriormente elaborar un balance consolidado de todas las actividades.

b) *Mediante indicaciones en el balance*: separando en el activo los bienes y derechos afectos a actividades lucrativas de los afectos a «no lucrativas», así como en el pasivo, diferenciando las deudas en función de la actividad de la que proceden. Además, dentro del patrimonio neto, deberán señalarse aquellos cuyo uso está restringido, permanente o temporalmente, de aquellos de libre disposición, lo que podrá realizarse a través de subcuentas o de partidas concretas.

c) *Mediante la introducción de notas en la memoria*: dando información sobre los elementos patrimoniales afectos a actividades concretas. Aparecerían por una parte todos los datos sobre la donación (financiación) y por otra, los elementos obtenidos en la misma (inversión).

Como ventajas de este último sistema señalamos las siguientes:

— El balance conservará su estructura, lo que supone una ventaja a efectos comparativos, y la información será más exhaustiva en la memoria.

— La contabilidad en España apunta en esta dirección, queriendo potenciar el papel de la memoria como documento que proporciona información económico-financiera de la entidad.

A pesar de ello y dentro de los posibles inconvenientes habría que destacar:

— El balance en algunas ocasiones no ofrecerá correctamente la imagen fiel del patrimonio.

— El control sobre dichos bienes puede no ser el adecuado, y posiblemente a los donantes no les parezca suficiente la mera anotación en la memoria.

### **3. La cuenta de resultados**

#### **A) Contenido**

La cuenta de resultados recoge los gastos e ingresos devengados durante el ejercicio. Su objetivo es cifrar el excedente, positivo o negativo, de la entidad en un período de tiempo determinado.

Dicho excedente o resultado del período, nos indicará el incremento o disminución patrimonial producido durante el ejercicio y en consecuencia si la entidad dispone de un mayor patrimonio y por tanto recursos para hacer frente a sus actividades o por el contrario se ha consumido parte del patrimonio fundacional.

#### **B) Estructura**

Hasta el año 2007 las entidades no lucrativas elaboraban el modelo establecido en las Normas de adaptación del PGC a ESFL 98, en donde se establecía este estado contable en «forma de cuenta». Pero a partir del año 2008 se toman los modelos del PGC 2007 con las modificaciones precisas, establecidos en la consulta del ICAC antes mencionada, y cuyo formato es «de lista», es decir, gastos e ingresos en la misma columna, por lo que los gastos aparecerán con signo negativo, y lógicamente los ingresos con signo positivo.

En la nueva estructura recogida en el PGC 2007 vienen separadas las operaciones continuadas de las interrumpidas, aunque tal y como el plan general contable las define parece que esta separación no será de aplicación en las entidades no lucrativas. Además, dentro de las operaciones continuadas habrá

que separar los gastos e ingresos financieros del resto que aparecerán como gastos e ingresos de explotación <sup>20</sup>.

En referencia a los ingresos dentro de los denominados de explotación la fundación deberá separar los de actividades propias de aquellos que pudiera obtener, en su caso, de actividades mercantiles.

En cuanto a los gastos están clasificados por naturaleza y, como analizaremos posteriormente, se precisará de una información de gastos por actividades que lógicamente requería una clasificación funcional posterior de los mismos.

En cualquier caso, la separación entre explotación y financieros no supone un mayor problema en estas entidades donde los resultados parciales que se van calculando carecen de la importancia que alcanzan en el mundo empresarial. Por último, indicar que deberá separarse el resultado antes y después de impuestos.

### C) *Adecuación del modelo a las entidades sin fines lucrativos*

Como la finalidad de las fundaciones no es la obtención de lucro, sino proporcionar a los beneficiarios la mayor cantidad y los mejores servicios posibles en función de los recursos disponibles, la cuenta de resultados como indicador de los objetivos marcados no reviste la trascendencia que tiene en las entidades lucrativas, pues, dado sus fines, lo que se necesitan quizás son indicadores del grado de cumplimiento de los mismos u otra forma alternativa de medir sus actuaciones.

También habrá que tener en cuenta que mientras que el beneficio en las entidades lucrativas se destinará a remunerar a los accionistas o a aumentar recursos propios para la financiación de activos no corrientes y del fondo de rotación, en las entidades no lucrativas no existen propietarios que remunerar, aunque sí la necesidad de financiar inversiones permanentes, por lo que será conveniente también la obtención de superávit en estas organizaciones dada la importancia de la autofinanciación, como en cualquier otro tipo de sociedad.

Por otro lado, es importante tener en consideración que la cuenta de resultados recoge todos los *inputs* o factores valorados por su precio de adquisición, salvo ciertas consideraciones de importancia como, por ejemplo, el trabajo voluntario, pero en ocasiones no recoge los *outputs*, al no percibir contraprestación económica por su actividad, por lo que realmente no nos está informando del resultado obtenido en sus actividades.

---

<sup>20</sup> Resulta curioso que la nueva normativa contable ya no contempla la existencia de un tercer tramo, el de los resultados extraordinarios o atípicos, resultados que ahora habrá lógicamente que integrar o bien como explotación o como financieros.

Por último, es importante poder diferenciar los resultados obtenidos por la entidad en el desarrollo de sus actividades propias de aquellos obtenidos en las actividades mercantiles que pudiera realizar. Para ello se plantean dos soluciones:

a) Duplicar la cuenta de resultados para separar de un lado los flujos generados por la actividad propia o en cumplimiento de fines y, por otro, los de las actividades mercantiles, en donde el resultado se reinvierte en actividades fundacionales, y es, en muchos casos, el sostenimiento económico de la entidad <sup>21</sup>.

b) Presentar una única cuenta de resultados con un desdoblamiento, cuando fuera necesario, posterior en la memoria, lo cual supone un esfuerzo adicional al tener que realizar un reparto ex-post de ingresos y gastos.

Finalmente, y a modo de resumen, señalar que los principales problemas de la cuenta de resultados para las fundaciones se encuentran en:

1. La clasificación por naturaleza de los gastos, cuando quizá lo más adecuado sería hacerlo por funciones, pues es más importante seguir el nivel de gastos de una actividad que la naturaleza de los mismos.

2. El problema de los resultados obtenidos que están afectos a actividades específicas, y que no se reflejan en la cuenta de resultados. Para solucionarlo podrían abrirse subcuentas de gastos e ingresos para indicar aquellos ingresos que estén afectos y dónde han sido invertidos.

#### **4. La memoria**

##### **A) Contenido**

La memoria es sin duda el documento contable que mayor información reporta sobre la entidad. Su objetivo inicial es el desarrollo y explicación del contenido del balance y cuenta de resultados, así como añadir otra información relevante.

Pero en el caso de las fundaciones se incluye información detallada sobre sus actividades, y toda aquella requerida por su legislación sustantiva, por lo que sin duda, para estas entidades, se trata de un documento más exigente que la que elaboran las sociedades mercantiles.

---

<sup>21</sup> Caso similar a lo regulado en el Real Decreto 2014/1997, PGC de las entidades aseguradoras, que aunque los gastos e ingresos son recogidos en los grupos (6) y (7) y clasificados por su naturaleza, se abre un grupo (8), donde se van a volver a clasificar, pero ya en este caso se trataría de una clasificación funcional, o por actividades.

B) *Estructura*

En relación al modelo de memoria y contenido mínimo a incluir, no existe un formato estandarizado dado que en la consulta del BOICAC 76 antes señalada únicamente nos indica las pautas para su elaboración:

- Deberá incluir básicamente la información exigida en el PGC 2007.
- También aquella información específica prevista en las Normas de adaptación del PGC a las ESFL 98.
- Aquella requerida por la normativa sustantiva que sea aplicable.

En función de este mandato vamos a analizar su contenido:

a) Información exigida en el PGC 2007:

El contenido de la memoria recogida en el PGC 2007 no se adapta a la información que se requiere para las fundaciones. La información es por tanto de carácter económico-financiero, en concreto los puntos que integrarían la memoria serían:

<b>MEMORIA MODELO NORMAL PGC 2007</b>	
1. Actividad de la entidad	13. Ingresos y gastos
2. Bases de presentación de las cuentas anuales	14. Provisiones y contingencias
3. Aplicación de resultados	15. Información sobre medio ambiente
4. Normas de registro y valoración	16. Retribuciones a largo plazo al personal
5. Inmovilizado material	17. Transacciones con pagos basados en instrumentos de patrimonio
6. Inversiones inmobiliarias	18. Subvenciones, donaciones y legados
7. Inmovilizado intangible	19. Combinaciones de negocios
8. Arrendamientos y otras operaciones de naturaleza similar	20. Negocios conjuntos
9. Instrumentos financieros (incluye Fondos Propios)	21. Activos no corrientes mantenidos para la venta y operaciones interrumpidas
10. Existencias	22. Hechos posteriores al cierre
11. Moneda extranjera	23. Operaciones con partes vinculadas

Los puntos 16, 17, 19, 20 y 21 tienen complicada su adaptación a las fundaciones; el resto de puntos corresponden al desarrollo del balance y cuenta de resultados u otra información necesaria que debe suministrarse.

b) Información específica de las Normas de adaptación del PGC a las ESFL 98:

De la información prevista en la memoria de las Normas de adaptación del PGC a las ESFL 98 únicamente es una información específica la referente al patrimonio histórico, ya que el resto o bien es información que ya contiene la memoria del PGC 2007 o bien es información obligatoria que debe incluirse al amparo de la legislación sustantiva <sup>22</sup>.

c) Información obligatoria en aplicación de la legislación sustantiva <sup>23</sup>:

En función de lo establecido en la Ley 50/2002, de Fundaciones, y su desarrollo reglamentario será necesario incluir información sobre:

- Descripción global de las actividades realizadas, indicando si son propias o mercantiles, y de cada actividad:

- Recursos económicos empleados en su realización <sup>24</sup>.

- Personal: asalariado, por contrato de servicios y voluntario.

- Beneficiarios o usuarios (actividad propia): física o jurídica.

- Ingresos ordinarios (actividad mercantil).

- Inventario de los elementos patrimoniales.

- Grado de cumplimiento del plan de actuación: recursos empleados y su procedencia, beneficiarios por cada actuación.

- Convenios con otras entidades: valorados monetariamente.

- Información sobre el cumplimiento del destino obligatorio de rentas e ingresos.

- Cambios en órganos de gobierno, dirección y representación.

- Elementos patrimoniales afectos a actividad mercantil si la realizan.

---

<sup>22</sup> El cuadro de financiación y la cuenta de resultados analítica, apartados de la memoria de las Normas de adaptación del PGC a las ESFL, no son información específica y por tanto entendemos no debe realizarse. No olvidemos que para las fundaciones autonómicas andaluzas el cuadro de financiación sí es obligatorio.

<sup>23</sup> Vamos a hacer referencia a la información obligatoria en función de la Ley 50/2002, de Fundaciones, en caso de tratarse de una fundación de carácter autonómico deberá aplicarse su legislación específica.

<sup>24</sup> Amortizaciones y deterioros, resto de gastos, adquisiciones de inmovilizado, etc.

Las fundaciones que además realicen actividades mercantiles deberán diferenciar dentro del inmovilizado, existencias, gastos e ingresos, los afectos a las actividades propiamente mercantiles, creándose un apartado específico en cada punto correspondiente de la memoria.

Como aportación propia y siguiendo las pautas de lo establecido en la consulta del ICAC, los puntos que integrarían la memoria en su modelo normal, podrían ser en nuestra opinión:

<b>PROPUESTA DE MEMORIA NORMAL PARA FUNDACIONES</b>	
1. Actividad de la entidad	15. Ingresos y gastos
2. Bases de presentación de las cuentas anuales	16. Provisiones y contingencias
3. Aplicación del excedente del ejercicio	17. Información sobre medio ambiente
4. Normas de registro y valoración	18. Retribuciones a largo plazo al personal
5. Inmovilizado material	19. Subvenciones, donaciones y legados
6. Inversiones inmobiliarias	20. Aplicación de elementos patrimoniales a fines propios
7. Bienes del patrimonio histórico	21. Otra información
8. Inmovilizado intangible	22. Combinaciones de negocios
9. Arrendamientos y otras operaciones de naturaleza similar	23. Negocios conjuntos
10. Instrumentos financieros	24. Activos no corrientes mantenidos para la venta y operaciones interrumpidas
11. Usuarios y otros deudores de actividad propia	25. Hechos posteriores al cierre
12. Existencias	26. Operaciones con partes vinculadas
13. Moneda extranjera	27. Bases de presentación del plan de actuación
14. Situación fiscal	28. Información sobre la liquidación del plan de actuación

## **V. Otros documentos obligatorios de información**

### **1. Introducción**

Al margen de las cuentas anuales, las fundaciones en virtud de su legislación sustantiva están obligadas a la elaboración de otros documentos de información. Como ya indicamos anteriormente las cuentas anuales no parecen suficientes para suministrar aquella información que se entiende deben reportar estas entidades, es por ello por lo que surgen otros documentos con información económico-financiera y de las actividades de la entidad.

### **2. Plan de actuación**

#### **A) Contenido**

Con la derogación de la Ley 30/1994, de Fundaciones, y la aprobación de la Ley 50/2002, de Fundaciones, se sustituye la obligación de aprobar un presupuesto anual, por la presentación de un «plan de actuación», con lo que, manteniéndose la finalidad esencial de ofrecer información acerca de los proyectos o actividades fundacionales, se facilita en gran medida la gestión en las fundaciones, o al menos esa es la intención de la reforma legislativa.

Por ello, en el artículo 25.8 de la Ley 50/2002, de Fundaciones, se determina la obligación de que el Patronato, en los tres meses anteriores al cierre del ejercicio, elabore un plan de actuación para el siguiente año, donde se recojan los objetivos y actividades que deseen desarrollar. Sin embargo, no se establece ningún modelo en espera de que sea el ICAC el que desarrolle un modelo de plan de actuación.

Tras la aprobación del Real Decreto 1337/2005 Reglamento de fundaciones, no se ha aclarado la forma de elaboración del mismo, pero en su artículo 26, se incluye que el plan de actuación contendrá información significativa de cada una de las actividades propias y mercantiles, de los gastos estimados para cada una de ellas, y de los ingresos y otros recursos previstos obtener. Además deberá incluirse indicadores que permitan comprobar el grado de realización de cada actividad o el grado de cumplimiento de los objetivos.

El Protectorado, una vez comprobada la adecuación formal, lo depositará en el Registro de fundaciones de competencia estatal.

Al cierre del ejercicio, formando parte de la memoria contable, deberá incluirse el grado de cumplimiento del plan de actuación para el ejercicio cerra-

do, indicando los recursos empleados, su procedencia, y el número de beneficiarios en las actuaciones realizadas.

Con la nueva regulación, aunque debería constituir únicamente una declaración de intenciones de las actividades a realizar por la fundación para el siguiente período en la búsqueda de unos objetivos, el plan de actuación se ha convertido en un presupuesto, quizás con menor desarrollo del establecido en las Normas de adaptación del PGC a las ESFL 98, pero que obliga a incluir información adicional, como los indicadores de cumplimiento de objetivos o de realización de las actividades.

#### B) *Indicadores para entidades sin fines lucrativos*

Dentro del sector lucrativo, las empresas aplican indicadores en la medición de su gestión, tales como el rendimiento de sus inversiones, la participación en el mercado, la cotización de sus títulos, etc., siendo más sencilla su aplicación ya que la mayor parte de los consumos están traducidos en costes y los logros obtenidos en ingresos.

Sin embargo, en organizaciones sin fines lucrativos no ocurre así, no todos los consumos son costes, valga como ejemplo el trabajo de carácter voluntario que comúnmente se les presta a estas entidades, y la mayoría de sus logros u objetivos no están expresados, ni es posible hacerlo, en términos cuantitativos.

También cabe destacar que existe una gran variedad de indicadores de gestión para entidades públicas<sup>25</sup> y dado que algunas características son comunes a las entidades sin fines lucrativos, éstos podrían ser aplicados o al menos adaptados a éstas.

Su principal función sería medir el efecto de la realización de las actividades o de los servicios prestados por la entidad en sus beneficiarios.

Respecto a la aplicación de los indicadores a las fundaciones podemos llegar a las siguientes conclusiones:

1. Los indicadores de gestión constituyen un instrumento básico para cuantificar los logros, resultando fundamental tener en cuenta las características que definen a la entidad en el momento de su diseño para que ofrezcan información fiable sobre su eficiencia y eficacia.

2. Resulta necesaria la existencia de la contabilidad interna o de costes para tener la información precisa en la toma de decisiones.

---

<sup>25</sup> Indicadores que están estandarizados y que deben elaborarse de forma obligatoria tras la aprobación del Plan General Contable adaptado a entidades públicas 2010.

3. Por otra parte, hay que tener en cuenta que existe dificultad en evaluar a una entidad asociando el cumplimiento de objetivos al grado de eficiencia.

4. Como conclusión, destaca la importancia de crear unos indicadores, cuantitativos y sociales, que deberán ser diseñados a medida y atendiendo a las características concretas de cada entidad, que otorguen un grado de información fiable de la eficacia y eficiencia de sus actuaciones.

A la hora de elaborar estos indicadores, entre otros factores, deben tenerse en cuenta quiénes son los destinatarios de la información proporcionada. Aunque los usuarios sean diversos, pueden clasificarse en función de cuál es su visión del resultado de la actividad en:

a) *Internos*: fundamentando su interés en el área de su competencia, por ejemplo gestores, órganos de control interno, personal de la organización, etcétera.

b) *Externos*: autoridades de control externo, financiadores o subvencionadores de la entidad, beneficiarios, etc.

Una vez fijados los destinatarios, el problema será elaborar unos indicadores a aplicar con la información disponible.

Un problema añadido en la aplicación de los indicadores lo tenemos en la necesidad de comparación con un patrón de referencia.

Destacar por último que sería necesario la elaboración de una contabilidad analítica, que se antoja fundamental para el estudio de la eficiencia y eficacia, ya que únicamente con la información financiera suministrada en las cuentas anuales es una labor compleja el análisis de la gestión en estas entidades.

### C) *Propuesta de plan de actuación*

Tras la obligación legal a elaborar el plan de actuación en los términos que antes hemos desarrollado, las fundaciones están a la espera de que el ICAC establezca el modelo y las normas para su elaboración. Una propuesta podría ser la siguiente (cuadro 3).

CUADRO 3.—Plan de actuación propuesto (elaboración propia)

EJERCICIO ECONÓMICO 20XX												
Nombre de la fundación												
Relación de objetivos para el ejercicio	1.											
	2.											
	3.											
Relación de actividades realizadas por la entidad	Actividades propias						Actividades mercantiles					
	1.						1.					
	2.						2.					
	n.						m.					
Relación de GASTOS por naturaleza	Actividades propias						Actividades mercantiles					
	1.		2.		n.		1.		2.		m.	
	P	R	P	R	P	R	P	R	P	R	P	R
Cuentas de Gastos												
<b>TOTALES</b>												
Relación de INGRESOS y RECURSOS a obtener	1.		2.		n.		1.		2.		m.	
Ingresos y recursos												
<b>TOTALES</b>												

P: importe previsto o previsional.

R: importe realmente realizado.

n: número de actividades propias realizadas por la entidad.

m: número de actividades económicas realizadas por la entidad.

### 3. *Inventario*

Las fundaciones son entidades patrimonialistas ya que conceptualmente existe un conjunto de bienes y derechos afectados por el fundador a la consecución de fines de interés general. Históricamente el patrimonio era el elemento fundamental definidor en estas entidades, donde se esperaba que fuera el generador de las rentas necesarias para que la entidad llevara a cabo sus fines; sin embargo es cierto que hoy en día encontramos muchas fundaciones donde el patrimonio no es ya el elemento fundamental que las caracteriza.

El inventario es un documento obligatorio para todas las fundaciones de carácter estatal (art. 25, Ley 50/2002, de Fundaciones), así como para la mayoría de las de competencia autonómica y constituirá un documento integrante de la memoria contable.

Dicho inventario incluirá, además de los elementos que lo conforman y su valoración, las circunstancias especiales que afecten en su caso elementos patrimoniales.

En relación al formato no existe uno concreto, pero el contenido del mismo viene desarrollado en las Normas de adaptación PGC a las ESFL 98, en su disposición adicional 2.<sup>a</sup>, que incluiría la siguiente información:

- Descripción del elemento.
- Fecha de adquisición.
- Valor contable.
- Variaciones producidas en su valoración.
- Amortizaciones o provisiones o cualquier otra cuenta compensadora afecta.
- Circunstancias especiales que afecten al bien <sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> Es importante que en el documento se efectúe una delimitación de los bienes afectos a las actividades fundacionales de aquellos relacionados con actividades mercantiles, y también de los que forman la dotación fundacional, y los vinculados al cumplimiento de los fines. Igualmente debe figurar, caso que existieran, las restricciones impuestas por los donantes de los bienes o derechos.

#### 4. *Memoria económica*

##### A) *Obligación fiscal*

Para que una fundación sea considerada como «entidad sin fin lucrativo» a efectos 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 (Ley 49/2002, de Régimen Fiscal), y le sea de aplicación dicho régimen, deberá respetar, entre otras condiciones, las siguientes:

1. Cumplan las obligaciones contables previstas en las normas por las que se rijan.
2. Cumplan con la rendición de cuentas según su legislación aplicable.
3. Elaboren una *memoria económica*, donde se especifiquen los gastos e ingresos del ejercicio, por categorías y proyectos, así como el porcentaje de participación en sociedades mercantiles.

Según 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 (RD 1270/2003, Reglamento del Régimen Fiscal), dicha memoria deberá presentarse en el plazo máximo de siete meses desde la fecha de cierre del ejercicio en la Dependencia de Gestión Tributaria de la Delegación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

##### B) *Contenido*

En función de lo establecido por la regulación legal su contenido <sup>27</sup> será:

1. Identificación de las rentas exentas y no exentas del Impuesto sobre Sociedades, indicando los gastos e ingresos, así como los cálculos y criterios utilizados para determinarlos.
2. Identificación de los gastos, ingresos e inversiones por proyectos, y para el caso de los gastos incluir una clasificación de los mismos por su naturaleza.
3. Especificación y forma de cálculo de las rentas e ingresos netos que determina la Ley 49/2002, de Régimen Fiscal, así como el destino o aplicación dada a las mismas.

---

<sup>27</sup> Las entidades cuyo volumen de ingresos no supere los 9.000 euros y además no participen en sociedades mercantiles estarán exentas de presentar esta memoria, aunque no de su realización.

4. Retribución dada a los patronos, tanto en concepto de reembolso de los gastos ocasionados por el desempeño de su función, así como del cobro de algún servicio prestado a la entidad por alguna función distinta a la propia de su cargo.
5. Participaciones, directas o indirectas, en sociedades mercantiles.
6. Retribuciones a los administradores que perciban en virtud de representante de la entidad en una sociedad mercantil.
7. Convenios de colaboración empresarial suscritos por la entidad.
8. Actividades de mecenazgo que realice la entidad.
9. Previsión estatutaria del destino que debería darse al patrimonio de la entidad en caso de liquidación.

En referencia a la memoria económica cabe destacar que parte de la información solicitada ya forma parte de la memoria de las cuentas anuales. La dificultad en su elaboración estriba en determinados conceptos no bien definidos que sin duda suponen un problema importante dado que no son coincidentes con otros similares en la memoria contable <sup>28</sup>.

### **5. Informe sobre la realización de inversiones financieras**

Aquellas entidades sin fines lucrativos y por tanto las fundaciones que realicen inversiones temporales en valores mobiliarios e instrumentos financieros <sup>29</sup>, deben cumplir las recomendaciones establecidas por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) que podemos resumir:

1. Establecer sistemas de selección y gestión de inversiones y contar con suficientes conocimientos técnicos o contratar profesionales independientes para realizar esa actividad.
2. Con referencia a la selección de inversiones:
  - Se valorará la seguridad, liquidez y rentabilidad de las inversiones.
  - Se diversificarán los riesgos.
  - Se efectuarán las inversiones en valores negociados en mercados secundarios oficiales.

---

<sup>28</sup> Como ejemplo podíamos incluir la necesidad de repartir los gastos por categorías o proyectos, mientras que la memoria de las cuentas anuales nos pedía una clasificación por actividades.

<sup>29</sup> Activos con vencimiento no superior a un año, así como aquellos con vencimiento superior a un año pero que han sido adquiridos con el objetivo de beneficiarse en el corto plazo de la variación de los precios.

3. Los órganos de gobierno de la fundación deben presentar un informe anual junto con las cuentas anuales acerca del cumplimiento de éste código (artículo 25, Reglamento de la Ley de Fundaciones).

Por ello, cualquier fundación que realice una inversión financiera de carácter temporal, al margen del importe o valor de la misma, deberá realizar un informe indicando el cumplimiento de los distintos aspectos o recomendaciones. Dicho informe entendemos que se presentará junto con las cuentas anuales, una vez firmado por el Patronato de la fundación.

## VI. Obligaciones adicionales de las fundaciones del sector público

Las denominadas fundaciones del sector público <sup>30</sup> forman parte del denominado sector público estatal <sup>31</sup> y por tanto en materia contable deberán atender adicionalmente a los requerimientos que sean obligatorios en función de tal circunstancia. En concreto podemos destacar:

- a) Formulación de las cuentas anuales en función de su legislación aplicable en el plazo de tres meses (art. 127 LGP).
- b) Realización de un *informe relativo al cumplimiento de sus obligaciones económico-financieras* (art. 129.3 LGP).
- c) Elaboración del «Presupuesto de capital», que hasta que no sea obligatorio elaborar el estado de flujos de efectivo será el cuadro de financiación de las Normas de adaptación del PGC adaptado ESFL 98 aunque con los criterios PGC 2007.
- d) En caso de liquidación de la fundación deberá rendir cuentas en dicha fecha (art. 138.5 LGP).
- e) La rendición de cuentas se realizará al Tribunal de Cuentas (art.137 LGP).

Respecto al contenido del informe se debe incluir:

---

<sup>30</sup> Las fundaciones del sector público estatal (Capítulo XI. Ley 50/2002, de Fundaciones), son aquellas que:

1. Se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración General del Estado o sus organismos públicos o demás entidades del sector público estatal.
2. Aquellas cuyo patrimonio fundacional con carácter de permanencia esté formado en más de un 50% por bienes o derechos aportados por las citadas entidades.

<sup>31</sup> Artículo 2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (LGP).

1. Programas de actuación plurianual: informarán para cada objetivo, actividad e indicador relativos al presupuesto ejecutado, sobre lo previsto, lo realizado, las desviaciones absolutas, así como sobre el porcentaje de lo realizado sobre lo previsto.
2. Información sobre la liquidación de los presupuestos de explotación y capital.
3. Información sobre subvenciones y otras aportaciones recibidas por la entidad <sup>32</sup>.
4. Información regionalizada del importe de las adquisiciones de inmovilizado material e inmaterial.
5. Información relativa a la *ejecución de los contratos programa* y su grado de cumplimiento:
  - Cumplimiento de objetivos establecidos en el contrato <sup>33</sup>.
  - Importe previsto de las aportaciones de acuerdo con el contrato.
  - Importe devengado de las aportaciones.
6. Información relativa al cumplimiento de los principios de publicidad y concurrencia previstos en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.
7. Información relativa al cumplimiento de los principios de igualdad, mérito, capacidad, publicidad, concurrencia y objetividad previstos en la Ley de Fundaciones.
8. Información sobre garantías recibidas de entidades del sector público estatal.
9. Información sobre personal.
10. Cualquier otra información relativa a otras obligaciones de carácter económico-financiero que asuma la entidad como consecuencia de su pertenencia al sector público.

Sin duda las fundaciones del sector público están siendo sometidas a un doble control, por una parte del Protectorado, dado su condición de fundación, y por otra por parte de la Intervención General de la Administración del

---

<sup>32</sup> Si la entrega de la subvención o aportación está sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad o la adopción de un comportamiento singular, se deberá suministrar información sobre el cumplimiento o incumplimiento de los mismos.

<sup>33</sup> Coeficientes de cobertura de ingresos, reducción endeudamiento, disminución de plantilla, etc.

Estado (IGAE) al formar parte del sector público. Ello está provocando que los documentos que estas entidades deben elaborar constituyan un sistema de rendición de información realmente complejo que está provocando problemas en su gestión.

## VII. Auditoría de las cuentas anuales

### 1. Introducción

Dada la exigencia de dotar de la máxima transparencia a la información económico-financiera de las fundaciones se hace necesaria para estas entidades la auditoría de sus documentos contables.

La auditoría contable consiste en la revisión y verificación de los documentos contables para dictaminar si las cuentas anuales expresan la imagen fiel del patrimonio y de la situación económico-financiera de la entidad auditada, así como del resultado y de los recursos obtenidos y aplicados durante el ejercicio, y si dichos estados contables han sido elaborados en base al Código de Comercio y demás legislación vigente que le sea aplicable.

El objetivo final de la auditoría de cuentas es la realización de un informe donde se ponga de manifiesto la fiabilidad o no de los documentos contables auditados <sup>34</sup>.

La entrada en vigor de la Ley 30/1994, de Fundaciones, supone por primera vez la obligación de auditar a las fundaciones en España. Sin embargo, no debemos olvidar que en la Ley 19/1988, de Auditoría de Cuentas <sup>35</sup>, ya

---

<sup>34</sup> Actualmente tienen obligación de ser auditadas las empresas que:

1. Coticen en Bolsa o emitan obligaciones en oferta pública.
2. Sociedades de intermediación financiera y las de seguros.
3. Las que perciban subvenciones, realicen obras o efectúen suministros a organismos públicos, con los límites que se establezcan.
4. Las que cumplan dos de los siguientes tres límites durante dos ejercicios consecutivos:
  - Activo total neto no supere los 3.125.000 euros.
  - Cifra anual de negocios sea inferior a 6.250.000 euros.
  - Numero medio anual de trabajadores no supere los 50.
5. Otras sociedades tales como Cooperativas de Crédito, Mutuas y Entidades de Previsión Social, Fondos de Pensiones, Cooperativas de Viviendas, etc.
6. No cumpliendo ninguno de los requisitos anteriores, aquellas que, a solicitud de sus accionistas ante el Registro Mercantil, así lo exigieran, con la condición de que sea solicitado por al menos el 5% del capital social desembolsado.
7. Por decisión judicial a petición de quien acredite un interés legítimo.

<sup>35</sup> Disposición adicional 1.ª, punto 1.e.

existía la obligación de auditar para aquellas entidades, cualquiera que fuera su naturaleza jurídica, que percibieran subvenciones, realizaran obras o prestaran servicios al Estado y demás organismos públicos, dentro de los límites que reglamentariamente fijara el Gobierno mediante Real Decreto.

Por otro lado, las fundaciones podrían estar también obligadas a auditoría pública y revisión de cuentas a través del Tribunal de Cuentas<sup>36</sup>, en donde se establece el sometimiento al control financiero y a actuaciones de comprobación a aquellas entidades las cuales hayan recibido subvenciones o ayudas públicas, pues de acuerdo con el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria (artículo 132), si perciben subvenciones corrientes de los Presupuestos del Estado deberán rendir cuentas al Tribunal de Cuentas a través de la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE).

Los aportantes de fondos a estas entidades, ya sean públicos o privados, y los usuarios de su información contable en general, exigen cada vez más una mayor transparencia en la gestión y destino de los fondos, por lo que la auditoría se convierte en necesaria en las entidades no lucrativas, teniendo en cuenta además que ésta es un paso importante en la normalización contable de las fundaciones.

No debemos olvidar por tanto las ventajas que supone la auditoría, entre las que podríamos destacar una mayor credibilidad de la información contable frente a terceros, la mejora en los sistemas de control interno en la empresa y el perfeccionamiento de la información contable, anticipándose a todos los problemas que pudiera causar la formulación de cuentas.

Ello nos lleva a afirmar que no sólo la auditoría debe ser obligatoria, sino que resulta positiva para las fundaciones.

## 2. *Normativa aplicable*

### A) *Fundaciones estatales*

La actual Ley 50/2002, de Fundaciones, establece la obligación de auditar las cuentas anuales a aquellas fundaciones que superen dos de los siguientes tres límites, expresados ya en euros<sup>37</sup>:

---

<sup>36</sup> Pues se ven afectadas por el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, artículo 81 (modificada por la Ley General de Presupuestos del Estado para 1997 de acompañamiento en su art. 135).

<sup>37</sup> Deben superarse durante al menos dos ejercicios consecutivos, salvo el primer año de funcionamiento de la fundación o el de después de una operación de fusión, que estará ya obligada si las cumple en ese ejercicio.

1. Que el total de partidas del activo supere los 2.400.000 euros.
2. Que el importe neto de su volumen anual de ingresos de actividad propia más la cifra de negocios de la actividad mercantil sea superior a 2.400.000 euros.
3. Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio sea superior a 50.

Resulta curioso que, al contrario que en legislación mercantil, la obligación de auditar no esté vinculada a presentar el balance y memoria en el modelo normal, con lo que algunas fundaciones pueden presentar el modelo abreviado y estar sujetas a auditoría. Además, los límites actuales son más exigentes que para las entidades mercantiles, provocando por tanto que se auditen fundaciones que, en caso de tener otra forma jurídica, no serían auditadas; de esta forma parece quererse dar una mayor importancia a la auditoría en estas entidades.

Sin embargo, como aspecto positivo, la actual legislación ha eliminado las causas subjetivas que la antigua legislación recogía, por las cuales podía, aun no cumpliendo los límites que obligan a auditar las cuentas, solicitar auditoría a una fundación por petición del Protectorado.

#### B) *Fundaciones autonómicas*

Respecto a las fundaciones autonómicas podrán establecer la obligación o no de auditar las cuentas anuales y con distintas condiciones. Un resumen a la legislación autonómica se muestra en el cuadro de la página siguiente (cuadro 4) donde hemos separado cuando la obligación viene de causas objetivas o subjetivas.

CUADRO 4.—*Resumen comparativo de las obligaciones de auditoría en las distintas legislaciones autonómicas (elaboración propia)*

TABLA COMPARATIVA AUTONÓMICA. OBLIGACIÓN A AUDITAR		
COMUNIDAD AUTÓNOMA	OBLIGACIÓN	REQUISITOS
ANDALUCÍA	SÍ	— Causas objetivas: cumpla 2 de las 5 siguientes: 1. Activo > 2.400.000 euros 2. Importe neto de su cifra anual de ingresos ordinarios > 2.400.000 euros 3. Número medio trabajadores empleados durante el ejercicio > 30 4. Valor de contratos con patronos o parientes de estos > 15% gastos totales 5. Valor de las ventas de bienes y derechos de la fundación > 50% del valor del patrimonio — Causas subjetivas: NO
CANARIAS	SÍ	— Causas objetivas: cumpla 2 de las 3 siguientes: 1. Activo > 2.400.000 euros. 2. Importe neto de su volumen anual de ingresos de actividad propia, más la cifra de negocios de la actividad mercantil > 2.400.000 euros 3. Número medio trabajadores empleados durante el ejercicio > 50 — Causas subjetivas: NO
CASTILLA Y LEÓN	SÍ	— Causas objetivas: NO — Causas subjetivas: SÍ. Cuando concurren circunstancias que así lo aconsejen (a solicitud de Patronato o Protectorado)
CATALUÑA	SÍ	— Causas objetivas: cumpla 2 de las 3 siguientes: 1. Activo > 3.500.000 euros. 2. Importe neto de su volumen anual de ingresos de actividad propia, más la cifra de negocios de la actividad mercantil > 2.000.000 de euros 3. Número medio trabajadores empleados durante el ejercicio > 50 — Causas subjetivas: NO
GALICIA	NO	
LA RIOJA	SÍ	— Causas objetivas: cumpla 2 de las 3 siguientes: 1. Activo > 2.400.000 euros 2. Importe neto de su volumen anual de ingresos de actividad propia, más la cifra de negocios de la actividad mercantil > 2.400.000 euros 3. Número medio trabajadores empleados durante el ejercicio > 50 — Causas subjetivas: NO
MADRID	SÍ	— Causas objetivas: cumpla 2 de las 3 siguientes: 4. Activo > 2.400.000 euros 5. Importe neto de su volumen anual de ingresos de actividad propia, más la cifra de negocios de la actividad mercantil > 2.400.000 euros 6. Número medio trabajadores empleados durante el ejercicio > 50 — Causas subjetivas: NO
PAÍS VASCO	SÍ	— Causas objetivas: cumpla 2 de las 4 siguientes: 1. Patrimonio fundacional > 100 millones de pesetas (601.012 euros) 2. Volumen de actividades gestionadas > 500 millones de pesetas (3.005.060 euros) 3. Realice actividades mercantiles o participe en sociedades mercantiles 4. Predomine los servicios remunerados por los beneficiarios — Causas subjetivas: NO
VALENCIA	SÍ	— Causas objetivas: cumpla 2 de las 7 siguientes: 1. Activo > 400.000.000 de pesetas (2.404.048 euros) 2. Importe neto de su cifra anual de ingresos ordinarios > 400.000.000 pesetas (2.404.048 euros) 3. Número medio trabajadores empleados durante el ejercicio > 20 4. Ingresos recaudados de los beneficiarios > 50% de los ingresos totales 5. Valor de contratos con patronos o parientes de estos > 15% gastos totales 6. Valor de las participaciones en sociedades mercantiles > 50% del valor del patrimonio 7. Valor de las ventas de bienes y derechos de la fundación > 50% del valor del patrimonio — Causas subjetivas: SÍ. Aquellas que presenten especiales circunstancias (solicitud del patronato o Protectorado)

### **VIII. Presente y futuro de la contabilidad de las fundaciones en España: una breve reflexión**

Es claro que el desarrollo de la contabilidad de las entidades no lucrativas en España no ha sido sin duda el adecuado. El modelo mercantil no responde a las necesidades de reportar información de estas entidades, por lo que la normativa sustantiva de las fundaciones ha querido recargar la información a presentar. Sin embargo, esto no ha supuesto un aumento de transparencia en la información de estas entidades, sino una acumulación de información, en algunas ocasiones inconexa, de gran complicación en su elaboración y de poca utilidad para sus usuarios.

Por otra parte, tampoco podemos olvidar que en el momento de realizarse la adaptación sectorial a las entidades sin fines lucrativos en el año 1998, tampoco se tuvo en cuenta la fisonomía de estas entidades, es decir, se limitó a incluir algunas normas específicas a aplicar, pero se mantuvo la obligatoriedad de determinada información contemplada para sociedades mercantiles pero que carecía de toda utilidad para una fundación, como puede ser el cuadro de financiación o la cuenta de resultados analítica, o el, al menos discutible, formato y objetivo de la cuenta de resultados; mientras que otra información a incluir que sí hubiera necesitado un mayor desarrollo y estudio, como el caso del destino obligatorio de rentas e ingresos que deben realizar estas entidades a sus fines sociales, o sobre el efectivo cumplimiento de objetivos, no se tuvo suficientemente en cuenta o ni siquiera llegó a desarrollarse.

Por otra parte, la nueva perspectiva en el panorama contable tras la aprobación de los nuevos planes contables, adaptados a la normativa internacional, y la incertidumbre sobre la posibilidad de que exista o no un plan contable adaptado a las ESFL, así como la aplicación de una normativa internacional pensada para sociedades mercantiles y no para entidades sin ánimo de lucro, no hacen un panorama demasiado halagüeño.

A partir de este año 2008 estas entidades están aplicando de forma general una normativa contable puramente mercantil, no teniendo claro cuáles son los modelos de estados contables a presentar, qué información finalmente se les exigirá por parte de sus órganos externos de control, y lo que es más preocupante, si todo ello, al margen del esfuerzo adicional que les supondrá, va a suponer una mejora en la información a suministrar.

Es importante destacar la importancia de que finalmente existan unos modelos de balance y cuenta de resultados para la rendición de cuentas, que puedan utilizar los Protectorados a la hora de establecer los estados contables que deben presentar las fundaciones. Ello provoca que la información contable de

las fundaciones siga siendo una información estandarizada con las consecuentes ventajas de transparencia y comparabilidad que ello supone.

Sin embargo, hay que ser conscientes, que esto es sólo el punto de partida. La elaboración de la memoria es una asignatura pendiente, así como la elaboración de un cuadro de cuentas común y enlazado con los estados contables y, mirando más a medio o largo plazo, abordar el verdadero problema de la información económico-financiera de estas entidades, es decir, el tener unos estados contables que den la información y transparencia que requieren los usuarios de la información contable y a su vez sean razonables en su elaboración y comprensible para los encargados de su elaboración.

Sin embargo, por otra parte, la perspectiva del cambio debe hacernos optimistas y pensar que será el momento de rectificar los errores. Si el legislador se replantea la modificación de ciertos aspectos de su legislación sustantiva, y toman términos económicos y de información como referencia en lo establecido en las normas contables, y por otra parte si el ICAC opta por elaborar una adaptación sectorial y tiene en cuenta cuál es realmente el objetivo de la información contable de estas entidades, hacia quién va dirigida; que realmente son entidades que requieren de un modelo contable distinto, de unos estados contables que suministren otro tipo de información diferente a la que hasta el momento están elaborando bajo el modelo de las entidades mercantiles, para finalmente elaborar una información sectorial realmente útil, en ese caso estaremos sin duda ante un futuro esperanzador en materia de contabilidad de las entidades sin fines de lucro y, por tanto, de nuestras fundaciones.

En este sentido, entidades con la AECA, que ha creado una comisión específica de estudio sobre la contabilidad de estas entidades, que ya ha publicado (junio 2008) su primer documento «Marco conceptual de la información financiera para entidades sin fines lucrativos» y que tiene en elaboración nuevos trabajos, tales como los estados contables que deberían elaborarse <sup>38</sup>, la normativa contable propia del sector, indicadores de eficiencia y eficacia, así como la existencia de organismos como la Asociación Española de Fundaciones (AEF) que agrupa a la mayor parte de las fundaciones de nuestro país para la defensa de los intereses de las mismas, juegan un papel primordial en este sentido.

Sin duda el sector no lucrativo en general es el primer interesado en una información contable que ofrezca mayor transparencia de sus actividades para que la sociedad conozca la verdadera dimensión de sus actividades y proyectos.

---

<sup>38</sup> Trabajo que posiblemente ya habrá visto la luz en septiembre de 2010.

# El régimen jurídico del voluntariado social en la Comunidad Autónoma de Extremadura

*Vicente Álvarez García*

Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Extremadura  
Antiguo Letrado del Tribunal Constitucional

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. NORMATIVA ESTATAL Y NORMATIVA AUTONÓMICA EXTREMEÑA EN MATERIA DE VOLUNTARIADO: 1. *Las competencias estatales en materia de voluntariado y su desarrollo normativo.* 2. *Las competencias estatutarias de la Comunidad Autónoma de Extremadura en la esfera del voluntariado y su desarrollo normativo.*—III. EL ESTATUTO DEL VOLUNTARIADO SOCIAL EN EXTREMADURA: 1. *Planteamiento general.* 2. *La figura del voluntario y su regulación jurídica por el Derecho autonómico extremeño.* 3. *La figura de las entidades de voluntariado social y su regulación jurídica por el Derecho autonómico extremeño.*—IV. LAS RELACIONES DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EXTREMEÑAS CON LAS ESTRUCTURAS DE VOLUNTARIADO SOCIAL DE ÁMBITO AUTONÓMICO: 1. *Las competencias en materia de voluntariado social de la Comunidad Autónoma de Extremadura y su ejercicio por la Administración extremeña.* 2. *El Registro Central de Entidades de Voluntariado Social.* 3. *El Consejo Extremeño del Voluntariado.*—V. LAS MEDIDAS DE FOMENTO DEL VOLUNTARIADO: 1. *El fomento del voluntariado como tarea estatal y autonómica.* 2. *Las medidas específicas de fomento del voluntariado.*

## I. Introducción

Existen una multiplicidad de organizaciones que realizan de manera altruista tareas de interés común o de interés general, que, como explica el Profesor Muñoz Machado, sitúan su actividad «en un lugar distinto del Estado y del mercado», que se ha venido a denominar «tercer sector», separado, por tanto, en el mundo de los principios —aunque, ciertamente, menos en el mundo de las realidades—. La separación del Estado viene propiciada, en palabras de nuestro Profesor, «por el peso muerto y la lentitud de las estructuras burocráticas y sus respuestas a las necesidades sociales; también por la crisis financiera que obliga a buscar alternativas de gestión más baratas y eficientes». El distanciamiento con el mercado está originado por el hecho de que «la cultura y la ideología común de los ciudadanos de la Europa occidental no acepta el dismantelamiento del Estado de Bienestar para sustituir sus sistemas de prestaciones por fórmulas mercantiles basadas en la competencia y el beneficio» (S. Muñoz Machado: «La contribución de las organizaciones sociales a la

transformación del Estado del Bienestar», en S. Muñoz Machado/J. L. García Delgado/L. González Seara (dirs.), *Las estructuras del bienestar. Propuestas de reforma y nuevos horizontes*, Civitas/Escuela Libre Editorial, 2002, pp. 710 y 711).

Aunque las organizaciones del tercer sector pueden revestir formas jurídicas heterogéneas, la mayor parte de ellas se acomodan a los modelos de asociación o de fundación. En todo caso, revistan una u otra forma jurídica dichas entidades, es característico que participen en estas organizaciones voluntarios: «Es característico —escribe Muñoz Machado— que la pertenencia a ellas no esté legalmente impuesta y que, sin embargo, atraigan aportaciones voluntarias de tiempo o de dinero» (ob. cit., p. 716).

En la edición anterior de este Anuario nos centramos en el estudio del régimen jurídico existente en la Comunidad Autónoma de Extremadura para regular las fundaciones propias de este territorio. Dado que, salvo error, no ha existido ningún desarrollo normativo o jurisprudencial nuevo mínimamente relevante durante este último año sobre la materia «fundaciones», entendida en un sentido estricto, en el marco del Derecho Autonómico extremeño, me ha parecido oportuno centrar las líneas que siguen a continuación en la semblanza jurídica del referido elemento del «voluntariado», propio de las entidades integrantes del tercer sector, y, por tanto, también de las fundaciones.

## **II. Normativa estatal y normativa autonómica extremeña en materia de voluntariado**

### **1. Las competencias estatales en materia de voluntariado y su desarrollo normativo**

El Estado ha regulado esta cuestión a través, esencialmente, de la Ley de las Cortes Generales 6/1996, de 15 de enero, del Voluntariado (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996).

Es cierto que en esta Ley no se cita título competencial alguno *ex* artículo 149.1 de la Constitución. No obstante, en su Exposición de Motivos hay una apelación expresa a nuestra norma fundamental, en concreto a su artículo 9.2. En efecto, en dicho texto, tras afirmar, en primer término, que el «moderno Estado de Derecho debe incorporar a su ordenamiento jurídico la regulación de las actuaciones de los ciudadanos que se agrupan para satisfacer los intereses generales, asumiendo que la satisfacción de los mismos ha dejado de ser considerada como una responsabilidad exclusiva del Estado para convertirse en una tarea compartida entre Estado y sociedad», y, en segundo tér-

mino, que la «acción voluntaria se ha convertido hoy en día en uno de los instrumentos básicos de actuación de la sociedad civil en el ámbito social y, como consecuencia de ello, reclama un papel más activo que se traduce en la exigencia de mayor participación en el diseño y ejecución de las políticas públicas sociales», se proclama que:

«Esta participación, por otro lado, es la que reconoce expresamente nuestra Constitución a los ciudadanos y a los grupos en que éstos se integran, en el artículo 9.2, y la que, en razón del mismo artículo, están obligados a promover, impulsar y proteger los poderes públicos. Abordar legislativamente desde el Estado esta triple tarea supone, de un lado, garantizar la libertad de los ciudadanos a expresar su compromiso solidario a través de los cauces que mejor se acomoden a sus más íntimas motivaciones. En segundo lugar, implica, como se ha dicho anteriormente, la obligación del Estado de reconocer, promover e impulsar eficazmente la acción voluntaria en sus diversas modalidades. Finalmente, implica la obligación de respetar el orden constitucional de distribución de competencias y, por tanto, las normas que sobre esta misma materia hayan dictado o puedan dictar en un futuro las Comunidades Autónomas».

Por otra parte, la propia Exposición de Motivos se refiere expresamente al reparto constitucional de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de voluntariado, indicando que, por un lado, las competencias en materia de promoción y fomento del voluntariado no son exclusivas del Estado, cuya normativa, consecuentemente, y por otro lado, ve limitado su ámbito de aplicación bien «a los voluntarios y organizaciones que participen o desarrollen programas de ámbito estatal o supraautonómico», bien «a los que participen en programas que desarrollen actividades de competencia exclusiva estatal»<sup>1</sup>.

Afirmadas y acotadas expresamente las competencias estatales en materia de voluntariado, la Ley estatal regula en sus cuatro Títulos: a) Los conceptos, estrechamente ligados en dicha norma, de voluntariado y de actividades de interés general (Título I); b) La noción de voluntario, así como su catálogo de derechos y deberes (Título II); c) Las relaciones entre los voluntarios y las or-

---

<sup>1</sup> Esta idea, expresada en la Exposición de Motivos de la Ley estatal, encuentra su reflejo en el propio articulado de esta norma legal, en concreto en el precepto destinado a regular el ámbito de aplicación de la misma, que es su artículo 2, cuyo texto es el siguiente:

«1. Esta Ley será de aplicación a los voluntarios que participen en programas de ámbito estatal o supraautonómico, así como a las correspondientes organizaciones en cuanto desarrollen dichos programas.

2. También será de aplicación a los voluntarios y organizaciones que participen en programas que desarrollen actividades de competencia exclusiva estatal».

ganizaciones en que se integran (Título III), y d) Las medidas de fomento del voluntariado (Título IV).

## **2. *Las competencias estatutarias de la Comunidad Autónoma de Extremadura en la esfera del voluntariado y su desarrollo normativo***

El voluntariado en la Comunidad Autónoma extremeña ha sido regulado por distintas normas, siendo la de cabecera, ciertamente, la Ley de la Asamblea de Extremadura 1/1998, de 5 de febrero, del Voluntariado Social en Extremadura (DOE núm. 29, de 12 de marzo de 1998). Esta Ley apela en su Exposición de Motivos como títulos competenciales habilitantes para la adopción de la misma a tres preceptos del Estatuto de Autonomía de Extremadura <sup>2</sup>: los artículos 6.2.c) <sup>3</sup>, 7.1.19) <sup>4</sup> y 7.1.20) <sup>5</sup>. Dice, en concreto, el segundo inciso de dicha Exposición de Motivos que «el Estatuto de Autonomía de Extremadura atribuye competencias exclusivas a la Comunidad Autónoma en materia de asistencia y bienestar social incluida la política juvenil, como se establece en el artículo 7.1.19) y 20), así como en el artículo 6.2.c) de nuestro Estatuto de Autonomía, donde queda impreso que uno de los objetivos básicos de las instituciones de la Comunidad Autónoma será facilitar la participación de todos los extremeños en la vida política, económica, cultural y social de Extremadura».

Los objetivos básicos de esta norma legal están explicitados sintéticamente en la referida Exposición de Motivos, y persiguen, como finalidad última, el logro de una regulación jurídica de este tipo de prestación de voluntariado que «la prestigie socialmente y la impulse». Estos objetivos son: a) El establecimiento de una normativa que propugne la participación de los ciudadanos en

---

<sup>2</sup> El Estatuto de Autonomía de Extremadura fue aprobado por la Ley Orgánica 1/1983, de 25 de febrero, habiendo sido modificado, sustancialmente, por la Ley Orgánica 5/1991, de 13 de marzo; por la Ley Orgánica 8/1994, de 24 de marzo, y por la Ley Orgánica 12/1999, de 3 de mayo.

<sup>3</sup> El artículo 6.2 del Estatuto de Autonomía de Extremadura dispone que: «Las instituciones de la Comunidad Autónoma de Extremadura, dentro del marco de su competencia, ejercerán sus poderes con los siguientes objetivos básicos: (...) c) Facilitar la participación de todos los extremeños, y, en particular, de los jóvenes y mujeres, en la vida política, económica, cultural y social de Extremadura en un contexto de libertad, justicia y solidaridad entre todos los extremeños».

<sup>4</sup> El artículo 7.1 del Estatuto de Autonomía de Extremadura establece que: «Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en las siguientes materias: (...) 19) Promoción de la participación libre y eficaz de la juventud y de la mujer en el desarrollo político, social, económico y cultural».

<sup>5</sup> El artículo 7.1 del Estatuto de Autonomía de Extremadura prevé que: «Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en las siguientes materias: (...) 20) Asistencia y bienestar social».

esta materia; b) el desarrollo del voluntario en el campo de los Servicios Sociales; c) la salvaguarda de los derechos del voluntario, y d) la puesta de manifiesto de vías de colaboración entre las organizaciones de voluntarios y la propia Administración Pública.

Esta norma legal está estructurada en tres Títulos:

A) El Título I, que, salvo error, carece de toda rúbrica, regula las cuatro siguientes cuestiones:

1.<sup>a</sup> El objeto de la Ley, que se extiende a «la ordenación, fomento y protección del voluntariado social que se ejerza en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Extremadura», además de a la regulación de «las relaciones entre las distintas Administraciones Públicas, las Organizaciones que desarrollen actividades de aquella naturaleza y los voluntarios sociales» (art. 1).

2.<sup>a</sup> Diversas definiciones necesarias para la comprensión de la Ley (art. 2). En concreto, las de voluntario, de voluntario social y de entidades de voluntariado social.

3.<sup>a</sup> Los principios rectores de la actividad de los voluntarios (art. 3). A saber: a) La «libertad», como opción personalísima de compromiso social; b) la «solidaridad» con otras personas o grupos, que se traduzca en acciones concretas que intentan erradicar o modificar las causas de necesidad o marginación social; c) la «gratuidad», no buscando beneficio material en el desarrollo del servicio que se presta; d) la «autonomía» respecto a los poderes públicos, y e) la «complementariedad» respecto al trabajo realizado en el ámbito de la acción social por las Administraciones Públicas.

4.<sup>a</sup> El ámbito de actuación de las actividades de voluntariado (art. 4), que habrán de desarrollarse en virtud de «programas o proyectos concretos», promovidos por entidades sin ánimo de lucro e inscritas como tales en los correspondientes registros, en las siguientes áreas de actuación: a) Los servicios sociales; b) la protección civil; c) la cultura y educación; d) el deporte, ocio y tiempo libre; e) la salud; f) la cooperación internacional; g) la economía e investigación; h) el medio ambiente; i) los derechos humanos, y j) cualesquiera otras de naturaleza análoga que se desarrollen mediante el trabajo voluntario, ajustándose a lo dispuesto en la Ley autonómica reseñada.

B) El Título II ordena el «estatuto del voluntariado social», estando integrado, a su vez, por dos capítulos:

1.º Uno primero, referido al «voluntario», y, en particular, a la regulación de sus «derechos» (art. 5), de sus «deberes» (art. 6), y del llamado «compromiso del voluntario» (art. 7).

2.º Otro segundo, relativo a las «entidades de voluntariado social», y, en concreto, a su conceptualización (art. 8), a su organización y funcionamiento (art. 9), a sus deberes (art. 10), y a su registro (art. 11).

C) El Título III prevé diversas medidas de «fomento del voluntariado», estando dirigidas sus previsiones a la ordenación de las técnicas de fomento en general (art. 12), y al concreto mecanismo de las subvenciones en particular (art. 13).

Esta Ley autonómica ha sido desarrollada por dos Decretos de la Junta de Extremadura:

A) El Decreto 104/2007, de 22 de mayo, por el que se regula el voluntariado ambiental en Extremadura (DOE núm. 61, de 29 de mayo de 2007).

Esta norma reglamentaria, que se centra exclusivamente en una de las «áreas de actuación del voluntariado social» previstas en el artículo 4 de la Ley extremeña de voluntariado social como es el «medio ambiente», ha sido aprobada, según su Preámbulo, en un contexto en el que, por un lado, y de manera general, la «conservación de la naturaleza y protección del medio constituyen hoy un reto para el conjunto de la sociedad en general, y de la sociedad extremeña en particular», y en el que, por otro, y de manera más particular, el voluntariado ambiental se ha afianzado en nuestro país como movimiento de suma importancia práctica para la defensa de la naturaleza, promoviendo a través de él «acciones concretas de defensa y conservación de los recursos naturales y de educación y sensibilización medioambiental para inculcar la idea de una sociedad sostenible en equilibrio con el medio ambiente».

En este contexto, este Decreto tiene como objeto expresamente declarado<sup>6</sup>: a) El reconocimiento, la ordenación y la promoción del voluntariado ambiental en la Comunidad Autónoma de Extremadura; b) el fomento de la participación ciudadana en acciones para la mejora del medio ambiente; c) la formación, información y sensibilización ambiental de la población, y d) la regulación de las relaciones que se establezcan entre la Junta de Extremadura, las entidades de voluntariado ambiental y los voluntarios ambientales<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Téngase en cuenta el artículo 1 del citado Decreto autonómico 104/2007 relativo al Objeto de dicha norma autonómica.

<sup>7</sup> Con independencia de la regulación de su Objeto (art. 1), el meritado Decreto 104/2007 regula: a) Los objetivos de las actividades de voluntariado ambiental (art. 2); b) el ámbito de aplicación de esta norma reglamentaria; c) los conceptos de «voluntario ambiental», de «entidad de voluntariado ambiental», y de «voluntariado ambiental» (arts. 4, 5 y 6, respectivamente); d) los derechos y deberes del voluntario ambiental (art. 7); e) las campañas y demás acciones de protección, conservación y/o sensibilización medioambiental (arts. 8 a 11); f) las

La Administración autonómica persigue la potenciación del voluntariado ambiental en la Comunidad extremeña a través de tres líneas de actuación subrayadas en el Preámbulo del Decreto comentado y desarrolladas en su articulado. A saber: «La primera, se ocupa de actividades subvencionables para que las entidades de voluntariado presenten proyectos. En la segunda línea, será la propia Administración quien plantee o impulse campañas de voluntariado específicas, que estarán abiertas a todos los interesados. La tercera línea, establecerá la creación de la Red Extremeña de Voluntariado Ambiental<sup>8</sup>, que incluye una base de datos que permitirá la inscripción de todas las personas y entidades de voluntariado interesadas».

B) El Decreto 43/2009, de 6 de marzo, por el que se regula el estatuto del voluntariado social extremeño (DOE núm. 49, de 12 de marzo de 2009). Este Decreto ha sido desarrollado, a su vez, por la Orden de 10 de septiembre de 2009, de la Consejería de Igualdad y Empleo, mediante la que se dictan normas de organización y funcionamiento del Registro Central de Entidades del Voluntariado Social (DOE núm. 185, de 24 de septiembre de 2009).

A diferencia del carácter ciertamente sectorial que presenta la regulación de la actividad de voluntariado por el citado Decreto 104/2007, puesto que se centra en la ordenación del voluntariado ambiental exclusivamente, en desarrollo de la Ley autonómica de voluntariado de 1998, el Decreto 43/2009 que ahora corresponde reseñar tiene (también en desarrollo de la citada norma legal autonómica) una vocación generalista, pues se refiere al voluntariado en todos sus campos de actuación<sup>9</sup> (siempre, naturalmente, que «las personas voluntarias» y «las entidades de voluntariado social» desarrollen su actividad «dentro del territorio de la Comunidad Autónoma de Extremadura»), que, según el artículo 4 del propio Decreto de 2009, son: a) El ámbito social (derechos humanos; desarrollo comunitario; discapacidad; drogodependencias y otras conductas adictivas; infancia; inmigrantes, refugiados y asilados; juventud;

---

subvenciones (art. 12); g) la Red Extremeña de Voluntariado Ambiental (art. 13), y h) el portal del voluntariado ambiental (art. 14).

<sup>8</sup> La Red Extremeña de Voluntariado Ambiental se concibe «como una plataforma de colaboradores con un compromiso y una capacidad para el desarrollo de actividades concretas y como medio para agilizar la difusión de las acciones a emprender y poder informar rápida y eficazmente», pudiendo solicitar su inscripción en la Red cualquier persona física o jurídica que cumpla los requisitos exigidos por el Decreto 104/2007 (art. 13 de esta última norma reglamentaria).

<sup>9</sup> El artículo 4.1.i) del Decreto 43/2009 refiere, entre los campos de actuación del voluntariado social en Extremadura, incluso el «medio ambiente y el desarrollo sostenible». Ahora bien, esta referencia se hace matizando que la actividad de voluntariado en este campo se efectuará «conforme a lo desarrollado en el Decreto 104/2007, de 22 de mayo, por el que se regula el voluntariado ambiental en Extremadura».

minorías étnicas; mujer; parados; reclusos y ex-reclusos; personas afectadas por el VIH y SIDA; personas mayores; promoción de la autonomía personal y atención a la dependencia; otros colectivos en exclusión o en riesgo de exclusión o marginación); b) la protección civil; c) la cultura y educación; d) el deporte, ocio y tiempo libre; e) la salud y servicios sanitarios; f) el consumo; g) la cooperación internacional; h) la economía e investigación, o j) cualquier otro de naturaleza análoga a los que se acaban de citar.

La justificación de la adopción de este Decreto de 2009 de desarrollo de la Ley autonómica de Voluntariado Social de 1998 se contiene en el Preámbulo de la norma reglamentaria referida. Y es doble: por un lado, la potenciación de diversas previsiones de la Ley, principalmente en el ámbito referido «al Estatuto de los/as voluntarios/as», necesaria en la medida en que «la acción del voluntariado ha ido adquiriendo cada vez mayor protagonismo y asumiendo mayores funciones dentro de nuestra sociedad, alejándose de actuaciones espontáneas, improvisadas y voluntaristas, y contando actualmente este fenómeno con importantes delimitaciones sobre su concepto y el papel que asume como agente social»; y por otro lado, deben añadirse «las demandas realizadas por la sociedad civil extremeña organizada en entidades sin ánimo de lucro que quieren avanzar en el impulso y promoción del voluntariado, solicitando a los poderes públicos una mayor atención sobre el colectivo voluntario».

El Decreto autonómico comentado es, como ya se ha señalado hace unos instantes, un reglamento ejecutivo de la Ley extremeña de Voluntariado Social, teniendo como objetivos concretamente explicitados: a) La regulación de las relaciones entre las personas voluntarias y las entidades de voluntariado social respecto a los derechos y los deberes que les asisten; b) la ordenación de la implicación de las Administraciones Públicas para el fomento y coordinación del voluntariado social en Extremadura; c) el desarrollo del Registro Central de Entidades del Voluntariado Social, y d) la creación del Consejo Extremeño del Voluntariado (art. 1 del Decreto).

Con la finalidad de hacer realidad este objeto, la norma autonómica de naturaleza reglamentaria está dotada de una estructura que gira en torno a cinco Capítulos: a) El Capítulo I, rubricado «Disposiciones generales», que, además de referirse al objeto (art. 1) y al ámbito de aplicación de la norma (art. 2), ordena los «caracteres de la actividad voluntaria» (insistiendo en que este tipo de actividades, por un lado, no desplazarán a los servicios públicos, sino que los complementarán, y, por otro, «no sustituirán al trabajo remunerado» —art. 3—), así como los campos de actuación del voluntariado social y sus cauces de desarrollo (art. 4); b) el Capítulo II se centra en la «organización del voluntariado social», regulando, en concreto, la incorporación o integración

de las personas voluntarias en las entidades de voluntariado social (art. 5), la acreditación identificativa de la persona voluntaria (art. 6), y la anotación de las altas y las bajas de las personas voluntarias en el registro del que deberán disponer cada una de las entidades de voluntariado social (art. 7); c) el Capítulo III se consagra a la enumeración de los derechos (art. 8) y de los deberes (art. 9) de las personas voluntarias; d) el Capítulo IV se centra en las entidades de voluntariado social, regulando, sucesivamente, sus derechos (art. 10), sus deberes (art. 11), así como su organización y funcionamiento (art. 12), y e) el Capítulo V ordena las relaciones entre las Administraciones públicas de Extremadura y las estructuras de voluntariado social, refiriéndose, en particular, a las competencias de la Administración Autonómica (art. 13), al Registro Central de Entidades de Voluntariado Social (art. 14), y al Consejo Extremeño del Voluntariado (art. 15).

### III. El estatuto del voluntariado social en Extremadura

#### 1. *Planteamiento general*

La regulación del estatuto del voluntariado social en Extremadura es objeto, como se ha avanzado con anterioridad, del Título II de la citada Ley autonómica 1/1998, de 5 de febrero, desarrollada en este ámbito de manera particular por el Decreto del Consejo de Gobierno de esta Comunidad Autónoma 43/2009, de 6 de marzo, por el que se regula (precisamente, según su propia denominación) «el estatuto del voluntariado social extremeño».

La Ley define el voluntariado social como «el conjunto de voluntarios que, a través de entidades de voluntariado, desarrollan actividades de interés general para la comunidad, complementando los servicios públicos» (art. 2.3) <sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> La Ley estatal del Voluntariado de 1996 define este concepto de voluntariado como «el conjunto de actividades de interés general, desarrolladas por personas físicas, siempre que las mismas no se realicen en virtud de una relación laboral, funcionarial, mercantil o cualquier otra retribuida y reúna los siguientes requisitos: a) Que tengan carácter altruista y solidario; b) que su realización sea libre, sin que tengan su causa en una obligación personal o deber jurídico; c) que se lleven a cabo sin contraprestación económica, sin perjuicio del derecho al reembolso de los gastos que el desempeño de la actividad voluntaria ocasione; d) que se desarrollen a través de organizaciones privadas o públicas y con arreglo a programas o proyectos concretos» (art. 3.1).

Están excluidas del ámbito del voluntariado contemplado por la Ley estatal todas aquellas «actuaciones voluntarias aisladas, esporádicas o prestadas al margen de organizaciones públicas o privadas sin ánimo de lucro, ejecutadas por razones familiares, de amistad o buena vecindad», sin que, por lo demás, pueda la actividad de voluntariado sustituir, en ningún caso, al trabajo retribuido (art. 3, apartados 2 y 3).

Esta definición está integrada por dos tipos de figuras: la del voluntario, y la de las entidades de voluntariado. Con el objeto de regular ambas figuras, el Título II (arts. 5 a 11) de la meritada Ley autonómica consagra sus dos Capítulos al estudio individualizado de cada uno de estos componentes. No obstante, el referido artículo 2 de la Ley procede a la definición tanto de lo que debe entenderse por voluntario como a lo que son las entidades de voluntariado social.

## **2. *La figura del voluntario y su regulación jurídica por el Derecho autonómico extremeño***

A) El concepto de voluntario: la Ley extremeña de Voluntariado Social de 1998 considera voluntario a toda «aquella persona física que, libre y responsable, dedica parte de su tiempo a desarrollar actividades de interés general para la comunidad, en el seno de organizaciones privadas o públicas y con arreglo a programas y proyectos concretos, siempre que acepte y cumpla las siguientes condiciones: a) El voluntario no será retribuido de modo alguno, ni por las organizaciones en cuyo seno realiza su actividad, ni por el beneficiario de la misma; b) No tendrán la condición de voluntarios las personas físicas que mantengan relación laboral, funcional o mercantil con la entidad a la que pertenezcan (...); c) La actividad de voluntariado no podrá en ningún caso sustituir al trabajo retribuido» (art. 2.1).

B) Los derechos del voluntario: estos derechos del voluntario en relación con las entidades de voluntariado social están recogidos en el artículo 5 de la Ley extremeña comentada, desarrollada en este ámbito por el artículo 8 del Decreto 43/2009. Estos derechos son, según el precepto legal citado, los siguientes: «a) Recibir, inicial y permanentemente, la información, apoyo y formación necesarias para el ejercicio de sus actividades; b) Respeto, en todo caso, a su libertad, dignidad, intimidad y creencias ideológicas y religiosas; c) Participar activamente en la entidad de la que forman parte, de conformidad con sus estatutos, colaborando en la elaboración, diseño y evaluación de los programas y proyectos; d) Realizar su actividad en unas condiciones y circunstancias similares a las legalmente establecidas para el personal asalariado; e) Ser asegurados contra los riesgos de accidente y enfermedad que del ejercicio de su actividad voluntaria pudieran derivarse; f) Ser reembolsados por los gastos realizados en el desarrollo de su actividad, así como recibir de la entidad los medios materiales necesarios para la misma; g) Disponer de acreditación identificativa de su condición de voluntario; h) No realizar aquellas tareas ajenas a la naturaleza y fines de la entidad; i) Cesar libremente en su condición de voluntario;

j) Cualquier otro derecho que se derive de la presente Ley y del resto del ordenamiento jurídico»<sup>11</sup>.

C) Los deberes del voluntario: estos deberes están enumerados en el artículo 6 de la Ley extremeña (precepto este desarrollado reglamentariamente en el art. 9 del Decreto 43/2009) en los términos siguientes: «a) Cumplir los compromisos adquiridos con las organizaciones en las que se integran, respetando los objetivos y fines de las mismas; b) Respetar los derechos de los beneficiarios de la actividad voluntaria; c) Actuar de forma diligente y solidaria en los términos del compromiso aceptado con la organización en la que se integra; d) Rechazar toda clase de contraprestación por los servicios prestados en el desarrollo de su actividad; e) Observar las medidas de seguridad e higiene que se adopten; f) Guardar, cuando proceda, la confidencialidad de la información recibida y conocida en el ejercicio de la actividad voluntaria; g) Utilizar debidamente la acreditación y distintivos de organización de la que forma parte; h) Participar en todas las tareas de formación, desarrolladas por la organización, con el fin de capacitar a los voluntarios para un adecuado desarrollo de sus actividades; i) Cualesquiera otros de análoga naturaleza que conlleven a una mejora en la eficacia y eficiencia de los programas y proyectos que se apliquen»<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Las previsiones del artículo 5 de la Ley extremeña (que tiene su equivalente en el art. 6 de la Ley estatal del Voluntariado de 1996) se han visto, como ya se ha indicado en el texto, en parte reproducidas y en parte completadas por el artículo 8 del Decreto 43/2009, que hace la siguiente enumeración de derechos de las personas voluntarias en el ámbito territorial extremeño: «a) Acceder a la acción voluntaria sin discriminación alguna por su condición social, raza u origen étnico, religión, sexo, discapacidad, edad o preparación cultural; b) Obtener información de los fines, organización y funcionamiento de la entidad en la que se integre; c) Recibir información sobre todas las características y condiciones de la acción voluntaria a realizar: objetivos, antecedentes, lugar, riesgos, duración, colectivo o ámbito de intervención; d) Acordar libremente, de acuerdo a las necesidades de las entidades, las condiciones de su acción voluntaria, el ámbito de actuación, el tiempo y el horario que puedan dedicar a la actividad voluntaria, y, siempre que sea posible, a realizarla en su entorno más próximo; e) No realizar aquellas funciones y actividades que no se encuentren recogidas en el compromiso firmado con la entidad, así como las que sean ajenas a los fines y naturaleza de ésta; f) Variar las características de la actividad desarrollada, si las circunstancias de la entidad lo permiten, sin modificar las características constituyentes de una actividad voluntaria; g) Obtener el cambio de programa o, en su caso, de la persona o ente beneficiario asignado, cuando existan causas que lo justifiquen y de acuerdo con las posibilidades de la entidad; h) Tener acceso a la participación en los actos de reconocimiento y divulgación de la acción voluntaria que organice la entidad en la que se encuentre integrado/a».

<sup>12</sup> Los deberes de las personas voluntarias reconocidos en el artículo 6 de la Ley extremeña (que tiene como precepto concordante a nivel estatal el art. 7 de la Ley de las Cortes Generales 6/1996, de 15 de enero) han encontrado su desarrollo en el artículo 9 del Decreto 43/2009, que dispone: «En desarrollo de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 1/1998, de 5

D) La vinculación del voluntario con las entidades de voluntariado social: aunque es cierto que el artículo 7 de la Ley extremeña regula la formalización de la integración del voluntario en programas o proyectos mediante «un compromiso de incorporación» con la correspondiente entidad, existe una regulación más extensa en los artículos 5 a 7 del Decreto 43/2009, que abordan, respectivamente, las cuestiones relativas a la incorporación del voluntario a la entidad, a la acreditación identificativa de la persona voluntaria y al registro de altas y bajas de las personas voluntarias<sup>13</sup>. Siguiendo este orden, debemos referirnos, sucesivamente, a:

a) El acuerdo de incorporación (art. 5): la integración del personal voluntario en las entidades de voluntariado social para el desarrollo de los pertinentes programas y proyectos exigirá la suscripción del correspondiente acuerdo de incorporación. Este acuerdo habrá de: a) formalizarse por escrito conteniendo las correspondientes firmas; b) definir de forma clara y precisa el compromiso que ambas partes desean contraer, determinando de manera expresa el carácter altruista de la relación, además de los restantes elementos mínimos exigidos al acuerdo de incorporación por la normativa reglamentaria aplicable<sup>14</sup>, y c) quedar archivado en la entidad, además de extenderse un duplicado para el voluntario.

---

de febrero, de Voluntariado Social en Extremadura, son deberes de las personas voluntarias: a) Conocer y respetar los fines, objetivos y normas internas de la entidad a la que pertenece; b) Respetar el buen uso de las instalaciones de la entidad y de los materiales que le sean confiados para el desarrollo de sus actividades; c) Participar en las actividades formativas previstas por la organización y, concretamente, en aquellas dirigidas a ofrecer una preparación para las actividades y funciones acordadas, así como en aquellas de carácter permanente que sean necesarias para mantener la calidad de los servicios que se prestan; d) Colaborar con la entidad, sus profesionales y el resto de voluntarios/as en la mejor eficacia y eficiencia de los programas en los que intervenga y en la consecución de los objetivos de los mismos; e) Participar en la entidad con sus ideas y conocimientos y en los órganos de la misma, según se contemple en sus Estatutos y Reglamentos; f) Notificar con antelación, siempre que sea posible, su renuncia con el fin de que puedan adoptarse las medidas oportunas para evitar un perjuicio en el servicio encomendado».

<sup>13</sup> Esta cuestión está contemplada en el artículo 9 de la Ley estatal del Voluntariado de 1996, precepto rubricado «(I)ncorporación de los voluntarios».

<sup>14</sup> Los apartados 2 y 3 del artículo 5 recogen cuál habrá de ser el contenido mínimo del acuerdo de incorporación, que deberán suscribir, en cada caso, la persona voluntaria y la correspondiente entidad de voluntariado social. A saber: a) Los objetivos y las directrices de la entidad en la que se integra; b) el conjunto de derechos y deberes que corresponden a ambas partes en virtud de lo establecido por la normativa autonómica en materia de voluntariado; c) el contenido de las funciones, actividades, duración y tiempo de dedicación a los que se compromete la persona voluntaria; d) el proceso de formación necesario para la realización de las funciones objeto del voluntariado; e) la duración del compromiso, y las causas y las formas de desvinculación por ambas partes; f) los criterios y aspectos legales sobre el voluntariado e

b) La acreditación identificativa (art. 6): cada persona voluntaria deberá poseer un documento acreditativo que le habilite y le identifique como tal en el desarrollo de su actividad, que será expedido por la propia entidad en cuyo ámbito desarrolla la labor voluntaria <sup>15</sup>.

c) El registro de altas y bajas del personal voluntario (art. 7): este registro, con el que necesariamente habrán de contar las entidades de voluntariado social, deberá contener, al menos, la siguiente información: los datos personales de las personas voluntarias; la fecha de ingreso y de finalización en su colaboración; y los programas y/o proyectos en los que interviene.

### **3. *La figura de las entidades de voluntariado social y su regulación jurídica por el Derecho autonómico extremeño***

A) El concepto de entidad de voluntariado social: se entiende por este tipo de entidades, según la Ley extremeña de voluntariado social, toda «aquella persona jurídica, legalmente constituida, sin ánimo de lucro, que desarrolla programas o proyectos de acción social, fundamentalmente a través de voluntarios, dentro del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Extremadura» (art. 8) <sup>16</sup>.

B) Los derechos de las entidades de voluntariado social: estos derechos no están regulados ni en la Ley estatal del Voluntariado ni en su homóloga extremeña. La enumeración sistemática de estos derechos, que tienen como fin la garantía del «correcto desarrollo de los programas o proyectos de acción social», aparece relegada a la normativa reglamentaria autonómica, en concreto

---

información sobre protección de la imagen y de los datos de carácter personal, de conformidad con la Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal, y g) el responsable del proyecto en que colabora la persona voluntaria.

<sup>15</sup> Este documento acreditativo deberá contener, como mínimo, la información siguiente: a) Los datos de identificación de la entidad de voluntariado social; b) los datos de la persona voluntaria; c) la fecha de emisión y caducidad; d) la fotografía de la persona voluntaria (art. 6, inciso final).

<sup>16</sup> En términos muy similares, véase el artículo 2.2 de la propia Ley extremeña. En relación con la conceptualización de «las organizaciones en que se integren» los voluntarios, la Ley estatal del Voluntariado precisa que: «Las organizaciones que cuenten con la presencia de voluntarios habrán de estar legalmente constituidas, dotadas de personalidad jurídica propia, carecer de ánimo de lucro y desarrollar programas en el marco de las actividades de interés general recogidas en el artículo 4 de esta Ley» (art. 8.1, inciso inicial). Las actividades de interés general a las que alude el citado artículo 4 son: «[...] las asistenciales, de servicios sociales, cívicas, educativas, culturales, científicas, deportivas, sanitarias, de cooperación al desarrollo, de defensa del medio ambiente, de defensa de la economía o de la investigación, de desarrollo de la vida asociativa, de promoción del voluntariado, o cualesquiera otras de naturaleza análoga».

al artículo 10 del Decreto 43/2009, precepto éste que recoge de manera expresa los siguientes derechos: a) La selección de las personas voluntarias de acuerdo con las tareas a realizar y las condiciones fijadas en sus Estatutos; b) la solicitud de apoyo e información a la Comunidad Autónoma de Extremadura para el desarrollo de las actividades de voluntariado; c) la suspensión de la colaboración voluntaria de las personas que incumplan los compromisos adquiridos con la entidad; d) la participación, a través de los cauces de representación que se establezcan, en las actuaciones que se puedan llevar a cabo por la Junta de Extremadura, en relación a la promoción del voluntariado en la Comunidad Autónoma; e) la elaboración de sus propias normas de funcionamiento interno, de acuerdo con la normativa autonómica reguladora del voluntariado social, y f) cualquier otro que se derive de lo dispuesto en la Ley reguladora del Voluntariado Social en Extremadura.

C) Los deberes de las entidades de voluntariado social: estos deberes están enumerados en el artículo 10 de la Ley extremeña sobre la materia (precepto éste desarrollado reglamentariamente en el art. 11 del Decreto 43/2009) en los términos siguientes: «a) Cumplir los compromisos adquiridos con el voluntario; b) Establecer los adecuados sistemas internos de información y orientación, garantizando así una correcta ejecución de las tareas encomendadas a los voluntarios; c) Facilitar al voluntario una acreditación que le habilite e identifique como tal; d) Cubrir los gastos derivados de la prestación del servicio o las generadas con ocasión del mismo, así como dotar a los voluntarios de los medios adecuados para el cumplimiento de sus funciones; e) Garantizar las condiciones higiénicas, sanitarias y de seguridad en los mismos términos o características que los exigidos en la normativa laboral vigente para aquellos que desarrollen una actividad laboral; f) Proporcionar a los voluntarios una formación suficiente para el correcto desarrollo de sus funciones; g) Constituir un registro de altas y bajas del personal voluntario, así como expedir a éstos certificación de los servicios llevados a cabo en la organización; h) Remitir a la Junta de Extremadura, además de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos exigidos en la presente Ley, memoria justificada de los proyectos y programas realizados, que acrediten que las ayudas o subvenciones recibidas han sido destinadas a la finalidad que motivó su concesión»<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Los deberes de las entidades de voluntariado social reconocidos en el artículo 10 de la Ley extremeña (que tiene como precepto concordante a nivel estatal el artículo 8.2 de la Ley de las Cortes Generales 6/1996, de 15 de enero) han encontrado su desarrollo en el artículo 11 del Decreto 43/2009, que dispone que: «En concordancia con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 1/1998, de 5 de febrero, las entidades de voluntariado social tendrán los siguientes deberes con el fin de asegurar a las personas voluntarias el ejercicio de sus derechos: a) Conce-

D) Los principios para la organización y el funcionamiento de las entidades de voluntariado social están recogidos en el artículo 9 de la Ley extremeña reguladora de la materia que venimos comentando <sup>18</sup>. Estos principios, según los recoge el precepto citado, son los siguientes:

a) La organización y el funcionamiento de estas entidades conforme a «los principios básicos democráticos», lo que se traduce en que deberá asegurarse «la máxima participación de los voluntarios en los órganos de gobierno y en los procesos de formación e información, así como en la toma de decisiones sobre temas referentes a sus propios programas, proyectos, fines u objetivos» (art. 9.1).

b) La suscripción por estas entidades de una «póliza de seguros» que deberá servir para la cobertura de los posibles daños ocasionados tanto a los propios voluntarios como a terceras personas, durante el ejercicio de la tarea de voluntariado encomendada (art. 9.2) <sup>19</sup>.

c) La expedición de una acreditación identificativa «suficiente» para el personal voluntario (art. 9.2).

---

der a las personas voluntarias un trato basado en el respeto y en la no discriminación; b) Proporcionar a la persona voluntaria toda la información necesaria para el conocimiento de la entidad y toda aquella que sea de interés para su acción voluntaria; c) Consensuar con la persona voluntaria su acuerdo de incorporación; d) Establecer los mecanismos de participación de las personas voluntarias en la entidad y en el diseño y evaluación de los programas en los que intervengan; e) Cumplir con los compromisos adquiridos con la persona voluntaria, recogidos en el acuerdo de incorporación; f) Emitir certificado, siempre que se solicite, de la actividad voluntaria, donde conste, como mínimo, la duración y la naturaleza de la prestación efectuada por la persona voluntaria».

<sup>18</sup> Este precepto encuentra su desarrollo en el artículo 12 del Decreto 43/2009, que literalmente establece que: «Para lograr una correcta organización y funcionamiento, las entidades de voluntariado social deberán cumplir con las siguientes obligaciones: a) Efectuar el seguimiento y evaluación de las actividades programadas, garantizando la consecución de los objetivos previstos conforme a los principios de eficacia y rentabilidad social; b) Prever mecanismos que posibiliten la continuidad de la actividad desarrollada por algún miembro de la entidad, en el supuesto de cesar la persona voluntaria en su labor; c) Impedir que se reemplacen a través de las actividades que realicen las personas voluntarias, puestos de trabajo que debieran ser retribuidos; d) Recibir la colaboración de trabajadores/as por cuenta ajena o autónomos/as para llevar a término actividades que requieran un grado de profesionalidad determinado, o bien actividades necesarias para asegurar el funcionamiento regular de la entidad, cuando la situación así lo requiera; e) Adoptar cualquier otra medida que contribuya a la buena organización y funcionamiento de la entidad respecto a la promoción y organización del voluntariado social».

<sup>19</sup> El artículo 10 de la Ley estatal del Voluntariado de 1996, al regular la responsabilidad extracontractual frente a terceros de las organizaciones que integren a voluntarios, dispone, en lo que aquí interesa, que: «Las organizaciones responderán frente a terceros por los daños y perjuicios causados por los voluntarios que participen en sus programas, como consecuencia de la realización de actuaciones de voluntariado».

d) El mal funcionamiento de estas entidades puede conducir a la revocación de su condición, entendiéndose la Ley extremeña que se produce este tipo de situaciones cuando o bien existiera un incumplimiento del deber de notificación de los proyectos de voluntariado, falsedad e inexactitud de los datos aportados, o bien se estuvieran otorgando remuneraciones encubiertas a la actividad voluntaria desarrollada (art. 9.3).

#### **IV. Las relaciones de las Administraciones públicas extremeñas con las estructuras de voluntariado social de ámbito autonómico**

##### **1. *Las competencias en materia de voluntariado social de la Comunidad Autónoma de Extremadura y su ejercicio por la Administración extremeña***

La normativa autonómica específica sobre la materia de voluntariado atribuye a la Comunidad Autónoma de Extremadura la competencia sobre la ordenación, fomento y protección del voluntariado social que se ejerza en su ámbito territorial<sup>20</sup>. Estas competencias genéricas, que se refieren indudablemente tanto a la esfera normativa como a la ejecutiva, se concretan, entre otras, en las siguientes funciones de «promoción del voluntariado» en la Comunidad Autónoma, enumeradas reglamentariamente: «a) Promover la participación ciudadana en las entidades de voluntariado social; b) Orientar y fomentar los cauces de participación de la acción voluntaria, removiendo los obstáculos existentes con pleno respeto a la autonomía e independencia de las entidades de voluntariado; c) Establecer políticas globales de fomento del voluntariado social y la solidaridad en el seno de la sociedad extremeña; d) Fomentar las campañas de información y divulgación de las actividades voluntarias; e) Promover el reconocimiento público de la labor realizada por las personas voluntarias; f) Fomentar la formación de las personas voluntarias en colaboración con aquellas Entidades cuya labor sea la de coordinar las diversas organizaciones voluntarias en la Comunidad Autónoma; g) Apoyar la realización de programas y actividades de voluntariado social que se lleven a cabo en la Comunidad Autónoma; h) Fomentar la coordinación del ejercicio de competencias que en materia de voluntariado puedan desarrollarse por diversas entidades, públicas o privadas, en el territorio de la Comunidad Autónoma de Extremadura; i) Consultar a las entidades de voluntariado sus iniciativas en

---

<sup>20</sup> Véanse el artículo 1 de la Ley de la Asamblea de Extremadura 1/1998, de 5 de febrero, de Voluntariado Social, y el artículo 1 del Decreto de la Junta de Extremadura 43/2009, de 6 de marzo, por el que se regula el Estatuto del Voluntariado Social Extremeño.

materia de voluntariado, facilitando que éstas participen en la gestión, seguimiento y evaluación de dichas actuaciones; j) Inscribir a las entidades de voluntariado que lo soliciten en el Registro que a tales efectos se crea; k) Establecer los criterios para la concesión de ayudas, subvenciones y firmas de convenios de colaboración destinadas al fomento y promoción del voluntariado social; l) Apoyar la creación de redes y plataformas autonómicas de voluntariado; m) Realizar, o apoyar la realización, de jornadas, congresos, encuentros y seminarios sobre voluntariado»<sup>21</sup>.

El ejercicio de las funciones normativas puede corresponder bien al poder legislativo extremeño atribuido estatutariamente a la Asamblea de Extremadura, que tiene confiada la aprobación de las Leyes formales de alcance autonómico, bien al ejecutivo autonómico que puede bien aprobar normas con rango de Ley (mediante Decretos Legislativos) bien normas reglamentarias en el ejercicio del poder reglamentario en los términos establecidos en la Ley autonómica 1/2002, de 28 de febrero, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

La realización de las tareas ejecutivas corresponde, naturalmente, al Ejecutivo autonómico. Y, en concreto, al Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma y a la Consejería que tiene atribuida de manera preferente la competencia en materia de voluntariado en el ámbito de esta Administración Territorial: la Consejería de Igualdad y Empleo.

Precisamente mediante Decreto autonómico 64/2010, de 12 de marzo (DOE núm. 53, de 18 de marzo de 2010), se ha establecido la estructura orgánica de la Consejería de Igualdad y Empleo, que cuenta entre sus órganos directivos con la Dirección General de Inclusión Social, Infancia y Familias, órgano éste que tiene expresamente atribuida la competencia relativa al «impulso y desarrollo del voluntariado social», así como la gestión del Registro de Entidades de Voluntariado Social<sup>22</sup>.

## ***2. El Registro Central de Entidades de Voluntariado Social***

La Ley extremeña de voluntariado social contempla, en su artículo 11, la creación de un Registro Central de Entidades de Voluntariado Social.

Las previsiones realmente mínimas de esta norma legal sobre la inscripción de este tipo de entidades y la cancelación de esta inscripción se ven completa-

---

<sup>21</sup> Artículo 13 del Decreto de la Junta de Extremadura 43/2009, de 6 de marzo, por el que se regula el Estatuto del Voluntariado Social Extremeño.

<sup>22</sup> Artículo 3.1 del citado Decreto autonómico 64/2010.

das por el artículo 14 del Decreto autonómico 43/2009 y por la Orden de 10 de septiembre de 2009, de la Consejería de Igualdad y Empleo.

Este Registro está adscrito, como ya hemos visto, a la citada Consejería de Igualdad y Empleo, a través de la Dirección General de Inclusión Social, Infancia y Familias, disponiendo de un carácter autonómico, público <sup>23</sup> y gratuito, y asumiendo las siguientes funciones: a) La aportación de la información necesaria sobre su funcionamiento y de los requisitos de inscripción; b) la realización de las actuaciones necesarias para la calificación e inscripción de las entidades de voluntariado, la actualización de los datos registrales y, en su caso, la cancelación; c) la expedición de certificaciones de los asientos que consten en el mismo, y d) la constitución de un instrumento de consulta en materia de entidades de voluntariado social.

En cuanto a su organización y a su funcionamiento rigen las siguientes normas:

1.<sup>a</sup> Su estructura: el Registro está conformado por dos secciones, una para las entidades de naturaleza individual y otra para las de naturaleza colectiva, entendiéndose éstas como las que agrupan a varias entidades individuales de voluntariado. A su vez, cada una de las secciones se clasificarán por la actividad que realicen en una o varias áreas de actuación del voluntariado social <sup>24</sup>.

2.<sup>a</sup> La inscripción de entidades de voluntariado social responde a las siguientes reglas: a) Es voluntaria <sup>25</sup>; b) pueden inscribirse aquellas entidades que se ajusten a la legislación extremeña en materia de voluntariado social de ámbito autonómico, pero incluyendo también las entidades de carácter nacional, que acrediten disponer de «delegaciones permanentes en el territorio de la Comunidad Autónoma de Extremadura» <sup>26</sup>; c) es requisito necesario para recabar asistencia técnica y/o demás apoyos específicos <sup>27</sup>; d) la inscripción deberá reflejar los siguientes datos: el código de inscripción en el registro; la fecha de inscripción; la denominación o razón social y/o abreviatura; el Código de Identificación Fiscal; el domicilio social y delegaciones; el teléfono, fax y

---

<sup>23</sup> La publicidad del Registro tiene como límite el hecho de que, «en ningún caso, puedan proporcionarse los datos que afecten a la intimidad de las personas» [art. 14.2 b) del Decreto 43/2009 y art. 6 de la Orden autonómica de 10 de septiembre de 2009].

<sup>24</sup> Artículo 14.2.a) del Decreto 43/2009 y artículo 4 de la Orden autonómica de 10 de septiembre de 2009.

<sup>25</sup> Artículo 5 de la Orden autonómica de 10 de septiembre de 2009.

<sup>26</sup> Artículo 14.2.c) del Decreto 43/2009 y artículo 5 de la Orden autonómica de 10 de septiembre de 2009.

<sup>27</sup> Artículo 14.2.d) del Decreto 43/2009.

correo electrónico; el ámbito territorial; las áreas de actuación; el colectivo de atención; la naturaleza de la entidad: individual y colectiva; el número de entidades que la conforman y número de voluntarios registrados; los datos del representante de la entidad y del responsable técnico de los proyectos <sup>28</sup>, y e) el procedimiento de inscripción se iniciará mediante la correspondiente solicitud en modelo normalizado <sup>29</sup> —que, en su caso, podrá ser objeto de subsanación <sup>30</sup>—, resolviéndose positiva o negativamente la solicitud de inscripción por la autoridad que tenga en cada caso atribuida la competencia en la materia mediante el correspondiente acto, que pone fin a la vía administrativa <sup>31</sup>.

3.<sup>a</sup> La cancelación de la inscripción de las entidades de voluntariado social se efectuará por el órgano competente mediante el correspondiente procedimiento que se iniciará bien de oficio, o bien a instancia de parte. En todo caso, la cancelación se acordará de oficio, previa audiencia de la entidad interesada, en los supuestos siguientes: a) La extinción de la personalidad jurídica o disolución de la entidad; b) la revocación de la inscripción por el órgano competente para acordar la misma, cuando o bien exista un incumplimiento del deber de notificación de los proyectos de voluntariado o falsedad e inexactitud de los datos aportados, o bien se estén otorgando remuneraciones encubiertas a la actividad voluntaria desarrollada; c) el incumplimiento de los requisitos exigidos en la normativa reguladora del voluntariado social en Extremadura; d) la falta de comunicación de las alteraciones que conlleven modificación de los datos inscritos, en los términos exigidos por la Orden de 10 de septiembre de 2009, y e) la pérdida de la condición de entidad de voluntariado social <sup>32</sup>.

### 3. *El Consejo Extremeño del Voluntariado*

El artículo 15 del Decreto 43/2009 crea el llamado Consejo Extremeño del Voluntariado —conformado por agentes públicos y privados extremeños

<sup>28</sup> Artículo 5 de la Orden autonómica de 10 de septiembre de 2009.

<sup>29</sup> Artículos 14.2.e) y 14.3 del Decreto 43/2009 y artículo 7 de la Orden autonómica de 10 de septiembre de 2009.

<sup>30</sup> Artículo 8 de la Orden autonómica de 10 de septiembre de 2009.

<sup>31</sup> Artículo 9 de la Orden autonómica de 10 de septiembre de 2009. Téngase en cuenta que mediante la Resolución de 22 de marzo de 2010 (DOE núm. 64, de 7 de abril de 2010), de la Consejería de Igualdad y Empleo, por la que se delegan competencias en diversas materias, se establece que «se delegan en la Directora General de Inclusión Social, Infancia y Familias, las competencias atribuidas a la Consejera de Igualdad y Empleo para la resolución de los procedimientos administrativos derivados de inscripción en el Registro Central de Entidades de Voluntariado Social» (art. 1).

<sup>32</sup> Artículo 11 de la Orden autonómica de 10 de septiembre de 2009.

especializados en materia de voluntariado social y adscrito a la Consejería que tenga encomendadas las competencias en esta materia (que, en la actualidad, es, como sabemos, la de Igualdad y Empleo)— «como órgano de participación y consulta de la Administración Autonómica», teniendo por objeto: a) La promoción y la defensa de los intereses del voluntariado; b) la vigilancia de la coordinación de los programas y proyectos de promoción del voluntariado social que se desarrollen en la Comunidad Autónoma, y c) el asesoramiento y la emisión de informes en materia de voluntariado a las entidades y organizaciones que lo soliciten <sup>33</sup>.

Con la finalidad de conseguir la realización de este objeto, el Decreto 43/2009 atribuye al citado Consejo las siguientes funciones: «a) Servir de cauce permanente de diálogo y facilitar el encuentro entre las entidades que desarrollan programas de voluntariado y la Junta de Extremadura; b) Elevar a las administraciones públicas extremeñas propuestas e iniciativas con relación a los distintos campos en los que se desarrolla la acción voluntaria; c) Proponer los criterios y prioridades que deben regir la actividad del voluntariado; d) Analizar las necesidades básicas del voluntariado; e) Elevar propuestas a las administraciones públicas sobre medidas de fomento del voluntariado; f) Emitir un informe anual sobre el estado del voluntariado en la Comunidad Extremeña; g) Aquellas otras que por la Presidencia le sean encomendadas» (art. 15.4).

## V. Las medidas de fomento del voluntariado

### 1. *El fomento del voluntariado como tarea estatal y autonómica*

Tanto la Ley estatal del Voluntariado de 1996 como la autonómica de 1998 prevén diversas medidas de fomento del voluntariado, con la particularidad de que la norma estatal prevé la eventual «extensión del reconocimiento de los servicios voluntarios» previstos en dicha norma <sup>34</sup> a aquellas personas voluntarias que participen en programas que desarrollen actividades de competencia de las Comunidades Autónomas o de los Entes locales, en el seno de organizaciones legalmente constituidas, dotadas de personalidad jurídica propia, que carezcan de ánimo de lucro y desarrollen programas en el marco de las actividades de interés general previstos por la ley (o, utilizando la terminología del ordenamiento jurídico extremeño, «entidades de voluntariado social»).

<sup>33</sup> Artículo 15, apartados 1 y 2, del Decreto 43/2009.

<sup>34</sup> Véase la disposición adicional 3.ª de la Ley estatal del Voluntariado de 1996, rubricada, precisamente, «(E)xtensión del reconocimiento de los servicios voluntarios».

Las dos leyes referidas (esto es, la estatal y la autonómica) contienen una previsión general de que, respectivamente, tanto la Administración General del Estado como la Comunidad Autónoma de Extremadura procederán a adoptar medidas de fomento del voluntariado. Así, el artículo 13 de la Ley estatal de 1996 prevé que:

«La Administración General del Estado fomentará el establecimiento de mecanismos de asistencia técnica, programas formativos, servicios de información y campañas de divulgación y reconocimiento de las actividades de voluntariado».

Y en términos no muy distintos, precisamente, el artículo 12 de la Ley extremeña de 1998 dispone que:

«La Comunidad Autónoma de Extremadura fomentará las campañas de información dirigidas a la opinión pública con el fin de facilitar la participación ciudadana. Además fomentará la organización de cursos de formación para el voluntario, los cuales serán llevados a cabo en estrecha colaboración con aquellas entidades cuya labor sea la de coordinar las diversas organizaciones voluntarias en la Comunidad Autónoma de Extremadura».

## **2. *Las medidas específicas de fomento del voluntariado***

Las referidas normas legales estatal y autonómica prevén distintas técnicas de fomento del voluntariado. A saber:

a) El mecanismo tradicional de fomento han sido las subvenciones. Y, precisamente, la Ley extremeña de 1998 ha establecido un precepto específico (su art. 13) relativo a la concesión de subvenciones en la esfera del voluntariado, que dispone que:

«La Comunidad Autónoma de Extremadura podrá, dentro de los cauces presupuestarios habilitados a tal efecto, conceder subvenciones a las entidades de voluntariado social que cumplan los requisitos siguientes: a) Explicar de forma exhaustiva los programas o proyectos, así como el sistema de desarrollo de los mismos; b) Quedar constancia expresa de la identidad de los voluntarios que intervengan y su cometido en los programas o proyectos de la entidad de voluntariado; c) La composición de los órganos de gobierno y el funcionamiento de éstos».

De manera mucho más tangencial, pero no muy distinta en cuanto a su contenido, el inciso final del artículo 8.1 de la Ley estatal de 1996 prevé que:

«Los distintos Ministerios, dentro de los créditos habilitados a tal fin, podrán conceder subvenciones o establecer convenios con las entidades

de voluntariado siempre que se cumplan los requisitos exigidos en la legislación general sobre subvenciones y se realicen de acuerdo con criterios de transparencia y equidad, de la forma que reglamentariamente se establezca».

b) El segundo de los mecanismos de fomento previstos en la normativa legal estatal (pero extensible al ámbito autonómico <sup>35</sup>) era el reconocimiento expreso por su artículo 15 del tiempo prestado como voluntario a los efectos previstos por la vieja normativa reguladora del servicio militar <sup>36</sup> y del derecho a la objeción de conciencia y la prestación social sustitutoria <sup>37</sup>.

<sup>35</sup> Véase la ya citada disposición adicional 3.ª de la Ley estatal del Voluntariado de 1996.

<sup>36</sup> El artículo 15.1 de la Ley estatal del Voluntariado de 1996 prevé (aunque este precepto debe entenderse tácitamente derogado) que: «El tiempo prestado como voluntario podrá surtir los efectos del servicio militar, en la forma prevista en la disposición final segunda de la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar».

La recién citada disposición final 2.ª de la Ley Orgánica del Servicio Militar disponía, en relación con el «(S)ervicio en organizaciones con fines de interés general», que: «1. El Gobierno, teniendo en cuenta las necesidades del planeamiento de la defensa militar, podrá asignar efectivos al servicio en la Cruz Roja u otras organizaciones con fines de interés general. Dicho servicio se ajustará a las normas reglamentarias vigentes y a las que dicte el Gobierno, teniendo en cuenta que el encuadramiento de este personal y la dirección del servicio que realicen será efectuada por las organizaciones a las que vayan destinados con independencia de la Administración Militar. 2. La prestación de este servicio tendrá los mismos efectos que los del servicio militar. Su duración será de once meses si se realiza con carácter voluntario y la misma que el servicio militar obligatorio en caso contrario».

Partiendo de estas previsiones normativas, debe tenerse en cuenta que: a) Por un lado, la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de noviembre, del Servicio Militar, ha sido expresamente suprimida por la disposición derogatoria única, apartado 1.b), de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, y b) por otro lado, la Ley estatal 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, previó la suspensión de la prestación del servicio militar a partir del 31 de diciembre de 2002, pero añadiendo a esta previsión la autorización al Gobierno para que, en función del proceso de profesionalización de los ejércitos, pudiese anticipar esa fecha, informando al Congreso de los Diputados (disposición transitoria 18.ª). Haciendo uso de dicha autorización, el Gobierno dictó el Real Decreto 247/2001, mediante el que se adelantó, según su artículo 1, la suspensión de la prestación del servicio militar al 31 de diciembre de 2001.

<sup>37</sup> El artículo 15.2 de la Ley estatal del Voluntariado de 1996 establece (aunque este precepto debe entenderse tácitamente derogado) que: «Asimismo, el tiempo prestado como voluntario, debidamente acreditado, podrá ser convalidado total o parcialmente por el Consejo Nacional de Objeción de Conciencia, por el tiempo de duración de la prestación social sustitutoria que corresponda proporcionalmente, siempre que:

Se trate de actividades de voluntariado realizadas con posterioridad al reconocimiento como objetor de conciencia, [y]

La prestación de servicios se realice por un tiempo continuado de al menos seis meses, integrado en una entidad u organización que tenga suscrito convenio con el Ministerio de Justicia e Interior para la realización de la prestación social sustitutoria, en los términos previstos en

Este mecanismo de fomento extraordinariamente importante en el momento de aprobarse la normativa legal estatal rectora del voluntariado ha perdido su virtualidad con la desaparición del servicio militar obligatorio y de la prestación social sustitutoria.

c) Otros mecanismos de incentivo del voluntariado: la Ley estatal prevé dentro de esta categoría que podríamos catalogar de residual (y que eventualmente resulta también extensible a la Comunidad Autónoma de Extremadura<sup>38</sup>) beneficios tales como «bonificaciones o reducciones» en el uso de medios de transporte públicos, en la entrada a museos gestionados por la Administración General del Estado, etc., o «cualesquiera otros beneficios que reglamentariamente puedan establecerse como medida de fomento, reconocimiento y valoración social de la acción voluntaria» (art. 14 de la Ley estatal de 1996).

---

la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, reguladora de la Objeción de Conciencia y de la Prestación Social Sustitutoria, y disposiciones de desarrollo».

La referida Ley estatal 48/1984 fue expresamente suprimida por la Ley estatal 22/1998, de 6 de julio, reguladora de la Objeción de Conciencia y de la Prestación Social Sustitutoria, cuya disposición derogatoria única dispuso que: «Queda derogada la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, reguladora de la Objeción de Conciencia y de la Prestación Social Sustitutoria, así como cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en la presente Ley».

Esta Ley 22/1998 desplegó plenamente sus efectos en tanto pervivió el servicio militar obligatorio. En todo caso, por Real Decreto 342/2001, de 4 de abril, se suspendió, según su artículo 1, la prestación social sustitutoria al servicio militar a partir del 31 de diciembre de 2001. En cuanto al establecimiento de esta fecha, el Preámbulo de la citada norma reglamentaria indicaba que: «[...] el Gobierno, mediante el Real Decreto 247/2001, de 9 de marzo, adelanta al 31 de diciembre de 2001 la fecha de suspensión de la prestación del servicio militar. Establecida la fecha definitiva de suspensión de la prestación del servicio militar, procede adaptar el régimen de la prestación social sustitutoria a la nueva situación, debiendo coincidir la fecha de inicio de la suspensión de la misma con la del inicio de la suspensión del servicio militar obligatorio en cumplimiento de lo previsto en la disposición adicional cuarta de la Ley 22/1998, de 6 de julio».

<sup>38</sup> Véase la ya citada disposición adicional 3.ª de la Ley estatal del Voluntariado de 1996.



# Entidades privadas e interés general: el papel de las fundaciones <sup>1</sup>

José Luis Piñar Mañas

Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad CEU San Pablo de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. FUNDACIONES, TERCER SECTOR E INTERÉS GENERAL.—II. DERECHO DE FUNDACIÓN CONSTITUCIONALMENTE RECONOCIDO E INTERÉS GENERAL.—III. INTERÉS GENERAL Y FUNDACIONES.—IV. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, FUNDACIONES E INTERÉS GENERAL: 1. *La necesaria revisión del Protectorado*. 2. *Las fundaciones privadas de iniciativa pública*.

## I. Introducción. Fundaciones, tercer sector e interés general

Las fundaciones están presentes en el desarrollo de actividades de interés general desde hace siglos. Aventurar un momento para concretar su origen es tan arriesgado como estéril. Lo cierto es que siempre han sido un instrumento idóneo para hacer frente a los nuevos retos sociales que a lo largo de la historia de la solidaridad (de la beneficencia, de la acción social, y ahora también de ciertos fines de interés general basados en el desarrollo de actividades económicas) se han ido presentando. Instituciones que en alguna ocasión he calificado de «camaleónicas»<sup>2</sup>. Su desarrollo se ha visto generalmente sometido a constantes críticas, que todavía hoy se hacen presentes, y que han condicionado su evolución misma. Sin duda ello se debe, en la vieja Europa y en Iberoamérica, al origen estrechamente vinculado a la Iglesia y a la aristocracia que es posible apreciar en las fundaciones (origen que, como luego veremos, no es el mismo en Estados Unidos), así como a la instrumentalización a que las fundaciones se han visto sometidas últimamente. En fin, las fundaciones están ex-

---

<sup>1</sup> Las siguientes reflexiones se basan en parte en la Relación General presentada en el XVIII Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo que con el título de *Forme private e interessi generali: quale ruolo per le Fondazioni?* se celebró en Bolonia los días 27 a 29 de mayo de 2010. Asimismo, algunas de las consideraciones que planteo las acabo de exponer en «El estado actual del modelo constitucional de fundaciones: revisión crítica», en DE LORENZO, PIÑAR y SANJURJO (dirs.), *Tratado de Derecho de Fundaciones*, Civitas, Madrid, 2010.

<sup>2</sup> «¿Qué fundaciones? La Constante adaptación de una institución camaleónica», en GARCÍA RUBIO y TRIGO GARCÍA (dirs.), *Tendencias legislativas y Tercer Sector*, Universidad de Santiago de Compostela, 2005, pp. 19 y ss.

perimentando un auge hasta ahora desconocido, que entre nosotros puede explicarse desde el hecho de que ahora están sustentadas en la consideración del de fundación como verdadero derecho fundamental, pero que también es una realidad en otros escenarios donde esa consideración no se da.

Las fundaciones son sociedad civil y forman parte del tercer sector. Una y otro hacen referencia al ámbito del interés colectivo o general. Y en su evolución ha sido de gran trascendencia el papel asumido por los poderes institucionalizados o fácticos (Iglesia, aristocracia, capas sociales más poderosas). Algo que diferencia el origen y la evolución del tercer sector en Europa y en Estados Unidos, y que explica en gran medida su propia configuración y la relación con el poder público y el interés general.

El asociacionismo en Estados Unidos surge de la iniciativa de los propios ciudadanos. No se impone desde arriba. No son los movimientos ilustrados o religiosos los que mueven a la colaboración benéfica o filantrópica, sino los individuos mismos. Por eso no encontramos en Estados Unidos un recelo hacia los llamados cuerpos intermedios como el que caracterizó la Europa de los siglos XVIII y XIX, incluso los primeros años del XX. En virtud de la Primera Enmienda a la Constitución (1787) «El Congreso no podrá aprobar ninguna ley conducente al establecimiento de religión alguna, ni a prohibir el libre ejercicio de ninguna de ellas. Tampoco aprobará ley alguna que coarte la libertad de palabra y de imprenta, o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y a solicitar reparación de cualquier agravio». Esta enmienda refleja y al mismo tiempo produce el desconocimiento de un poder religioso de la entidad del que existe en Europa, que tan decisivo ha sido en la vertebración de las entidades no lucrativas. Además, el principio de «fragmentación constitucional de la soberanía»<sup>3</sup> refuerza directa e indirectamente el desarrollo de un tejido social de gran presencia y sumamente activo, al tiempo que con idea de protagonismo.

En Europa el impulso se da, sin embargo, desde la Iglesia y la Aristocracia. Los cuerpos intermedios, más que en la idea de participación, se basan en la idea de propiedad. De ahí la crisis de las Manos Muertas, que tienen un exponente en las duras palabras de Turgot en la Enciclopedia de Diderot y D'Alembert<sup>4</sup>. Además no hay fragmentación de la soberanía, sino atribución

---

<sup>3</sup> Vid. D. C. HAMMACK y D. R. YOUNG, «Perspectives on Nonprofits in the Marketplace», en HAMMACK y YOUNG (eds.), *Nonprofit Organizations in a Market Economy*, Jossey-Bass Publishers, San Francisco, 1993, pp. 1-2 y 9 y ss.

<sup>4</sup> La voz «Foundation» fue escrita anónimamente por Turgot, así como las voces «Etymologie», «Existence», «Expansibilité» (Volumen VI, 1756) y «Foire» (Volumen VII, 1757; volumen en el que también se encuentra la voz «Foundation»), Vid. G. J. CAVANAUGH, «Turgot and

a la representación popular articulada en torno a los Parlamentos Nacionales, sin reconocimiento de otras posibles fuentes.

Hoy ambos sistemas tienden a confluir. La llamada Sociedad Civil se ve cada vez más reforzada en Europa, al tiempo que se produce una evidente «fragmentación del poder». Además, tanto en América como en Europa se buscan nuevas fórmulas de colaboración social que refuercen el llamado Tercer Sector o Sector no lucrativo.

La crisis de las fundaciones en los siglos XVIII y, sobre todo, XIX, se supera en gran medida como consecuencia de la extraordinaria labor que llevan a cabo en el momento de la revolución industrial, que viene acompañada de necesidades sociales hasta entonces desatendidas. Necesidades cuya atención, por un lado va poniendo las bases del estado social, y por otro revuelve los fundamentos de la posición de la Iglesia, que se acerca más a las necesidades sociales de la mano, señaladamente, de la Encíclica *Rerum Novarum*, promulgada por el Papa León XIII el 15 de mayo de 1891. Las fundaciones se convierten así en un instrumento extraordinariamente útil para hacer frente a situaciones de necesidad e injusticia social que los Estados no pueden asumir por falta de recursos y medios, y además dando un paso más en la perspectiva de sus fines, que de la caridad religiosa pasan con mayor peso a la satisfacción de necesidades vitales de los más desfavorecidos. Es la época en que las fundaciones se confunden con la beneficencia. Beneficencia que pretende ser fundamentalmente pública y que convive con la privada.

En este sentido, la Ley General de Beneficencia de 20 de junio de 1849 es absolutamente capital. En ella se abre, en apariencia tímidamente, una puerta a las fundaciones que ya no volverá a cerrarse. Dicha Ley, que ha estado en vigor en España hasta 1994, es decir casi siglo y medio, considera las instituciones de beneficencia como públicas, pero admite que, por excepción, también puedan ser privadas. Su artículo 1.º parte de la base de que «los establecimientos de beneficencia son públicos», pero de inmediato admite, siquiera sea por vía de excepción, la existencia de establecimientos «particulares». Y se da por sentado que tanto los establecimientos públicos como los particulares podían cumplir fines de interés general. En gran medida la admisibilidad de establecimientos de beneficencia particulares, sobre todo asistenciales y docentes, pretendía también facilitar que se atendiesen las necesidades de salud e instrucción pública entonces cada vez más demandadas y difícilmente atendibles por los poderes públicos. Ya a finales de siglo, el Código Civil de 1889 consagra definiti-

---

the Encyclopédie», en O. FELLOWS y D. GUIRAGOSSIAN (eds.), *Diderot Studies X*, Librería Droz, S.A., Ginebra, 1968, pp. 23 y ss; en particular, p. 23.

va y expresamente, de la mano de Francisco Silvela <sup>5</sup>, a las Fundaciones como personas jurídicas. En fin, en 1899 se aprueba la importantísima Instrucción de 14 de marzo, sobre el Protectorado del Gobierno en la Beneficencia Particular, que ha estado formalmente en vigor, y por tanto formalmente ha regido la vida de las fundaciones asistenciales, hasta los últimos años del siglo XX.

Es decir, cuando va a empezar el siglo XX la legislación de las fundaciones en España se encuentra recogida en el Código Civil y en la Ley de 1849, así como en la Instrucción de 1899. Y la razón de ser de esa normativa administrativa (no así del Código Civil) era el enorme recelo frente a la beneficencia particular, sólo compensado por la imperiosa necesidad de contar con tales establecimientos, pero sometidos a un férreo control público que recibe la denominación de Protectorado. En cualquier caso, las fundaciones ya habían ocupado con naturalidad y con apoyo legal el terreno del interés general. Terreno que les era reconocido desde hacía siglos. Y que consolida definitivamente la Constitución de 1978 <sup>6</sup>.

## II. Derecho de fundación constitucionalmente reconocido e interés general

El artículo 1.º de la Constitución configura a España como un «Estado social y democrático de derecho». Lo que exige, como es ya de sobra conocido, que los poderes públicos adopten una posición activa en relación con los derechos fundamentales. Posición que debe ser prestacional en lo que a los derechos sociales se refiere, que en principio serían el campo propio de actuación del tercer sector en general y de las fundaciones en particular. Pues bien, como ya he podido señalar en otras ocasiones, lejos de quedar resentidas por la caracterización de nuestro Estado como social y democrático de derecho, las fundaciones como expresión de la participación y colaboración del sector privado con los poderes públicos, salen revitalizadas en su relación con el interés general. Como ha señalado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 18/1984, de 7 de febrero, de cita tan obligada como reiterada, «es propio

---

<sup>5</sup> SILVELA, en efecto, impulsó la incorporación en el Código Civil de la referencia a las fundaciones: «Principios capitales a que deben ajustarse en nuestra codificación civil la vida y modo de ser de las personas morales», *Discurso de recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Madrid, 1887. Publicado también en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 71, 1887. Vid. PIÑAR MAÑAS y REAL PÉREZ, *Derecho de fundaciones y voluntad del fundador*, Pons, Madrid, 2000, pp. 48-52.

<sup>6</sup> Gran parte de las consideraciones de este apartado y de los siguientes las adelanté ya en «Las fundaciones y la constitución española» (1991), ob. cit.

del Estado social de derecho la existencia de entes de carácter social, no públicos, que cumplen fines de relevancia constitucional o de interés general». Entes que deben mantener una estrecha colaboración con el Estado: la configuración del Estado como Estado Social de Derecho, continúa el Tribunal, «viene así a culminar una evolución en la que la consecución de los fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino que se armoniza con una actuación mutua Estado-Sociedad».

Tras alguna redacción inicial que recogía en el mismo precepto el derecho de asociación y el de fundación, se llegó a la redacción final del artículo 34, que somete el derecho de fundación al interés general. La Constitución, en efecto, garantiza el derecho de fundación sólo para fines de interés general y con arreglo a la Ley.

El concepto generalmente aceptado de fundación, del que se ha hecho eco el Tribunal Constitucional en su Sentencia 49/1988, de 22 de marzo, define a la fundación como «persona jurídica constituida por una masa de bienes vinculados por el fundador o fundadores a un fin de interés general».

La generalidad de los fines no es en sí elemento que necesariamente deba definir a los entes de naturaleza institucional, pero el artículo 34 garantiza precisa y solamente a las fundaciones que persigan fines de interés general (asumiendo la posición de De Castro<sup>7</sup> en su controversia con Cárdenas<sup>8</sup>). La generalidad de los fines forma parte, por tanto, del contenido esencial del derecho garantizado y por tanto del concepto de fundación que el legislador debe necesariamente respetar y que los particulares pueden crear en ejercicio del derecho que se les reconoce. No se garantiza, por tanto, cualquier tipo de fundación, sino sólo la que persiga fines de interés general. La STC 341/2005 ha señalado (FJ 5): «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».

<sup>7</sup> «Sobre la pretendida validez de las fundaciones familiares», *Anuario de Derecho Civil*, 1953, pp. 623 y ss.

<sup>8</sup> «Las fundaciones familiares en el derecho privado», *Revista de Derecho Privado*, 1952, pp. 597 y ss.

La misma STC 341/2005 señala también que *«esta caracterización, en la que resulta esencial el interés público o social que ha de estar presente en todo ente fundacional, se manifiesta reiteradamente en los pronunciamientos de este Tribunal, bien sea para considerar insuficiente la calificación de las cajas de ahorro como fundaciones (SSTC 18/1984, de 7 de febrero, FJ 4, y 49/1988, de 22 de marzo, FJ 6), bien para explicar por qué no resultaba irrazonable ni desproporcionado el requisito, establecido en la Instrucción de 14 de marzo de 1899, de que las fundaciones obtuvieran autorización del Protectorado para el ejercicio de acciones judiciales (STC 164/1990, de 29 de octubre, FJ 3), bien, en fin, para entender que no se advierte conculcación alguna del derecho a la igualdad en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, cuando reconoce este derecho únicamente a las personas jurídicas de “interés general”, que “cuando se trata de entidades de tipo fundacional (universitas bonorum) relaciona con las fundaciones que hayan sido inscritas en el Registro administrativo correspondiente” (STC 117/1998, de 2 de junio, FJ 4)».*

La garantía de contenido así configurada no supone en absoluto la petrificación de la institución. No impide la evolución del concepto de fundación. Pero tampoco permite considerar amparadas por ella cualesquiera tipo o manifestación de las fundaciones. De entrada quedan excluidas —ya lo sabemos— las que persigan fines particulares, y se plantean problemas con las fundaciones-empresa. Sobre éstas, el TC (Sentencia 49/1988, de 22 de marzo, ya citada) ha indicado que *«en todo caso resultaría discutible en qué medida tal concepto encajaría en el de fundación protegida por el art. 34 de la Constitución», que tampoco alcanzaría a proteger a las Cajas de Ahorro por cuanto la transformación sufrida por ellas «no permite considerarlas hoy —según el Tribunal— como fundaciones en el sentido que... el artículo 34 de la Constitución da a este concepto», de modo que no es posible afirmar «que la creación actual de Cajas constituya el ejercicio del derecho de fundación», si bien el propio Tribunal reconoce que no se puede negar que las Cajas «tengan un cierto carácter fundacional o puedan calificarse dogmáticamente de fundaciones a los efectos de encajarlas en una de las figuras jurídicas reconocidas por nuestro derecho», pero añade que «lo cierto es que son, en todo caso, fundaciones de carácter muy peculiar en que domina su condición de entidades de crédito, que es lo que les da su fisonomía actual» (STC 49/1988, FFJJ 6.º, 9.º y 10, respectivamente) <sup>9</sup>.*

---

<sup>9</sup> La crisis que están atravesando las Cajas de Ahorro hace que vuelva a plantearse acudir a la figura fundacional, siquiera sea para atribuir la propiedad de aquéllas a nuevas fundaciones, que asimismo se harían cargo de la obra social. El pasado 25 de mayo de 2010 se ha hecho público que, ante la grave crisis que están atravesando las Cajas de Ahorro en España, el Fondo Monetario Internacional reclama que se sometan a una transformación, convirtiéndose en bancos controlados por una fundación. El modelo a seguir sería el italiano, que por

La garantía constitucional alcanza, por tanto, a la creación de fundaciones que persigan fines de interés general.

Las previsiones del artículo 34 de la Constitución fueron desarrolladas por la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y Mecenazgo. Dicha Ley vino a derogar la vieja Ley General de Beneficencia de 1849, norma hasta entonces en vigor y, como sabemos, pieza clave, junto con el Código Civil, del régimen jurídico de las Fundaciones. La ley regulaba en un solo texto el régimen sustantivo (Título I) y fiscal (Título II) de las Fundaciones y el Mecenazgo. Lo hacía en términos de libertad, resaltando el papel central de la voluntad del fundador, las exigencias del interés general y la nueva posición del protectorado. Además, abría la puerta a la posibilidad de que las fundaciones pudiesen desarrollar actividades económicas o empresariales y a que las personas jurídico-públicas pudiesen crear fundaciones. La ley fue formalmente sustituida en 2002 por las Leyes 49 y 50, pero manteniendo en lo esencial el contenido de la de 1994. Más que nuevas leyes, por tanto, se produjo una simple reforma de la anterior.

El derecho de fundación está íntimamente relacionado con el derecho de propiedad. Precisamente el concepto clásico de fundación se basa en la existencia previa de un patrimonio (entendido éste en sentido ciertamente amplio), que se destina al cumplimiento de un fin de interés general. El propio Tribunal Constitucional admite sin género de dudas que ese concepto tradicional de fundación es el constitucionalmente garantizado por el artículo 34. Incluso prueba de ello sería la propia ubicación sistemática del precepto, inmediatamente posterior al artículo que reconoce el derecho de propiedad.

---

cierto ha dado unos resultados mucho mejor de los inicialmente esperados. Se indica: «El FMI dejó ayer un diagnóstico preocupante para España y para la banca, en especial para las cajas de ahorros, con una receta clara para salir del apuro: más mercado. La prioridad debe ser “reducir la influencia política en las cajas” y obligar a las más grandes —la Caixa y Caja Madrid, por lo menos— a convertirse en sociedades tenedoras de acciones controladas por una fundación; en una suerte de bancos bajo ese paraguas que ofrece la figura jurídica de una fundación». Un portavoz del FMI explicó que lo que sugiere la institución es «un cambio en la estructura legal para clarificar los derechos de propiedad, como han hecho en Italia y Noruega». «Una fundación controlaría la entidad (el banco en que se convertiría la antigua caja) y recibiría dividendos por las acciones. Si esa fundación lo necesitara, podría vender las acciones en el mercado para aumentar capital». «Se trata de un mecanismo útil para imponer disciplina de mercado».

Entregado este trabajo a la imprenta y en fase de corrección de pruebas, se ha publicado el Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio (*BOE* de 13 de julio), de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros, que permite la transformación de éstas en fundaciones «de carácter especial» conservando la obra social, y el traspaso de todo su negocio financiero a un banco (art. 6).

Sin embargo, como ya he apuntado en otras ocasiones <sup>10</sup>, no creo que de la Constitución se derive que el derecho de fundación deba reconducirse necesaria y casi exclusivamente a la posibilidad de cumplir fines de interés general mediante la vinculación a los mismos de bienes de propiedad del fundador. Antes al contrario, sigo pensando que debe resaltarse la estrecha vinculación del derecho de fundación con el de participación en la vida política, social, económica y cultural, en definitiva, en la consecución del interés general a partir de los concretos fines que, también de interés general, han de perseguir las fundaciones para disfrutar de la garantía constitucional *ex artículo 34*. Participación que no sólo está dirigida al cumplimiento de fines de interés general, sino incluso a la propia definición de dicho interés <sup>11</sup>.

Las anteriores consideraciones realzan la importancia del artículo 9.2 de la Constitución en la configuración de las fundaciones. Al tiempo que impulsan a llevar a cabo una redefinición de las relaciones entre derecho de fundación y derecho de propiedad que seguramente se ha de traducir en una posible desvinculación progresiva del primero en relación con el segundo. La palabra clave en el ejercicio del derecho de fundación no ha de ser sólo «propiedad» sino además «participación». El concepto actual de fundación, por tanto, atenúa la importancia del elemento patrimonial <sup>12</sup> y bascula más a favor de la idea de participación en el interés general y la existencia de una organización personificada como base estructural de la institución.

Lo anterior no es baladí. E incluso debería hacernos pensar si la exigencia de un sustrato patrimonial como elemento esencial de las fundaciones podría llegar a plantear problemas de constitucionalidad si se llevase a extremos exagerados. Pues si admitimos que las fundaciones son hoy un instrumento de participación en la consecución del interés general (lo que nos acerca, por cierto, al modelo estadounidense en los términos que antes vimos) y que el de fundación es un derecho fundamental constitucionalmente garantizado, tendríamos que plantearnos si es posible limitar su ejercicio por razones económicas. La cuestión no es sencilla. La duda que debemos poner sobre la mesa es si la posición económica o patrimonial puede ser condición para restringir el ejercicio de un derecho.

---

<sup>10</sup> «Las fundaciones y la Constitución española», *ob. cit.*; También en «El derecho de fundación como derecho fundamental», en *Derecho Privado y Constitución*, n.º 9, 1996, pp. 147 y ss.

<sup>11</sup> La participación del tercer sector en la definición de políticas públicas se ha analizado por M. DE CASTRO SANZ, «Las relaciones entre el Tercer Sector y los poderes públicos», en la obra colectiva *Las relaciones entre el Tercer Sector y los poderes públicos, VII Foro Tercer Sector*, Fundación Luis Vives, Madrid, 2010, pp. 15 y ss.

<sup>12</sup> Ejemplo de ello son las fundaciones gerenciales y la posibilidad de dotaciones sucesivas (dotaciones sucesivas que ya preveía la ley de fundaciones de 1994 y hoy admite la Ley 50/2002, de Fundaciones, art. 12.2).

Desde luego hay derechos que requieren un estatus específico para su ejercicio. Por ejemplo, la libertad de cátedra [art. 20.1.c)], los derechos de los condenados (art. 25.2), derechos de los profesores, padres y alumnos (art. 27.7), derecho de huelga de los trabajadores (art. 28.2), derecho a la negociación colectiva y a la adopción de medidas de conflicto colectivo de trabajadores y empresarios (art. 37). Incluso podría considerarse que de alguna manera el derecho a la libertad de empresa (art. 38) podría ver limitado en cierta medida el ejercicio por todas las personas dado que el legislador puede definir qué ha de entenderse por empresa, fijando para ello ciertos límites de contenido económico. ¿Puede considerarse que el derecho de fundación se reconoce sólo a favor de quienes son titulares de un patrimonio suficiente para la creación de tales entidades? Si nos atenemos al concepto clásico de fundación, podríamos considerar que es así. Pero es más que dudoso que de la Constitución pueda derivarse una conclusión semejante. No olvidemos que las fundaciones son cauce de participación en la consecución del interés general, lo que equivale a decir que de alguna manera configuran el alcance mismo de tal interés. Y esa posibilidad configuradora no puede limitarse en función del patrimonio personal. El derecho a que se refiere el artículo 34 se reconoce, por tanto, a todas las personas, sin distinción por su capacidad patrimonial o económica. Sobre todo teniendo en cuenta, como luego veremos, que el interés general de dicho precepto no es el interés general equivalente al que la propia Constitución cita en otros artículos (por ejemplo, el 103), sino un interés supraindividual.

El legislador puede establecer un límite o un requisito económico para ejercer el derecho a la libertad de empresa. Pero fijar un contenido patrimonial mínimo para ser titular del derecho de fundación sería inconstitucional. Ello es así precisamente porque, aparte la propia naturaleza de las empresas, el fin de la constitución de una empresa no tiene por qué ser de interés general. Las fundaciones, sin embargo, deben perseguir fines de tal naturaleza, lo que impide, como digo, reservar sólo a unos pocos (o no permitir a todos) la participación en su cumplimiento. Por eso no sería admisible fijar una cantidad mínima para poder constituir una fundación y por eso en la Ley 50/2002 tal cantidad no se fija. Su artículo 12 (de aplicación general por constituir legislación civil al amparo del art. 149.1.8 de la Constitución <sup>13</sup>) señala que la dotación debe ser adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales y recoge una presunción (sólo una presunción), de que es suficiente una dotación de 30.000 euros. Además, se admite, como ya sabemos, la dotación sucesiva y se prevé un régimen muy flexible tanto de la naturaleza de la dotación como de su aportación.

---

<sup>13</sup> Disposición final primera, 2.b), de la Ley 50/2002.

En definitiva, pues, resulta ya discutible definir la fundación como patrimonio adscrito a un fin general. Hoy la idea de participación y la necesidad de contar con una organización estable que permita la consecución de los fines fundacionales son igualmente identificativos de la figura fundacional. Como en parte se considera en la definición que de fundación contiene el artículo 2 de la Ley 50/2002, que constituye condición básica para el ejercicio del derecho de fundación, de acuerdo al artículo 149.1.1 de la Constitución <sup>14</sup>.

En fin, elemento esencial del derecho de fundación es el respeto a la voluntad del fundador, que ocupa asimismo un lugar de primera magnitud <sup>15</sup>. De una interpretación conjunta de los artículos 34 y 9.2 CE deriva que el derecho de fundación se concreta en el ejercicio de la libertad que se garantiza al fundador para, mediante la creación de una persona jurídica, vincular de forma duradera ciertos bienes a fines de interés general como manifestación del derecho de propiedad y del derecho a participar en la vida social y cultural; derecho que en todo caso deben tutelar y promover los poderes públicos.

Como ha señalado el TC en la Sentencia 341/2005, reiterando la doctrina ya expresada en la STC 49/1988, «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. Tanto la manifestación de voluntad como la organización han de cumplir los requisitos que marquen las leyes, las cuales prevén, además, un tipo de acción administrativa (el protectorado) para asegurar el cumplimiento de los fines de la fundación y la recta administración de los bienes que la forman... como afirmación general pocas dudas puede haber de que ese es el concepto de fundación a que se refiere el artículo 34 de la Constitución. Obsérvese también 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).

---

<sup>14</sup> Disposición final primera, 1, de la Ley.

<sup>15</sup> Sobre ello *vid.* PIÑAR MAÑAS y REAL PÉREZ, *Derecho de fundaciones y voluntad del fundador*, ob. cit.

### III. Interés general y fundaciones <sup>16</sup>

Tanto el artículo 34 como el 103 de la Constitución utilizan la misma expresión para referirse, respectivamente, a los fines que definen a las fundaciones constitucionalmente garantizadas («se reconoce el derecho de fundación para fines de interés general»), y al mandato servicial que configura constitucionalmente a la Administración: ésta «sirve con objetividad los intereses generales» (art. 103). Sin embargo, ambos fines no son equivalentes <sup>17</sup>. En cualquier caso, queda meridianamente claro que no corresponde a los poderes públicos el monopolio del interés general.

La Constitución utiliza diversas expresiones para referirse al interés supraindividual. Habla de interés general <sup>18</sup>, interés social <sup>19</sup>, interés público <sup>20</sup> e interés nacional <sup>21</sup>. También, de «Interés general de España» <sup>22</sup>. Además, se refiere también a un interés definido en función del territorio, para habilitar las competencias de las Comunidades Autónomas <sup>23</sup>.

El Interés general que deben perseguir las fundaciones es el interés superior al individual, incluso al de grupo si éste está integrado por sujetos no genéricamente individualizados. Pero ese interés general puede llegar a ser el mismo al que deben servir las Administraciones Públicas. Ningún límite se ha establecido al respecto ni en la Constitución ni en la Ley de Fundaciones. La enumeración de fines recogido en el artículo 3.1 de la Ley 50/2002 es meramente enunciativa, sin que para nada tenga ánimo de acotar los fines generales que pueden perseguir las fundaciones. En consecuencia, para que el derecho

---

<sup>16</sup> Como he advertido más atrás, algunas de las siguientes reflexiones las he expuesto ya en la «Relazione Generale», en el marco del *XVIII Congresso italo-spagnolo dei Professori di Diritto Administrativo. Forme private e interessi generali: quale ruolo per le fondazioni?*, Bolonia, 27-29 mayo de 2010.

<sup>17</sup> Sobre el concepto de interés general es ya clásica la aportación de A. NIETO, «La Administración sirve con objetividad los intereses generales», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, tomo IV, Civitas, Madrid, 1991, pp. 2187 y ss. Asimismo, GARCÍA DE ENTERRÍA, «Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado», *REDA*, n.º 89, 1996, pp. 69 y ss.; SÁNCHEZ MORÓN, «Interés General», en *Enciclopedia Jurídica Básica, III*, Civitas, Madrid, pp. 3658 y ss. En relación con las fundaciones, CAFFARENA LAPORTA, «Las fundaciones: fines de interés general, beneficiarios y cláusulas de reversión», en *Anuario de Derecho de Fundaciones 2009*, Asociación Española de Fundaciones-Iustel, Madrid, 2009, pp. 29 y ss.

<sup>18</sup> Artículos 30, 34, 47, 128, 150.

<sup>19</sup> Artículos 33 y 124.

<sup>20</sup> Artículos 76 y 124.

<sup>21</sup> Artículo 144.

<sup>22</sup> Artículo 155.

<sup>23</sup> Artículos 148.1, apartados 4, 10, 11, 15 y 16, y 149.1, apartados 20 y 24.

de fundación resulte constitucionalmente garantizado, las fundaciones *deben* perseguir (y por tanto los fundadores establecer) un interés superior al individual, que *puede* llegar a ser el mismo interés general a que se refiere el artículo 103. Incluso nada impediría que ese interés general fuese considerado interés nacional por el fundador. Pero en este caso debe estimarse que la definición que haga el fundador no tiene mayor alcance que el de autodefinirse como tal. Así como no hay un monopolio del legislador en definir qué se entiende por interés general, sí lo hay para definir qué se entiende por interés nacional.

En este sentido, plantea serias dudas lo que se afirma en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid, de 29 de mayo de 2009<sup>24</sup>, por la que se desestima el recurso interpuesto contra la denegación de la inscripción de una Fundación con la denominación de «Fundación para la Defensa de la Nación Española».

El Tribunal resalta que

*«la denegación se basó en un análisis conjunto de las reglas [contenidas en el artículo 5.º de la Ley 50/2002] ... para llegar a la conclusión de que la incorporación en la denominación de los términos “DEFENSA”, que se corresponde con la denominación de un Departamento Ministerial, y “NACIÓN ESPAÑOLA”, que equivale a “ESPAÑA”, daba lugar a error o confusión en cuanto a los fines de la Fundación que en ningún caso podrían ser los propios del Ministerio de Defensa, ni identificarse con el sector público.*

*Y lo cierto es que la denominación propuesta, al unir ambos términos, sugiere desde luego una vinculación con fines públicos evocando una actividad reservada al sector público cual es la defensa de España.*

*Esta confusión o error conceptual es precisamente lo que pretende eludir la regulación sobre la materia y, concretamente, el transcrito artículo 5 de la Ley 50/2002, considerando la Sala que la interpretación que de dicho precepto se hace en las Resoluciones*

---

<sup>24</sup> A ella nos referimos también en este Anuario: PIÑAR MAÑAS y REAL PÉREZ, «Las fundaciones en la Comunidad de Madrid. Doctrina de los Tribunales 2009-2010». La Sentencia, dictada en el Recurso 554/2006, se enfrentó a un caso curioso: La Subdirección General de Fundaciones y Mecenazgo del Ministerio de Cultura dictó resolución el 11 de enero de 2006, confirmada por la Secretaría General Técnica mediante Resolución de 27 de febrero de 2006, por la que se desestimó el recurso de alzada interpuesto contra aquella, por la que desestimó la petición formulada por los interesados para que se emitiese certificado de denominación negativa a favor de la Fundación para la Defensa de la Nación Española. La resolución por la que se denegó tal solicitud, y por tanto la expedición del certificado, se basó en lo establecido en el artículo 5 de la Ley 50/2002, de Fundaciones, «advirtiendo que debía proponerse otra denominación por la cual resultara indubitado que la fundación no pertenece al Sector Público estatal ni pretende desempeñar potestades reservadas en exclusiva a ésta» (*sic*).

*impugnadas no resulta restrictiva, como asegura el demandante, del derecho reconocido en el artículo 34 de la Constitución cuando, siendo ilimitadas las posibilidades denominativas, puede elegirse cualquier otra que reflejando también los fines de la Fundación no incida en las limitaciones o prohibiciones comprendidas en el precepto.*

*Se trata, además, no sólo de prevenir el error o la identificación con el sector público, sino también de evitar que por el carácter excluyente de la inscripción previa pueda apropiarse una Fundación de denominaciones o términos que pertenecen al acervo común y no son susceptibles de empleo en exclusiva».*

Al margen de otras consideraciones, merece la pena destacar que de la Sentencia parecería desprenderse que las fundaciones no pueden desarrollar actividades reservadas «al sector público», lo cual en absoluto es así. No existe en la Ley de Fundaciones una prohibición de perseguir fines de interés general que correspondan al sector público. Esta prohibición sólo es efectiva en caso de que bien exista una reserva a favor de dicho sector público en relación con tales fines, o bien estemos ante el ejercicio de potestades que, prohibidas en relación con las fundaciones privadas de iniciativa pública, han de estarlo también, lógicamente, en relación con las de iniciativa privada. De hecho, son innumerables las fundaciones que persiguen fines de interés general coincidentes con otros tantos propios del sector público. Por eso, la Sentencia a la que me refiero sólo puede considerarse admisible si en ella lo que se pretende es resaltar que las fundaciones no pueden perseguir fines de interés general que impliquen el ejercicio de potestades.

Incluso hay supuestos normativos de posible reconocimiento a las fundaciones de fines que corresponderían a los poderes públicos. Así, el artículo 45.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, establece que «Las Comunidades Autónomas y las Ciudades de Ceuta y Melilla podrán establecer los convenios o acuerdos de colaboración necesarios con otras entidades, bien sean públicas, de la Administración del Estado, Local o de otras Comunidades Autónomas, o privadas sin ánimo de lucro, para la ejecución de las medidas de su competencia, bajo su directa supervisión, sin que ello suponga en ningún caso la cesión de la titularidad y responsabilidad derivada de dicha ejecución». Por su parte, el artículo 83 de la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores, prevé que los centros de menores puedan ser públicos o privados. Los ejemplos podrían multiplicarse.

En realidad, la única limitación constitucional a los fines de las fundaciones es que sean de interés general (art. 34), que en ningún caso sean fines tipificados como delito (art. 22 de la Constitución, al que se remite el 34) y que no impliquen el ejercicio de potestades (reservadas a las Administraciones Públicas: arts. 97 y 103).

Por otra parte, el interés general a que hace referencia el artículo 103 no es el mismo a que se refiere el artículo 34.

El primero es el interés de los ciudadanos y se cita para dejar claro que la Administración no actúa en servicio de ningún hipotético interés propio, y que en ningún caso puede actuar en beneficio particular, por muy ajeno a la propia Administración que sea. Precisamente, los casos de corrupción tienen en la base la puesta a disposición de fines particulares del aparato de la Administración, incluyendo fondos públicos. La apertura de los contratos y la necesidad de respetar reglas de selección de los contratistas y adjudicación de los contratos se fundamenta en la interdicción de poner al servicio de, o beneficiar a, intereses particulares con recursos y medios públicos (además de garantizar que no se falseen las reglas de la competencia).

El interés general del artículo 34 es el contrapunto del interés particular. La figura fundacional es un medio para, a través de la creación de una persona jurídica diferente del fundador (que no necesariamente ha de ser una persona física o jurídico-privada), cumplir fines de interés general, dirigidos a beneficiar a colectividades genéricas de personas (art. 3.2 de la Ley 50/2002: «La finalidad fundacional debe beneficiar a colectividades genéricas de personas»<sup>25</sup>). Esta es una de las diferencias más significativas con las asociaciones. Éstas, integrantes también del tercer sector, pueden cumplir fines de interés particular, ceñidos sólo a los propios de los socios, que pueden estar perfectamente definidos y ser identificables (por ejemplo, una asociación de antiguos alumnos). Por este motivo, el artículo 22 de la Constitución, al reconocer el derecho de asociación, no añade exigencia alguna a la naturaleza o alcance de los fines perseguidos, que sólo son limitados negativamente, al objeto de prohibir fines delictivos (además de prohibir las asociaciones secretas, las de carácter paramilitar y las que utilicen medios tipificados como delitos). Por eso no hay un derecho constitucional de las asociaciones a ser reconocidas de utilidad pública, pues los fines de las asociaciones pueden ser privados. Las fundaciones no necesitan ser declaradas de utilidad pública, pues siempre son «de interés general».

Por otro lado, sin entrar ahora en el debate sobre si el de interés general es o no un concepto jurídico indeterminado (García de Enterría<sup>26</sup>, Tomás Ra-

---

<sup>25</sup> La Ley interpreta el alcance de la generalidad de los destinatarios en el propio artículo 3.º Merece la pena resaltar que tendrán la consideración de colectividades genéricas de personas los colectivos de trabajadores de una o varias empresas y sus familiares y que asimismo se admite la creación de fundaciones a favor de personas jurídicas singularizadas que persigan fines de interés general. Tal sería el caso, por ejemplo, de la Fundación de Amigos del Museo del Prado.

<sup>26</sup> «Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado», ob. cit. Asimismo, junto con T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo, I*, Thomson-Civitas, Madrid, 14.ª ed., 2008, pp. 467 y ss.

món Fernández, Sainz Moreno <sup>27</sup>, por un lado; Beltrán de Felipe <sup>28</sup>, Mariano Bacigalupo <sup>29</sup>, Muñoz Machado <sup>30</sup>, por otro) lo que sí debe afirmarse es que la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados no es aplicable para definir el alcance del interés general en el artículo 34 de la Constitución. Lo que el artículo 34 hace al remitirse a la ley (se reconoce el derecho de fundación para fines de interés general con arreglo a la ley) no es dejar en manos del legislador definir qué se entiende por interés general, pues ello implicaría una limitación injustificada del ámbito de aplicación del derecho de fundación, sino permitirle configurar los contornos del ejercicio del derecho, teniendo en cuenta que no se podrá limitar el derecho a la persecución de unos fines de interés general y no de otros. Las fundaciones no son instrumentos del poder público para el servicio objetivo del interés general (salvo las de iniciativa pública y las fundaciones públicas). Son manifestación en clave de libertad del ejercicio de un derecho reconocido constitucionalmente.

Lo que entonces debe concretarse es si hay algún medio para garantizar e incluso imponer el interés general que esté reservado a la Administración. Semejante interrogante tiene una respuesta afirmativa: el medio consistente en el ejercicio de potestades le corresponde en exclusiva a la Administración (al poder público) pues no es dable que la ciudadanía delegue en entidades privadas el uso de medios coactivos para la imposición del interés general.

En principio, pues, debería pensarse que ningún fin de interés general le está vedado a las fundaciones (los fines prohibidos por la remisión al art. 22 no son intereses generales, por definición), pero sí le son inaccesibles ciertos medios para imponerlos. Por tanto, y en conclusión, no hay intereses generales vedados a las fundaciones, sino medios para imponerlos. Medios que corresponden en exclusiva al poder público.

Debe tenerse en cuenta, además, que la posibilidad de que las fundaciones participen en el interés general no viene atribuida hoy ni por el legislador ni mucho menos por la Administración, sino por la propia Constitución. Es decir, ni siquiera el legislador puede reservar, ni a sí mismo ni a la Administración, el monopolio del interés general. Hacerlo así sería inconstitucional. Lo que sí puede hacer el poder público es definir qué intereses generales puede

---

<sup>27</sup> *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976.

<sup>28</sup> *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995.

<sup>29</sup> *La discrecionalidad administrativa: estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*, Madrid, 1997.

<sup>30</sup> *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, I*, Iustel, Madrid, 2.ª ed., 2006, pp. 546 y ss.

considerar prioritarios. La definición de unos intereses generales como más importantes que otros es consustancial al pluralismo político.

Pero esa posibilidad nada tiene que ver con la exigencia de informe favorable del Protectorado para constituir una fundación, previsto en el artículo 35.1.a) de la Ley 50/2002<sup>31</sup> y que en mi opinión podría ser inconstitucional, pues deja en manos de la Administración (no del legislador —que sería excesivo— ni de los jueces —que sería lo lógico—) la definición del interés general. La cuestión sería distinta si ese control previo (y el Protectorado en general), se atribuyese a una Autoridad independiente. Luego me refiero a ello.

#### **IV. Administración pública, fundaciones e interés general**

##### **1. *La necesaria revisión del Protectorado***

La consecución de fines de interés general en el marco de la voluntad del fundador está sometida a la supervisión de la Administración pública a través de la figura del Protectorado.

El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 49/1988, de 22 de marzo, ha señalado expresamente que «las leyes pueden prever un tipo de acción administrativa, el Protectorado, para asegurar el cumplimiento de los fines de la Fundación y la recta administración de los bienes que la forman»<sup>32</sup>. Esta afirmación, que se hace en el marco constitucional, significa que en dicho marco encaja la posibilidad de establecer, por vía legal, el Protectorado. La configuración que del ejercicio del derecho de fundación puede hacer la Ley, de acuerdo a lo que el propio artículo 34 de la Constitución admite («se reconoce el derecho de fundación... con arreglo a la Ley»), no impide que se establezca un tipo de Protectorado en relación con las fundaciones.

Este es el punto de partida que, como ya he tenido ocasión de señalar en otro lugar, debemos tomar en consideración. «La Constitución no impone, pero en absoluto prohíbe, la existencia del Protectorado. Puede incluso afirmarse que en el núcleo esencial del derecho de fundación institucionalmente garantizado por la Constitución cabe identificar la presencia de la acción pública de Protectorado como elemento no extraño al sistema»<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> Y artículo 43.b) del Reglamento de Fundaciones de competencia estatal, aprobado por Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre.

<sup>32</sup> Véase mi libro *Régimen jurídico de las Fundaciones: jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*, ob. cit., pp. 17 y ss.

<sup>33</sup> «Régimen jurídico público...», ob. cit., p. 371.

No voy a analizar ahora el Protectorado, ampliamente estudiado entre nosotros, pero en cualquier caso hay que revisar totalmente su régimen y la posición de las fundaciones en relación con la Administración Pública en este punto. No sólo porque el Protectorado no ha funcionado, sino porque, pese a ser constitucional su existencia, debe reconfigurarse.

Admitida la constitucionalidad y justificación del control externo sobre las fundaciones, la Administración pública es la que por naturaleza está llamada a ejercer el primer control sobre el cumplimiento de la voluntad del fundador (sin perjuicio, por supuesto, del control último que se reserva a los jueces y tribunales). El artículo 103 de la Constitución nos da base más que suficiente para llegar a esa conclusión.

Muy distinto es que la actual configuración del Protectorado sea la más idónea.

Por un lado, la diversidad de Protectorados puede introducir disparidad de criterios en el modo en que el control es ejercido, lo cual es a todas luces criticable. Por eso es imprescindible llevar a cabo una decidida reestructuración del Protectorado que debería cuando menos traducirse en un proceso decidido de unificación de los servicios del Protectorado frente a la dispersión hoy existente. Dispersión que, como he señalado ya en otras ocasiones, es no sólo disfuncional sino también en no pocas ocasiones totalmente injustificada. No se trata ya de que sean —en el ámbito de la Administración del Estado— dos o tres los Departamentos con competencias en materia de control sobre las fundaciones en función de la actividad desarrollada, sino que la gran mayoría de los Ministerios han optado por crear sus propios órganos de protectorado, sobre todo cuando previamente se han creado, a iniciativa de los mismos, fundaciones «del sector público estatal», respecto de las cuales no se desea dejar en manos de un Ministerio diferente el ejercicio del control.

Pero seguramente ha de darse un paso más. Y ése no es otro que el de tender hacia un control público, externo e independiente. No vinculado, en consecuencia, a un Departamento específico, sino dotado de autonomía y con suficientes recursos humanos y económicos. La proliferación de fundaciones de iniciativa pública exige, en mi opinión, que el control no se atribuya en absoluto a quien en definitiva va a ser controlado. Esta situación sólo puede ser calificada de esquizofrénica, pues no es extraño que los órganos de gobierno de las fundaciones de iniciativa pública coincidan con quienes han de ejercer el protectorado. Y no sólo eso, pues también ha de tenerse en cuenta que la importancia, el peso, y por qué no decirlo, el poder de no pocas fundaciones de iniciativa privada se compadecen mal con el control de servicios poco dotados e integrados en estructuras administrativas fuertemente burocratizadas.

Creo, pues, que debe tenderse hacia la creación de una suerte de Agencia pública e independiente de control sobre las fundaciones. No es un tema extraño en cuanto al ejercicio de un derecho, pues ya tenemos ejemplos, como la Agencia Española de Protección de Datos, que tutela y garantiza un derecho. Sobre todo por la importancia que tiene el interés general.

Esa Agencia debe, además, ejercer un control de naturaleza reglada, no discrecional, como por el contrario ocurre en estos momentos. En efecto, no pocas de las autorizaciones previstas tanto en la Ley estatal como en las leyes autonómicas hasta ahora aprobadas tienen un fuerte contenido discrecional, de modo que se atribuye al protectorado un amplio margen de apreciación a la hora de adoptar sus decisiones. Por otra parte, ese control reglado debe dejar de ser fundamentalmente previo para serlo *a posteriori* o revisor.

En cualquier caso, es evidente que a los Tribunales les corresponde el control último de la legalidad de la actuación de las Fundaciones y de la Administración. Ningún problema hay en ello.

## 2. *Las fundaciones privadas de iniciativa pública*

El fenómeno de las fundaciones de iniciativa pública ha sido objeto de ya numerosos estudios que han dedicado no pocas páginas a intentar explicar una cuestión que era ajena al mundo fundacional hace unos años y que ahora ocupa un lugar preferente que resulta difícil explicar y justificar<sup>34</sup>.

<sup>34</sup> La bibliografía sobre el tema ya es más que abundante. *Vid.*, entre otros (por orden cronológico), PIÑAR MAÑAS, «Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones», *REDA*, n.º 97, 1998, pp. 37 y ss.; MUÑOZ MACHADO, «Las fundaciones privadas de ente público», en *Las Universidades y su régimen jurídico*, Lex Nova, Valladolid, 1999, pp. 583 y ss.; VAQUER CABALLERÍA, *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios*, Pons, Madrid, 1999. En esta obra hay un interesante Prólogo de PAREJO ALFONSO; PIÑAR MAÑAS, «Las fundaciones sanitarias. De la perplejidad a la confusión, pasando por la demagogia», *Revista general de legislación y jurisprudencia*, n.º 1 del año 2000, pp. 73 y ss.; PIÑAR MAÑAS y REAL PÉREZ, *Derecho de fundaciones...*, ob. cit., pp. 203 y ss.; BERMEJO LATRE, «Las fundaciones privadas de iniciativa pública y la “huida” del derecho administrativo», en SOSA WAGNER (COORD.) *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Prof. Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 935 y ss. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «Fundaciones privadas del sector público: problemas de constitucionalidad», en *Actas del XIII Congreso italo-español de profesores de Derecho Administrativo. Salamanca, 9-11 de octubre de 2000*, Cedecs, Barcelona, 2002, pp. 301 y ss.; PIÑAR MAÑAS, «Tercer sector, sector público y fundaciones», en las mismas *Actas*, pp. 241 y 242 (en base a este trabajo, notablemente revisado y actualizado, el trabajo del mismo título en *Revista Española del Tercer Sector*, n.º 1, oct.-dic., 2005, pp. 15 y ss.); MALARET GARCÍA y MARSAL FERRET, *Las fundaciones de iniciativa pública: un régimen jurídico en construcción*, Fundación Pi i Sunyer, Barcelona, 2005; SOCIAS CAMACHO, *Fundaciones del Sector Público. En especial, el ámbito sanitario*, Iustel, Madrid, 2006; CARBALLEIRA RIVERA, *Fundacio-*

Salvo en la Ley catalana de fundaciones de 3 de marzo de 1982 (que sólo reconocía la capacidad de fundar a las personas físicas y a las jurídico-privadas), la constitución de fundaciones por parte de las Administraciones Públicas no ha estado nunca prohibida. O mejor dicho, nada impedía, por defecto, que las Administraciones pudiesen constituir fundaciones. De hecho, la figura fundacional, a través de las fundaciones públicas de servicio y los patronatos municipales, siempre ha estado presente en el ámbito de la Administración. Lo que no ha sido tan usual, hasta no hace mucho, era la constitución de fundaciones privadas. Pero, repito, con anterioridad a la Constitución y antes también de la Ley de 1994, nada impedía a la Administración crear fundaciones privadas. Con la excepción, ya apuntada, de la Ley catalana. Dicho lo anterior, el primer reconocimiento normativo que de forma expresa tuvo la capacidad de las Administraciones de crear fundaciones se encuentra en el artículo 6 de la Ley 30/1994. Dicho precepto reconocía a las personas jurídico-públicas la capacidad de fundar. Quienes tuvimos el honor de formar parte de la Comisión encargada de elaborar el anteproyecto de ley de fundaciones de 1994 recordamos que cuando se planteó la posibilidad de reconocer a las personas jurídico-públicas la capacidad de crear fundaciones se tuvo muy en cuenta la existencia, ya entonces, de al menos dos fundaciones creadas por entidades públicas; fundaciones privadas a todos los efectos: la Fundación Argentaria (entonces Argentaria era Banco público) y la Fundación General de la Universidad Complutense. Esta realidad motivó que se permitiese, casi por vía de excepción, la creación de fundaciones de iniciativa pública. El resquicio abierto por la ley de 1994, que luego pasó a la de 2002, ha sido aprovechado de forma desmedida por las Administraciones Públicas, del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales. Nótese la paradoja de tal situación en relación con la prevista por la Ley de 1849. Podría decirse, casi, que mientras que en ésta la beneficencia pública era la regla y la privada la excepción, en el modelo constitucional y en el legal surgido de él, la situación es cabalmente la contraria. En cualquier caso, así como tras la rendija abierta por la ley de 1849 las fundaciones privadas experimentaron un notable incremento, tras la ley de 1994 han sido las administraciones públicas las que han aprovechado con enorme generosidad la posibilidad que por vía de excepción se les ha reconocido.

---

*nes y Administraciones Públicas*, Atelier, Barcelona, 2009; MUÑOZ MACHADO, «Las fundaciones del sector público y la legislación de contratos», en *Anuario de Derecho de Fundaciones 2009*, Asociación Española de Fundaciones-Iustel, Madrid, 2009, pp. 153 y ss.; VÁZQUEZ LIDOY, *Entregas dinerarias sin contraprestación concedidas por las fundaciones públicas*, Asociación Española de Fundaciones, Madrid, 2009; MENÉNDEZ GARCÍA, «Las fundaciones y las sociedades públicas», en CANO CAMPOS (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo. Tomo II, La organización de las Administraciones públicas*, Iustel, Madrid, 2009.

Las fundaciones constituidas por entidades públicas no son expresión de ningún derecho fundamental (el derecho de fundación), sino una técnica. Artificiosa, además. Que se utiliza, en no pocas ocasiones, para intentar eludir la aplicación del derecho administrativo. La posibilidad de constituir fundaciones no forma parte en sí misma del estatuto jurídico de las Administraciones públicas. Se trata tan sólo de una posibilidad que el legislador puede reconocer o no. Son en cualquier caso verdaderas fundaciones privadas, no públicas.

Las fundaciones públicas forman parte de las entidades institucionales de la Administración. Son Administración institucional. Su régimen jurídico, por tanto, es de derecho público. Por el contrario, las fundaciones a que ahora me refiero son entidades privadas, creadas, eso sí, por entidades públicas, pero sometidas al derecho privado.

Significa esto que una vez constituida la fundación, se registrará ante todo (y no supletoriamente) por lo dispuesto en la Ley 50/2002, de Fundaciones. La especialidad de su régimen se encuentra en el proceso de formación de la voluntad de la entidad pública que funda, que por supuesto está sometido a normas de derecho público, así como en el proceso de disposición de los bienes dotacionales, también sometido al derecho público, en el control financiero y contable y en el régimen de contratación.

La Ley de 2002 dedica los artículos 44 a 46 a las mal llamadas «fundaciones del sector público estatal», es decir, las fundaciones creadas a iniciativa de la Administración del Estado. La opción del legislador era atajar algunos de los problemas que ya antes se habían evidenciado y que tienen que ver con las necesarias cautelas que han de tomarse a la hora de crear tales fundaciones y a su régimen jurídico. Merece la pena destacar que la ley prohíbe que puedan ejercer potestades públicas [art. 46.1.a)] y refuerza el control presupuestario y contable a que están sometidas, así como los principios de objetividad y publicidad que deben observar en la selección de personal y en la contratación. Se trata de previsiones que deben ser bienvenidas, pero que en absoluto resuelvan los muchos problemas que plantean. Por ejemplo, y por citar uno, sigue sin resolverse el espinoso tema del ejercicio del protectorado, que en muchas ocasiones corresponde, en función de su cargo y competencias, a quien ejerce la presidencia de la fundación controlada o forma parte de su patronato. Además, debe tenerse en cuenta que la contratación por parte de tales fundaciones no sólo debe ajustarse a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad (como pretende el art. 46.5) sino que debe aplicarse la Ley 30/2007, de contratos del sector público, en los términos en ésta fijados. Su artículo 3.f) considera que, a efectos de lo dispuesto en la propia Ley, se entenderá que forman parte del sector público «las fundaciones que se constituyan con una aporta-

ción 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 ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades» (concepto que coincide con el definido en el art. 44 de la Ley 50/2002) <sup>35</sup>.

Existe un debate abierto acerca de la capacidad de las Administraciones Públicas para constituir fundaciones. Incluso se ha llegado a plantear la inconstitucionalidad de las fundaciones de iniciativa pública <sup>36</sup>.

En mi opinión, y frente a lo que se mantiene con carácter general <sup>37</sup>, la creación de una fundación de iniciativa pública no necesita de una ley especial habilitante que reconozca la capacidad de las Administraciones Públicas para su creación. El artículo 8 de la Ley 50/2002 (que según su disposición final 1.<sup>a</sup> es de aplicación general, al amparo del art. 149.1.8.<sup>a</sup> de la Constitución, y tiene su origen en el art. 6 de la Ley 30/1994) dispone en su apartado 4 que «las personas jurídico-públicas tendrán capacidad para constituir fundaciones, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario».

Las previsiones del citado artículo 8 (y antes del art. 6 de la Ley de Fundaciones de 1994) hicieron, como digo, que por algún sector se considerase (y se considere) que es necesaria una habilitación legal ulterior para reconocer de forma expresa la capacidad de las Administraciones Públicas para crear fundaciones <sup>38</sup>. Por nuestra parte, hemos mantenido que ya la ley de 1994 permitía sin más la creación de fundaciones por la Administración (salvo que la ley lo prohíba), sin que fuese necesaria esa habilitación posterior <sup>39</sup>.

Pues bien, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso del TSJ de Madrid de 29 de diciembre de 2009 (Recurso 582/2008) acoge sin duda la postura por nosotros mantenida. El Pleno del Consejo General de Colegios de Graduados Sociales aprobó el 25 de abril de 2008 la creación de la Fundación Justicia Social del Consejo General de Colegios de Graduados Sociales. La Asociación

---

<sup>35</sup> Sobre ello *vid.* MUÑOZ MACHADO, «Las fundaciones del sector público y la ley de contratos», *ob. cit.*

<sup>36</sup> MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «Fundaciones privadas del sector público...», *ob. cit.*

<sup>37</sup> VAQUER CABALLERÍA, PAREJO, SOCAS CAMACHO, CARBALLEIRA (en las obras citadas más atrás).

<sup>38</sup> VAQUER CABALLERÍA, *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios*, PONS, Madrid, 1999, con Prólogo de PAREJO ALFONSO, en el que rebate nuestra opinión previa. SOCAS CAMACHO, *Fundaciones del Sector Público. En especial, el ámbito sanitario*, Iustel, Madrid, 2006; CARBALLEIRA RIVERA, *Fundaciones y Administraciones Públicas*, Atelier, Barcelona, 2009.

<sup>39</sup> PIÑAR MAÑAS y REAL PÉREZ, *Derecho de Fundaciones y voluntad del fundador*, PONS, Madrid, 2000, pp. 203 y ss.

de Graduados Sociales Ejercientes consideró nulo el acuerdo, y lo impugnó ante el TSJ. Su argumento es que el acuerdo «es nulo de pleno derecho por carecer el Consejo General de capacidad suficiente para adoptarlo». Señala que ni la ley de Colegios Profesionales ni los Estatutos del de Graduados Sociales recogen la creación de fundaciones entre las competencias que asignan al Consejo General, por lo que al carecer el Consejo de capacidad para crear la fundación objeto del acuerdo impugnado, éste deviene nulo de pleno Derecho.

El Tribunal es tajante: «el artículo octavo de la Ley 50/02 de Fundaciones, al regular la capacidad para fundar, además de los dos requisitos resaltados en la demanda para personas físicas o jurídicas privadas de índole asociativa, establece en su número 4 que las personas jurídico-públicas tendrán capacidad para constituir fundaciones, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario, de donde resulta que el Consejo General en este caso tiene reconocida por la ley, al ser una Corporación de Derecho Público, la capacidad de crear fundaciones, capacidad que sólo cedería ante una disposición expresa en contrario de las normas que la regulan, disposición que no se identifica en la demanda ni se halla en los estatutos». Y concluye que «con claridad meridiana se desprende que la creación de la Fundación y aprobación de sus Estatutos entran dentro de las funciones y fines que tiene atribuidos el Consejo General por el RD 1415/2006 y que por lo tanto no existe vicio de capacidad alguno en el acuerdo que pudiera determinar su nulidad de pleno Derecho». Y ello teniendo en cuenta que «en el supuesto que estamos examinando el Consejo General de Colegios de Graduados Sociales actuó como Administración Pública al crear una fundación, y lo hizo dentro de la función de formación de sus asociados que le viene reconocida en sus estatutos y, además, adoptó el acuerdo fundacional en la forma igualmente en ellos establecida, por lo que no puede imputarse a éste el vicio de ausencia de capacidad que pretende la demandante».

La creación de fundaciones privadas de iniciativa pública tampoco es manifestación de la potestad de autoorganización de la Administración, sino, en primer lugar, de la potestad de disposición de fondos y recursos (no personales) públicos. Puede entrar en juego, indirectamente, la potestad de autoorganización cuando la creación de la fundación afecta a la organización administrativa. Por ejemplo, si la creación de una fundación lleva emparejada la supresión de un órgano o unidad administrativos. Se trata de una suerte de manifestación negativa o indirecta de la potestad de autoorganización. Pero nada más. Y ello es así porque las fundaciones de iniciativa pública a las que ahora nos referimos no son entidades públicas, no se integran en la organización administrativa, no son, en definitiva, administración pública. Incluso es

equivoco considerarlas, a todos los efectos, como integrantes del sector público, como parecería desprenderse de la Ley 50/2002. Más simplemente, *vienen consideradas* como integrantes del sector público *pero sólo a ciertos efectos*: a los derivados del control presupuestario y a los del régimen de contratación. Pero, por ejemplo, en ningún caso se aplica al personal el Estatuto básico del empleado público (Ley 7/2007, de 12 de abril), salvo que deba aplicarse por el hecho de que quien preste sus servicios en una de estas fundaciones sea empleado público (por ejemplo, en cuanto al régimen de incompatibilidades o situaciones de los funcionarios). Ni se aplica el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración, salvo en supuestos de responsabilidad concurrente. Pero no por aplicación del artículo 140 de la Ley 30/1992, según la redacción dada por la Ley 4/1999, sino en aplicación de lo previsto en el artículo 2.e) de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción, pues en caso de concurrencia de responsabilidades entre una Administración y una fundación de iniciativa pública no estaríamos ante un supuesto de concurrencia entre Administraciones públicas, sino de concurrencia con particulares (la fundación) en la producción del daño.

Ahora bien, dado que la Administración debe servir con objetividad los intereses generales (art. 103 de la Constitución), es imprescindible que justifique la incuestionable necesidad de crear una fundación, pues ésta también debe cumplir fines de interés general. Además, y éste es un tema de enorme importancia no suficientemente resaltado hasta la fecha, mientras que las Administraciones públicas actúan al servicio de los ciudadanos, las fundaciones ejercen sus funciones a favor de los beneficiarios o usuarios (cuyo estatus no está nada claro <sup>40</sup> ni su habilitación o legitimación para cuestionar el desempeño de su actividad por las fundaciones: ver Ley 50/2002). Y es evidente que la Administración, al crear una fundación, no puede convertir a los ciudadanos en simples beneficiarios. Por ello una fundación en ningún caso puede sustituir a la Administración. Pensemos en algún servicio público municipal que se cede o traspasa a una fundación privada de iniciativa local. Se daría la paradoja de que los particulares destinatarios de tal servicio pasarían de ostentar la condición de ciudadanos frente a la corporación municipal, a ser simples beneficiarios ante la fundación, con la consiguiente mutación de su posición jurídica y, lo que es peor, la reducción hasta casi supresión, de sus derechos frente al

---

<sup>40</sup> Fue pionero en el estudio del régimen de los beneficiarios de las fundaciones (o de la beneficencia) Luis María Díez-Picazo, «La legislación de beneficencia en España», en PIÑAR MAÑAS y REAL PÉREZ, *Legislación sobre Instituciones de Beneficencia Particular. Fundaciones benéfico-asistenciales puras y mixtas*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987, pp. 28-29. Recientemente, CAFFARENA, «Las fundaciones: fines de interés general, beneficiarios y cláusulas de reversión», ob. cit.

municipio. Sería pues, quizá, necesario, la convivencia de la Administración prestadora de un servicio al que los *ciudadanos* tienen *derecho*, y la fundación, frente a la que los *beneficiarios* no ostentan más que una mera *expectativa* no exigible. Situación que sin duda es de todo punto cuestionable por la duplicidad de servicios que ello puede ocasionar. Sin embargo, lo que sí podría hacer una fundación es intensificar la actividad prestacional. En este sentido, el ámbito natural de las fundaciones de iniciativa pública debería ser el prestacional.

El régimen jurídico que se aplica a ciertos efectos a las fundaciones privadas de iniciativa pública no cambia su naturaleza jurídica de persona jurídico-privada. En este sentido, se les aplica la Ley de Fundaciones, en la medida en que recoja contenidos esenciales del derecho de fundación. Pues la Ley de Fundaciones, que cumple una verdadera función constitucional (Gomez-Ferrer Morant <sup>41</sup>) de definición del derecho de fundación, no sólo recoge y regula el «derecho a fundar», sino los derechos de las fundaciones, que las de iniciativa pública también pueden ejercer, pues son titulares de tal derecho una vez constituidas. No se trata de algo extraño en nuestro sistema jurídico. Algo semejante ocurre con el derecho a la autonomía universitaria, del que son titulares las Universidades constituidas. Entre tales derechos cabría considerar el de no ser extinguidas más que en los supuestos previstos en el artículo 31 de la Ley 50/2002 (que tiene carácter básico en aplicación del art. 149.1.1 de la Constitución <sup>42</sup>). Es decir, las Administraciones que constituyesen una fundación no podrían libremente extinguirla, pues estarían sometidas a los supuestos tasados que aquel artículo prevé (supuestos que, necesario es reconocerlo, permiten un amplio margen de maniobra al fundador, incluida la Administración fundadora). Tampoco la Administración fundadora podría por sí misma modificar los Estatutos de la fundación, que está reservado al patronato (aunque en la mayoría de las ocasiones el patronato está ostentado o cuando menos controlado por aquélla). En fin, debe quedar claro que la fundación, *ni es* Administración, *ni pertenece* a la Administración.

La no confusión entre las fundaciones privadas de iniciativa pública y la Administración fundadora se manifiesta asimismo en que las primeras pueden (y deben) por supuesto cumplir fines de interés general, pero en ningún caso pueden ejercer potestades.

Las fundaciones, de iniciativa pública o de iniciativa privada, no pueden llevar a cabo actividades que impliquen el ejercicio de potestades públicas (sí

---

<sup>41</sup> «Relaciones entre leyes: competencia, jerarquía y función constitucional», *RAP*, n.º 113, 1987, pp. 7 y ss.

<sup>42</sup> Disposición final primera, 1, de la Ley 50/2002.

pueden, por tanto, ejercer potestades privadas). El artículo 46.1.a) de la Ley 50/2002 lo señala claramente, como ya sabemos. Ello implica que en ningún caso las entidades públicas promotoras de las fundaciones podrán trasladar a éstas el ejercicio de potestades públicas<sup>43</sup>. Lo cual no siempre se cumple.

Tal es el caso de la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA), constituida como fundación privada de iniciativa pública, que ejerce, sin ningún género de dudas, verdaderas potestades públicas. La acreditación de profesores universitarios, su sistema de retribución, incluso la autorización de títulos de grado y postgrado a través del sistema VERIFICA, que corresponde a la ANECA, implica el ejercicio de potestades. En el caso de la autorización de títulos, una simple fundación puede limitar, nada más y nada menos, que la autonomía universitaria. Pues controlar si una Universidad puede o no ofrecer un grado o unos determinados estudios de postgrado limita y condiciona claramente la autonomía universitaria. Así resulta de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, sobre todo tras la reforma operada por la Ley Orgánica 4/2007, y del Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales<sup>44</sup>. En particular, la disposición transitoria 5.<sup>a</sup> de éste dispone que «Hasta tanto se lleve a efecto la previsión contenida en el artículo 32 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, en su nueva redacción dada por la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, por la que se modifica la anterior, las funciones atribuidas a la ANECA en el presente Real Decreto, así como en el Real Decreto 1312/2007, de 5 de octubre, por el que se establece la acreditación nacional para el acceso a los cuerpos docentes universitarios, serán ejercidas por la actual Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación». Es decir, se reconoce paladinamente que una *simple* fundación privada está ejerciendo funciones que han de corresponder en el futuro a una Agencia. La denominación de la ANECA no puede inducir a error: no es una Agencia, sino una fundación privada, que ejerce potestades públicas.

Que tal régimen esté previsto en la Ley Orgánica de Universidades no afecta a la conclusión a que he llegado. Precisamente por la función constitucional que, como antes señalaba, corresponde a la Ley de Fundaciones, que es la que, por voluntad del constituyente, configura el contenido del derecho de

---

<sup>43</sup> Por otra parte, el artículo 2.4 de la LOFAGE establece que «las potestades y competencias administrativas que, en cada momento, tengan atribuidas la Administración General del Estado y sus organismos públicos por el ordenamiento jurídico, determinan la capacidad de obrar de una y otros».

<sup>44</sup> Véanse los artículos 24 y 25 del Real Decreto 1393/2007.

fundación y puede limitar su ejercicio. Sin perjuicio de que, como también sabemos, la constitución de fundaciones no forma parte del estatuto jurídico de la Administración y en ningún caso puede considerarse ejercicio de un hipotético derecho, que no tiene, la Ley 50/2002 prohíbe que las fundaciones de iniciativa pública puedan ejercer potestades, sin que una ley sectorial pueda establecer lo contrario, salvo que se modifique expresa y específicamente la Ley de Fundaciones (lo que modificaría el régimen general de tales instituciones).

**CRÓNICA  
DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS**



# **Las fundaciones del sector público en Andalucía. En especial, las fundaciones públicas locales en la nueva Ley de Autonomía Local de Andalucía (\*)**

*Manuel Rodríguez Portugués*

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Administrativo  
Universidad de Córdoba

SUMARIO: I. DESARROLLO DEL FENÓMENO FUNDACIONAL EN EL SECTOR PÚBLICO ANDALUZ.—II. LA FUNDACIÓN COMO NUEVA FORMA DE GESTIÓN DIRECTA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES: LAS «FUNDACIONES PÚBLICAS LOCALES» EN ANDALUCÍA EN LA LEY DE AUTONOMÍA LOCAL DE ANDALUCÍA.—III. NATURALEZA Y CONCEPTO DE FUNCIÓN PÚBLICA LOCAL.—IV. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE.—V. VALORACIÓN FINAL.

## **I. Desarrollo del fenómeno fundacional en el sector público andaluz**

Una buena parte del sector público andaluz se encuentra definido por la presencia en él de entes que tienen naturaleza fundacional. Son las llamadas «fundaciones del sector público andaluz», de cuyo régimen jurídico dábamos cuenta en páginas de la anterior edición de este Anuario <sup>1</sup>. Lo cierto es que tanto antes como después de la aprobación de dicho régimen, el fenómeno ha experimentado un notable desarrollo en el ámbito de la Comunidad Autónoma andaluza, de modo que hoy se cuentan por decenas las fundaciones constituidas o controladas de alguna manera por la Administración de la Junta de Andalucía.

---

(\*) Este trabajo se inscribe en el Grupo de Investigación SEJ-196 y en el seno del Proyecto de Investigación SEJ2007-66942 «La nueva intervención administrativa en la economía: OMC, UE, Estado y Comunidades Autónomas».

<sup>1</sup> *Vid.* M. REBOLLO PUIG y M. RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, «Derecho Andaluz de Fundaciones», en *Anuario de Derecho de Fundaciones 2009*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 267-269. Para una descripción de su régimen jurídico, ahora puede consultarse también M. MESA VILA, *Fundaciones del sector público andaluz. Régimen jurídico y gestión*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2009.

Los fines de interés general a los que se encuentran ordenadas dichas fundaciones son muy diversos, y pueden reunirse en torno a cuatro grandes grupos:

— La investigación, con notable predominio del campo biosanitario. En este grupo pueden citarse los ejemplos de la «*Fundación Instituto Mediterráneo para el Avance de la Biotecnología y la Investigación Sanitaria (IMABIS)*»<sup>2</sup> o de la «*Fundación Centro de Estudios Andaluces (CENTRA)*»<sup>3</sup>.

— La asistencia social. Son los casos, entre otros, de la «*Fundación Andaluza para la Atención e Incorporación Social (FADAIS)*»<sup>4</sup> o de la «*Fundación Andaluza para la Integración Social de Personas con Enfermedad Mental (FAISEM)*»<sup>5</sup>.

— El fomento del desarrollo socio-económico, tanto en el ámbito regional como local. Ejemplos: la «*Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo*»<sup>6</sup> o la «*Fundación Red Andalucía Emprende*»<sup>7</sup>.

<sup>2</sup> Fue constituida el 30 de enero de 1997 y su fin es la promoción de la investigación científica, biomédica y biotecnológica mediante la concesión de becas y ayudas al personal investigador, así como velar por el respeto a los principios éticos y deontológicos de la investigación. Puede consultarse su página web en [www.imabis.org](http://www.imabis.org).

<sup>3</sup> Constituida el 26 de marzo de 2001 con los objetivos de fomentar la investigación científica, la generación de conocimiento sobre la realidad social, económica y cultural de Andalucía y la difusión de sus resultados en beneficio de toda la sociedad. *Vid.* [www.centrodeestudiosandaluces.es](http://www.centrodeestudiosandaluces.es). Otras fundaciones en el ámbito de la investigación son la «*Fundación Agencia de Calidad Sanitaria de Andalucía*», la «*Fundación Hospital Reina Sofía-Cajasur*», la «*Fundación Hospital Clínico de Granada*», la «*Fundación para el Avance Tecnológico y el Entrenamiento Profesional (IIVANTE)*», la «*Fundación Parque Tecnológico de Ciencias de la Salud de Granada*», la «*Fundación Valme*», la «*Fundación para la Investigación Biosanitaria en Andalucía Oriental "Alejandro Otero" (FIBAO)*», la «*Fundación Reina Mercedes para la Investigación Sanitaria*» y la «*Fundación Rey Fahd Bin Abdulaziz*».

<sup>4</sup> Constituida el 31 de marzo de 1998 para gestionar programas y centros que, con carácter general, presten atención a personas afectadas por las drogodependencias y adicciones y a otros colectivos desfavorecidos socialmente o en riesgo de exclusión social, el apoyo a su integración sociolaboral, así como la mejora de su calidad de vida. *Vid.* <http://www.juntadeandalucia.es/fundacionincorporacionsocial/fadais>.

<sup>5</sup> Creada en diciembre de 1993 para la prevención de la marginación y la desadaptación de cualquier persona afectada por una enfermedad mental grave causante de una incapacidad personal y social, así como el apoyo a su integración social y laboral. *Vid.* [www.faisem.es](http://www.faisem.es). Otras fundaciones de carácter asistencial son la «*Fundación Andaluza de Servicios Sociales*», la «*Fundación Hospital San Rafael*», la «*Fundación Juan Nepomuceno Rojas*» y la «*Fundación San Andrés y la Magdalena*».

<sup>6</sup> Constituida el 22 de mayo de 2003 con el fin de impulsar el tejido productivo andaluz, a través del fomento y promoción preferentemente del sector industrial local. *Vid.* [www.faffe.es](http://www.faffe.es).

<sup>7</sup> Fue creada el 23 de noviembre de 1999 para fomentar el desarrollo de la actividad empresarial y el empleo en el marco de la economía social. *Vid.* [www.andaluciaemprende.es](http://www.andaluciaemprende.es). Otra fundación en este ámbito, aunque con un matiz medio ambiental que la hace diferente, es la «*Fundación para el Desarrollo Sostenible de Doñana y su Entorno-Doñana 21*», creada el 4 de abril

— La difusión de la cultura. Se trata, entre otros casos, de la «*Fundación para el Desarrollo del Legado Andalusi*»<sup>8</sup>, en orden a la difusión del patrimonio cultural andaluz con especial referencia al período hispano-musulmán, o de la «*Fundación Tres Culturas del Mediterráneo*»<sup>9</sup>.

La mayoría de estas fundaciones han sido constituidas por órganos de la propia Junta de Andalucía, normalmente Consejerías del ramo correspondiente al ámbito de los fines de la fundación. En algún caso, sin embargo, el fundador es un ente instrumental del sector público andaluz con personalidad jurídica propia y diferente de la de la propia Junta. Es el caso, por ejemplo, de la «*Fundación Audiovisual de Andalucía*», promovida por la Agencia Pública Empresarial «*Radio y Televisión de Andalucía (RTVA)*» para el fomento del sector audiovisual en Andalucía y la formación continuada de los profesionales de ese ámbito de actividad<sup>10</sup>.

## II. La fundación como nueva forma de gestión directa de los servicios públicos locales: las «fundaciones públicas locales» en Andalucía en la Ley de Autonomía Local de Andalucía

El relativo éxito alcanzado por la fundación en el sector público de la Comunidad Autónoma está comenzando a encontrar eco también en el sector público local andaluz. En este sentido, el Parlamento de Andalucía acaba de aprobar la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía<sup>11</sup> (en adelante, LALA). La Ley, tal y como figura en su artículo 1, tiene como objetivo desarrollar las previsiones estatutarias en materia de organización territorial de Andalucía, especialmente las contenidas en el artículo 60 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía<sup>12</sup>. Y, desde el punto de vista de la legislación estatal, la citada

---

de 1997 para impulsar y promover actuaciones públicas y privadas encaminadas al desarrollo económico sostenible de Doñana y su entorno. *Vid.*, en este sentido, [www.donana.es](http://www.donana.es).

<sup>8</sup> Constituida el 18 de febrero de 1996. *Vid.* [www.legadoandalusi.es](http://www.legadoandalusi.es).

<sup>9</sup> Constituida el 8 de marzo de 1999 con el objeto de propiciar el diálogo y el contacto entre Andalucía, Marruecos y otros pueblos árabes de la cuenca mediterránea. *Vid.* [www.tresculturas.org](http://www.tresculturas.org). Otras fundaciones del campo cultural son la «*Fundación Barenboim-Said*», la «*Fundación Museo Picasso de Málaga*», la «*Fundación Francisco Ayala*», la «*Fundación Real Escuela Andaluza de Arte Escultora*» y la «*Fundación Gastronomía Andaluza*».

<sup>10</sup> *Vid.* [www.fundacionava.org](http://www.fundacionava.org).

<sup>11</sup> BOJA número 122, de 23 de junio de 2010.

<sup>12</sup> Establece el apartado 1 del citado artículo que corresponde «a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de régimen local que, respetando el artículo 149.1.18.<sup>a</sup> de la Constitución y el principio de autonomía local, incluye:

Ley no deja de ser desarrollo de las bases aprobadas en su momento por la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL).

Pero si traemos aquí esta Ley es porque en su articulado se incluyen varios preceptos destinados a prever y regular una figura novedosa en el Derecho público andaluz: la «fundación pública local», citada entre los posibles medios de «gestión propia o directa de los servicios públicos locales» (arts. 40-42 LALA). Así pues, el legislador andaluz sigue la estela de aquellas Comunidades Autónomas que, en virtud de sus respectivas legislaciones sobre régimen local, han acogido o previsto esta misma figura. Son los casos, al menos, de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón; y la Ley 1/2003, de 3 de marzo, de Administración Local de La Rioja <sup>13</sup>.

Por su parte, la LALA reproduce, a grandes rasgos y a escala local, el esquema previsto por la Ley andaluza 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de Andalucía (LFA), para las «fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma de Andalucía» (en el Capítulo X de la LFA), copia a su vez —a escala autonómica— del previsto en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (LF) para las «fundaciones del sector público estatal» (en el Capítulo XI).

Ello no quiere decir, sin embargo, que hasta ahora las entidades locales andaluzas no hayan disfrutado de la capacidad de fundar, si damos por buena la interpretación según la cual los apartados 1 y 4 del artículo 8 LF (y antes de él,

---

a) Las relaciones entre las instituciones de la Junta de Andalucía y los entes locales, así como las técnicas de organización y de relación para la cooperación y la colaboración entre los entes locales y entre éstos y la Administración de la Comunidad Autónoma, incluyendo las distintas formas asociativas mancomunales, convencionales y consorciales.

b) La determinación de las competencias y de las potestades propias de los municipios y de los demás entes locales, en los ámbitos especificados en el Título III.

c) El régimen de los bienes de dominio público, comunales y patrimoniales y las modalidades de prestación de los servicios públicos.

d) La determinación de los órganos de gobierno de los entes locales creados por la Junta de Andalucía, el funcionamiento y el régimen de adopción de acuerdos de todos estos órganos y de las relaciones entre ellos.

e) El régimen de los órganos complementarios de la organización de los entes locales.

f) La regulación del régimen electoral de los entes locales creados por la Junta de Andalucía, con la excepción de los constitucionalmente garantizados».

<sup>13</sup> Tanto una como otra Ley se limitan prácticamente a reconocer de forma lacónica la posibilidad de que las entidades locales constituyan fundaciones como un modo de gestión de los servicios públicos locales. Son los artículos 317-320 del Decreto 347/2002, de 19 de noviembre, del Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de Entidades Locales de Aragón, los que desarrollan con mayor detalle el régimen de estos entes fundacionales locales. Las soluciones de dicho desarrollo son, por cierto, muy similares a las ofrecidas ahora por la Ley andaluza que comentamos.

los apartados 1 y 4 del art. 6 de la derogada Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de fundaciones e incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general) constituirían una cláusula general de habilitación para ello, sin necesidad de legislación administrativa recepticia que concretara dicha posibilidad caso por caso <sup>14</sup>. Desde esta perspectiva, la regulación proyectada vendría a colmar un importante vacío, determinando algunos aspectos del régimen jurídico aplicable a estos entes en el ámbito de las Administraciones locales de Andalucía.

En este punto, la Ley trataría, pues, de hacer frente a las disfunciones creadas por la aplicación a estos entes, sin adaptación alguna, del régimen previsto para las fundaciones privadas <sup>15</sup>. Precisamente, a esta carencia de normas adecuadas trató de responder la vigente LF de 2002 con su citado Capítulo XI, aplicable, sin embargo, y como también se ha señalado, únicamente a las fundaciones del sector público estatal y no, entre otras, a las de los sectores públicos locales. Lo mismo cabe decir del Capítulo X de la LFA, destinado exclusivamente a las fundaciones vinculadas a la Administración de la Junta de Andalucía y no a las Administraciones locales. Lo cual no quiere decir, por otra parte, y dada la similitud entre las previsiones de la LALA y las de esas normas estatales y autonómicas, que muchas de las cuestiones y soluciones formuladas al hilo de estas últimas normas no resulten útiles también para interpretar el alcance y significado de los preceptos dedicados ahora por la Ley andaluza a las fundaciones públicas locales andaluzas.

---

<sup>14</sup> Así, por ejemplo, y específicamente en relación con el ámbito de la Administración local, E. MALARET GARCÍA y M. MARSAL FERRET, *Las fundaciones de iniciativa pública: un régimen jurídico en construcción*, Fundación Carles Pi i Sunyer, Barcelona, 2005, p. 119; y M. CUETO PÉREZ, *Procedimiento administrativo, sujetos privados y funciones públicas*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 107. En contra, en general para todo tipo de Administraciones territoriales, M.<sup>a</sup> T. CARBALLEIRA RIVERA, *Fundaciones y Administración Pública*, Atelier, Barcelona, 2009, p. 76.

<sup>15</sup> En efecto, no han faltado estudios doctrinales en los que se ponían de relieve los problemas —a veces insolubles— generados por aplicar el Derecho general (y, en buena medida, privado) de las fundaciones a las del sector público. *Vid.*, por ejemplo, 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 XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, coord. F. SOSA WAGNER, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 935 y ss.; y J. L. PIÑAR MAÑAS, «Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 97, 1998, pp. 37 y ss.

### III. Naturaleza y concepto de función pública local

Antes de entrar en el concepto de fundación pública local, establecido en el artículo 40 LALA, es necesario aclarar que no estamos ante una reedición más o menos actualizada de las antiguas «fundaciones públicas del servicio» a las que aún se refieren los artículos 85-88 del Decreto de 17 de junio de 1955, del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RSCL). Y ello pese a la proximidad de denominación entre ambas figuras, e incluso de funciones, en la medida en que el artículo 67 RSCL cataloga también a las «fundaciones públicas del servicio» como una de las formas de gestión directa de los servicios locales. Hay más o menos unanimidad en considerar que las citadas «fundaciones públicas del servicio» no eran o no son en absoluto auténticas fundaciones, sino entidades de Derecho público más o menos asimilables a lo que en el ámbito de la Administración General del Estado luego se llamó organismo autónomo. De hecho —se dice— las «fundaciones públicas del servicio» del RSCL han sido en realidad sustituidas por los «organismos autónomos locales» a los que se refieren hoy los artículos 85 y 85 bis LRBRL<sup>16</sup>, también entre las formas de gestión directa de los servicios locales, y en los que se omite cualquier alusión a las «fundaciones públicas del servicio»<sup>17</sup>.

Por el contrario, las «fundaciones públicas locales» de la LALA responden, más bien, a la tipología de las fundaciones del sector público, reguladas por la LF y la LFA para la Administración del Estado y de la Comunidad Autónoma, respectivamente. Son, por tanto, auténticas fundaciones, entidades jurídico-privadas constituidas al amparo de los artículos 8 LF y 8 LFA, si bien con algunas modulaciones en cuanto al régimen jurídico que les resulta aplicable, cuestión a la que nos referiremos más adelante. A esta conclusión conduce, en primer lugar, el aludido mimetismo que existe entre el régimen previsto en la LALA para las fundaciones públicas locales y las normas establecidas para las

---

<sup>16</sup> Vid. J. L. BERMEJO LATRE, «Las fundaciones privadas de iniciativa pública...», cit., p. 939; F. SOSA WAGNER, «La fundación en el horizonte de las formas de gestión de los servicios públicos locales», ambos en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, coord. F. SOSA WAGNER, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 1911; y J. M. SOCÍAS CAMACHO, *Fundaciones del sector público. En especial, el ámbito sanitario*, Iustel, Madrid, 2006, pp. 88-89.

<sup>17</sup> Desde este punto de vista, las antiguas «fundaciones públicas del servicio», ahora llamadas por la LRBRL «organismos autónomos», también están presentes en la LALA, si bien con otro nombre: el de «agencias públicas administrativas locales» (art. 34), trasunto de las «agencias administrativas» de la Ley andaluza 9/2007, de Administración de la Junta de Andalucía (arts. 65-67), y que son equivalentes, a su vez, a los organismos autónomos de la Ley 6/1997, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE).

fundaciones de los sectores públicos estatal y autonómico en la LF y en la LFA. Y a esa conclusión conduce, sobre todo, el hecho de que el artículo 42 LALA —titulado «Régimen jurídico de la fundación pública local»— se remita «con carácter general», en su apartado 3, a la «legislación sobre fundaciones» para todo lo no específicamente previsto en la Ley proyectada, lo que equivale a decir que para casi todo su régimen sustantivo.

Otra cuestión, al hilo también de la naturaleza jurídica de las nuevas fundaciones públicas locales de la Ley andaluza, es la de si estas organizaciones pueden considerarse o no «entes instrumentales». Se trata de una cuestión que ha sido debatida en relación con las fundaciones del sector público en general. Así, se suele negar la condición de entes instrumentales a las fundaciones del sector público<sup>18</sup>, sobre la base de considerar que las fundaciones son entidades con personalidad jurídica propia, que una vez constituidas inician su andadura de forma independiente respecto del fundador. Por nuestra parte no existe ningún problema en enumerarlas —como hace la Ley 9/2007, de la Administración de la Junta de Andalucía, en relación con las fundaciones del sector público autonómico— entre los entes instrumentales de las Administraciones territoriales locales<sup>19</sup>. En tales casos, los poderes de dirección y control de la Administración local matriz se encauzan fundamentalmente a través del nombramiento de los miembros del patronato de la fundación<sup>20</sup>, sin perjuicio de las dificultades que se plantean en esta materia en relación con la figura del protectorado y a las que nos referiremos en su lugar.

Dispone el artículo 40 LALA que son fundaciones públicas locales:

*«las fundaciones en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias:*

1. *Que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la entidad local, sus entidades vinculadas o dependientes o empresas, así como aquellas en las que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un cincuenta por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por dichas entidades.*

---

<sup>18</sup> Así parece hacerlo M.<sup>a</sup> T. CARBALLEIRA RIVERA, *Fundaciones y Administración Pública*, cit., pp. 150-151.

<sup>19</sup> De «nueva técnica instrumental de personificación» habla para referirse a este fenómeno F. SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios públicos locales*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 7.<sup>a</sup> ed., 2008, p. 106. Así parecía aceptarlo también J. M. SOCÍAS CAMACHO en relación con las fundaciones del sector público estatal. *Vid.* su trabajo «Breve comentario sobre las fundaciones del sector público en el nuevo proyecto de ley de fundaciones», *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 1, noviembre 2002, p. 8.

<sup>20</sup> *Vid.* L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, 20.<sup>a</sup> ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 290.

2. *Aquellas en las que la entidad local tenga una representación mayoritaria. Se entenderá que existe ésta cuando más de la mitad de los miembros de los órganos de administración, dirección o vigilancia de la fundación sean nombrados por la entidad local directamente o a través de cualquiera de sus entidades, vinculadas o dependientes, o empresas».*

Como puede apreciarse, la Ley utiliza, para conceptuar a las fundaciones públicas locales, los mismos criterios que emplea la LFA para las fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma<sup>21</sup>: el origen público del patrimonio fundacional y la representación pública de la entidad local en los órganos de gobierno de la fundación. En cuanto a este segundo criterio, el artículo 42.2 LALA es más preciso, al aclarar que, en *«todo caso, corresponde a las entidades locales la designación de la mayoría de los miembros del patronato»*.

Por otro lado, este concepto debe completarse con los límites establecidos en el artículo 42.1 LALA:

*«Las fundaciones públicas locales no podrán ejercer potestades públicas. Sólo podrán realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades locales fundadoras, debiendo contribuir a la consecución de los fines de las mismas, sin que ello suponga la asunción de la titularidad de las competencias de estas».*

La prohibición relativa al ejercicio de potestades públicas es ya clásica en las normas que disciplinan entidades de este tipo<sup>22</sup>. El límite es razonable si se tiene en cuenta la personalidad jurídico-privada de que gozan estos entes. Y desde el punto de vista formal, el empleo de la expresión «potestades públicas» en lugar de «facultades que impliquen el ejercicio de autoridad», usada por la DA 12.<sup>a</sup> de la LOFAGE en relación con las sociedades mercantiles, es particu-

<sup>21</sup> En efecto, dispone el artículo 55 LFA:

*«1. A los efectos de esta Ley, se consideran fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma de Andalucía tanto aquellas que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración de la Junta de Andalucía, sus organismos públicos o demás entidades o empresas de la Junta de Andalucía, como aquellas que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un cincuenta por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por dichas entidades.*

*2. Asimismo, serán consideradas fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma de Andalucía aquellas en las que la Administración de la Junta de Andalucía tenga una representación mayoritaria. Se entenderá que existe ésta cuando más de la mitad de los miembros de los órganos de administración, dirección o vigilancia de la fundación sean nombrados por la Junta de Andalucía, a través de cualquiera de sus instituciones, entidades, órganos, organismos autónomos o empresas».*

<sup>22</sup> En efecto, dice el artículo 46.1 LF: *«Las fundaciones del sector público estatal estarán sujetas a las siguientes limitaciones: a) No podrán ejercer potestades públicas...»*. Lo mismo el artículo 57.1 LFA: *«Las fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma de Andalucía no podrán ejercer potestades públicas...»*

larmente acertado, en la medida en que soslaya la compleja discusión sobre lo que es ejercicio de autoridad y lo que no lo es <sup>23</sup>.

Por otra parte, la exigencia de que las actividades de estas fundaciones se circunscriban al ámbito competencial de las entidades locales fundadoras —sin que ello, además, suponga la asunción de titularidad de las competencias de tales entidades locales—, se encamina a evitar que por esta vía las entidades locales puedan ir más allá de sus propias competencias, invadiendo las que corresponden a otras Administraciones. Desde otro punto de vista, la nueva Ley andaluza no se refiere a la posibilidad hoy consagrada por el artículo 33 LFA: la de que las fundaciones realicen por sí mismas actividades económicas, con los numerosos límites que señala el citado precepto <sup>24</sup>. En principio, nada impide a las fundaciones públicas locales hacer uso de esta habilitación legal. Ahora bien, en el caso de que tal hagan, a los citados límites deben añadirse aquí los que del Derecho comunitario se derivan hoy en materia de libre concurrencia entre empresas públicas y privadas, incorporados al Derecho español por la Ley 4/2007, de 3 de abril, de transparencia financiera de las relaciones financieras entre las Administraciones públicas y las empresas públicas. En particular, parece que las fundaciones públicas locales, en el caso de que desarrollen actividades económicas, reunirían las notas que el artículo 2.1 de la Ley 4/2007 utiliza para definir en términos amplios a las empresas públicas que son objeto de la Ley <sup>25</sup>.

#### IV. Régimen jurídico aplicable

En cuanto al régimen jurídico aplicable, dispone el artículo 42.3 LALA:

*«En los aspectos no regulados específicamente en este capítulo, las fundaciones públicas locales se regirán, con carácter general, por la legislación sobre fundaciones, contratos del sector público, patrimonio, haciendas locales u otra que resulte de aplicación».*

<sup>23</sup> En este sentido, M. CUETO PÉREZ, *Procedimiento administrativo...*, cit., p. 105.

<sup>24</sup> Los límites señalados por el artículo 33 LFA a la iniciativa económica de las fundaciones privadas andaluzas —muy similares a los establecidos por el art. 24 LF en relación con las fundaciones de competencia estatal— son: que las actividades económicas estén relacionadas con el fin fundacional o sean necesarias para el sostenimiento de las actividades fundacionales; que se someta a las reglas de la competencia; y que el resultado neto de las actividades mercantiles se destine al cumplimiento de los fines de la fundación.

<sup>25</sup> Dispone el artículo 2.1 de la Ley 4/2007: *«Se definen las empresas públicas, a los efectos de esta Ley, como cualquier empresa en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen».*

Establece este precepto, que las fundaciones públicas locales se registrarán por el Capítulo I del Título II de la Ley, y supletoriamente —esto es, para todo lo no específicamente regulado en el citado Capítulo— por la legislación sobre fundaciones. Como se ha señalado, es esta remisión al Derecho general de fundaciones lo que permite entender incluidas a las fundaciones públicas locales entre las fundaciones constituidas al amparo del artículo 8 LF. Ello determina, en consecuencia, que las fundaciones públicas locales se sujeten, con el alcance indicado, a las prescripciones de la LF. Pero no sólo: también a la LFA (en todo lo no previsto por el citado Capítulo I del Título II de la Ley). En efecto, las fundaciones públicas locales deben respetar la exigencia del ya citado artículo 42.1 LALA, según el cual estas entidades «sólo podrán realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades locales fundadoras». Ello quiere decir, entre otras cosas, que las fundaciones públicas locales han de desarrollar sus funciones principalmente en el ámbito propio de la Administración local de la que dependen. Es por eso por lo que estas fundaciones quedan también plenamente sujetas a la Ley andaluza de fundaciones: «Quedan incluidas en el ámbito de aplicación de la presente Ley las fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en Andalucía» (art. 1.3 LFA). Y es también por esta razón, por ejemplo, por la que Sosa Wagner piensa que el registro de fundaciones competente para la inscripción de las fundaciones públicas locales es el de la Comunidad Autónoma correspondiente y no el del Estado <sup>26</sup>.

El procedimiento para la constitución, modificación y extinción de la fundación es también, en consecuencia, el previsto con carácter general por las leyes estatal y andaluza de fundaciones, si bien con las especialidades establecidas en el artículo 41 LALA:

*«La creación y extinción de las fundaciones públicas locales, la adquisición y pérdida de la representación mayoritaria, así como la modificación de sus fines fundacionales, requerirá acuerdo previo del pleno de la entidad. El acuerdo determinará las condiciones generales que deben cumplir todos estos actos y designará a la persona que haya de actuar por ella en el acto de constitución y, en su caso, a su representación en el patronato».*

La escritura de constitución de la fundación deberá hacer referencia al acuerdo del Pleno de la entidad en el que se contiene la voluntad fundadora. En otro caso, la escritura de constitución carecerá de uno de sus elementos esenciales y su inscripción en el Registro resultará improcedente <sup>27</sup>. A la mis-

<sup>26</sup> Vid. *La gestión de los servicios públicos locales*, cit., p. 109.

<sup>27</sup> El artículo 28.a) del Decreto 279/2003, de 7 de octubre, del Reglamento del Registro de Fundaciones de Andalucía (RRFA), establece que la solicitud de inscripción de la nueva fundación debe acompañarse de la escritura de constitución. A su vez, una de las funciones

ma conclusión ha de llegarse en lo relativo a la adquisición o pérdida de la representación mayoritaria y a la modificación de los fines fundacionales. Estos casos responden a una modificación de los estatutos, que como tal deberá formalizarse en escritura pública (art. 40.5 LFA). La extinción de la fundación, en cambio, obedece a varias causas. Se entiende que el acuerdo del Pleno de la entidad local será necesario sólo en los casos en que para ello se requiera acuerdo del Patronato de la fundación, es decir —según el art. 42 LFA— cuando se hubiese realizado íntegramente el fin fundacional, cuando sea imposible la realización del fin fundacional y cuando concurra cualquier otra causa prevista en el acto constitutivo o en los Estatutos. También cuando la fusión de la fundación pública local con otra fundación comporte la extinción de aquélla, supuesto al que se refiere el artículo 42.1.d) LFA. En cambio, cuando la extinción obedezca a la expiración del plazo por el que la fundación fue constituida, la extinción se producirá *ipso iure* o de «pleno derecho», como señala el artículo 42.2 LFA. En este caso no hay necesidad de que el Pleno de la corporación local acuerde expresamente la extinción, pues es posible entender implícito dicho acuerdo en el de constitución si en éste se preveía ya un plazo determinado de vida para la fundación. Si dicho plazo se introdujera con posterioridad vía reforma estatutaria, en tal supuesto dicha reforma requeriría previo acuerdo del Pleno por exigencia del artículo 41 LALA, pues lo que en el fondo se estaría decidiendo con ello es la extinción —si bien demorada en el tiempo— de la propia fundación.

Una vez extinguida la fundación, no hay ningún problema en que los bienes y derechos resultantes de la liquidación se destinen a la entidad local fundadora siempre y cuando así se haya previsto en los Estatutos de la fundación o así lo hubiere establecido el Pleno del ente local en el acuerdo de constitución <sup>28</sup>.

---

más importantes del Registro es la de calificar los actos y documentos inscribibles [art. 7.b) RFFA], realizando un juicio sobre la legalidad de la forma extrínseca de los documentos inscribibles, en este caso, de la escritura de constitución que, por exigencia del artículo 41 de la Ley proyectada, debe contener una clara referencia al acuerdo plenario de la corporación local. Y por lo que se refiere a este último, E. MALARET GARCÍA y M. MARSAL FERRET, *Las fundaciones de iniciativa pública...*, cit., pp. 125 y ss., postulan aplicar por analogía las normas locales de procedimiento previstas para la constitución de organismos autónomos, entidades públicas empresariales y sociedades mercantiles.

<sup>28</sup> En efecto, la LFA, al igual que la LF, establece en su artículo 43.4 que «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, siempre que persigan fines de interés general». En el mismo sentido, J. L. PIÑAR MAÑAS, «Fundaciones constituidas por entidades públicas...», cit., p. 56; y F. SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios públicos locales*, cit., p. 116.

La legislación general en materia de fundaciones exige que el Patronato esté constituido por un mínimo de tres miembros. Lo normal en el caso de las fundaciones públicas locales será que la designación de al menos la mayoría de los patronos corresponda al Pleno de la corporación local. A este respecto debe precisarse que una cosa es la composición de los órganos de gobierno de la entidad local y otra la designación de sus representantes en otras entidades. De modo que no resulta aplicable para esto último el principio de proporcionalidad entre grupos de concejales; la decisión de la corporación local para la designación de sus representantes en la fundación pública se adoptará por la votación mayoritaria que corresponda, como los demás acuerdos plenarios <sup>29</sup>.

Por otro lado, uno de los aspectos en los que la aplicación a las fundaciones públicas locales del régimen general de las fundaciones se muestra más problemático es en lo que se refiere al Protectorado <sup>30</sup>, instrumento a través del cual las Administraciones públicas ejercen sobre las fundaciones una peculiar e intensa tutela. En el caso de las fundaciones públicas locales andaluzas, el Protectorado correspondería a la Administración de la Junta de Andalucía, en concreto a la «Consejería competente en materia de fundaciones» (art. 44.2 LFA), que a la sazón es la Consejería de Gobernación y Justicia (Decreto 132/2010, de 13 de abril). El problema es que las fundaciones públicas locales, concebidas como entes instrumentales de las Administraciones locales, no se constituyen —como sí las fundaciones privadas— para realizar cualquier fin de interés general. Se crean para gestionar servicios de la competencia local, es decir, actividades materialmente públicas y directamente conectadas no con cualquier interés general, sino con intereses locales cuya gestión se encomienda a las Administraciones locales y para lo cual éstas «gozan de autonomía» constitucionalmente garantizada (art. 137 CE). Obviamente, una tutela ejercida por la Comunidad Autónoma sobre la actividad de este tipo de fundaciones plantea un conflicto casi irresoluble entre protectorado autonómico y autonomía local <sup>31</sup> que algunos autores resuelven a favor de esta última, postulando además una interpretación forzada de la Ley en el sentido de que el protectorado sobre las fundaciones públicas locales debe entenderse atribuido *ope Constitutio- nis* —esto es, por la autonomía local— a la propia corporación <sup>32</sup>. Ciertamen-

---

<sup>29</sup> Vid. F. SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios públicos locales*, cit., p. 117.

<sup>30</sup> Como en general en relación con todas las fundaciones del sector público. A este respecto, *vid.* las certeras reflexiones de M.ª T. CARBALLEIRA RIVERA, *Fundaciones y Administración Pública*, cit., pp. 140-142.

<sup>31</sup> Así lo subrayan E. MALARET GARCÍA y M. MARSAL FERRET, *Las fundaciones de iniciativa pública...*, cit., pp. 140-141.

<sup>32</sup> F. SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios públicos locales*, cit., p. 132, apunta al Alcalde (o al Presidente de la Diputación, si es el caso) como titular del Protectorado sobre estas funda-

te, con una interpretación así no sólo se salvaría la autonomía local, sino que al mismo tiempo saldrían reforzados los poderes de dirección y control que al ente local, como Administración matriz, le corresponden sobre sus entes instrumentales, en este caso de naturaleza fundacional.

Pero además de la legislación general de fundaciones, en algunos de sus extremos el funcionamiento de las fundaciones públicas locales se somete a normas de Derecho público que no son aplicables por lo común al resto de las fundaciones. A modo de ejemplo, el artículo 42.3 LALA cita en primer lugar la legislación sobre «*contratos del sector público*». Y, en efecto, las fundaciones del sector público —como puso de relieve el Prof. Muñoz Machado en páginas de este mismo Anuario<sup>33</sup>— son «poder adjudicador» a los efectos de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (LCSP). Por tanto, el sometimiento de las fundaciones públicas locales a las exigencias de preparación y adjudicación del contrato, contenidas en la LCSP, es total en lo que corresponda según se trate o no de un contrato sujeto a regulación armonizada<sup>34</sup>.

Por otro lado, la alusión efectuada por la LALA a la legislación sobre «*haciendas locales*» está probablemente en la línea de aplicarles analógicamente a estas fundaciones determinados preceptos del Texto Refundido de la Ley Reguladora de Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, relativos a la inclusión de estas fundaciones en los presupuestos con sus correspondientes estados de ingresos y gastos y de previsión (arts. 164 y ss.), así como que los presupuestos de estas entidades cuenten con determinados documentos (art. 168: memoria, liquidación del presupuesto, anexo de personal, etc.), todo ello tal y como ha sugerido la doctrina<sup>35</sup>.

Lo mismo cabe decir sobre la de «*patrimonio*». Por su estrecha relación con la entidad local fundadora, los bienes de que dispongan estas fundaciones pueden tener origen y naturaleza muy diferentes. Evidentemente, las entidades locales no pueden aportar, como integrantes de la dotación fundacional, la propiedad sobre bienes de dominio público, que son inalienables, imprescriptibles e inembargables. Pero como la actividad de la fundación es la realización de un servicio público, ningún problema hay en que la entidad local aporte, a tí-

---

ciones, en la medida en que es él quien tiene atribuida la competencia de «dirigir, impulsar e inspeccionar los servicios y obras municipales» [art. 21.1.d) LRBRL].

<sup>33</sup> «Las fundaciones del sector público y la legislación de contratos», en *Anuario de Derecho de Fundaciones 2009*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 153-176.

<sup>34</sup> En el mismo sentido, F. SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios públicos locales*, cit., p. 129; y E. MALARET GARCÍA y M. MARSAL FERRET, *Las fundaciones de iniciativa pública...*, cit., pp. 92 y 96.

<sup>35</sup> *Vid.* E. MALARET GARCÍA y M. MARSAL FERRET, *Las fundaciones de iniciativa pública...*, cit., p. 134.

tulo de mera «adscripción», bienes de esa naturaleza u otros derechos reales que no impliquen alteración de su titularidad y de su calificación demanial <sup>36</sup>. Salvo estas peculiaridades y algunas otras contenidas en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, el régimen de los bienes de las fundaciones públicas locales será el propio de cualquier otra fundación.

Pero el sometimiento de las fundaciones públicas locales a peculiares normas de Derecho administrativo, distintas de la legislación general en materia de fundaciones, no se agota con las leyes sobre contratos, haciendas locales o patrimonio público. Así lo reconoce el artículo 42.3 LALA, al introducir la cláusula genérica «*u otra que resulte de aplicación*». Entre esas otras leyes se encuentra, por ejemplo, la Ley 38/2003, General de Subvenciones, cuya disposición adicional 16.<sup>a</sup> establece:

*«Las entregas dinerarias sin contraprestación que realicen las fundaciones del sector público se regirán por el derecho privado, si bien serán de aplicación los principios de gestión contenidos en esta Ley y los de información a los que se hace referencia en el artículo 20. En todo caso, las aportaciones gratuitas que realicen habrán de tener relación directa con el objeto de la actividad contenido en la norma de creación o en sus estatutos»* <sup>37</sup>.

De manera semejante, tampoco podrán las fundaciones andaluzas del sector público local reclutar su personal de la misma forma en que lo hacen los empresarios privados. Sí es verdad que el personal al servicio de estas entidades fundacionales deberá ser laboral, no funcionario <sup>38</sup>. Pero la contratación de estos empleados —según exige la disposición adicional 1.<sup>a</sup> de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP)— deberá ajustarse a los consabidos principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de los oportunos procedimientos en los que se garanticen los citados principios más los enunciados en el artículo 55.2 EBEP: publicidad de convocatorias y bases, transparencia, profesionalidad e imparcialidad de los miembros de los órganos de selección, etc., además de reservarse los cupos previstos en el

<sup>36</sup> Vid. F. SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios públicos locales*, cit., p. 115.

<sup>37</sup> Sobre el particular puede verse G. FERNÁNDEZ FARRERES, «El concepto de subvención y los ámbitos objetivo y subjetivo de aplicación de la Ley», en *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, dir. por G. FERNÁNDEZ FARRERES, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 62-63.

<sup>38</sup> Así se desprende del tenor literal de las normas que rigen en la materia (art. 9 EBEP: «Son funcionarios de carrera quienes, en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración Pública...»), debiéndose reputar irregular la dotación de la fundación con personal funcional en situación activa en la Administración pública matriz. Sobre esta última conclusión, vid. J. L. PIÑAR MAÑAS y A. REAL PÉREZ, *Derecho de fundaciones y voluntad del fundador*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, pp. 228-229.

artículo 59 de la misma Ley para las personas con discapacidad <sup>39</sup>. Además, este personal no queda sometido sólo a los deberes de los empleados públicos consagrados en los artículos 52-54 EBEP, sino también al régimen de incompatibilidades establecido en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas. Así se deduce de la nueva redacción dada por la disposición final 3.ª del EBEP al artículo 2.1 de dicha Ley, que queda como sigue:

*«La presente Ley será de aplicación a:*

*(...)*

*g) El personal al servicio de entidades, corporaciones de derecho público, fundaciones y consorcios cuyos presupuestos se doten ordinariamente en más de un 50 por 100 con subvenciones u otros ingresos procedentes de las Administraciones».*

Finalmente, nada se establece acerca del régimen aplicable en materia de responsabilidad patrimonial. Teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad desarrollada por estas entidades —la gestión de *servicios públicos* locales— y lo que establece el artículo 106.2 CE [«Los particulares (...) tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos (...) siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los *servicios públicos*»], lo más lógico es extenderles a estas fundaciones el régimen de responsabilidad patrimonial previsto en el Ordenamiento para las Administraciones públicas (arts. 139 y ss. de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común), y normas concordantes <sup>40</sup>.

## V. Valoración final

Tal y como se configuran en la nueva Ley de la Autonomía Local de Andalucía, las nuevas fundaciones públicas locales se revelan como un instrumento poco útil y atractivo para las Administraciones locales andaluzas. Por un lado, la pretendida «flexibilidad» de esta fórmula para la gestión de los servicios públicos locales queda desmentida desde el preciso instante en que estas nuevas entidades instrumentales de Derecho privado se rigen en gran parte por las normas de Derecho administrativo que son aplicables a las entidades de

<sup>39</sup> Establece la disposición adicional 1.ª del EBEP: «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».

<sup>40</sup> En este sentido, M. CUETO PÉREZ, *Procedimiento administrativo, sujetos privados y funciones públicas*, cit., p. 109.

Derecho público. En esta situación, además, parece que el ente local no dispone, respecto de estas fundaciones, de los poderes de control y dirección típicos de la Administración matriz. Por el contrario, lo más parecido a dichos poderes corresponde en principio —por la vía del Protectorado— a la Comunidad Autónoma, lo cual no se compadece en absoluto con la autonomía local.

# Las fundaciones en Asturias

*Alejandro Huergo Lora*

*Javier García Luengo*

Profesores Titulares de Derecho Administrativo  
Universidad de Oviedo

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. NOVEDADES LEGISLATIVAS: 1. *La Ley del Principado de Asturias 2/2010, de 12 de marzo, de integración del «Hospital del Oriente de Asturias Francisco Grande Covián» y de su personal en el Servicio de Salud del Principado de Asturias en régimen de gestión directa.* 2. *La Ley 3/2010, de 26 de marzo, del Principado de Asturias, de tercera modificación de la Ley 2/2000, de 23 de febrero, de Cajas de Ahorro.*—III. PRÁCTICA ADMINISTRATIVA DE LOS REGISTROS DE FUNDACIONES.—IV. JURISPRUDENCIA.

## I. Introducción

El año transcurrido desde el cierre de la crónica publicada en el *Anuario de Derecho de Fundaciones 2009* no ha registrado grandes novedades en el régimen jurídico de las fundaciones en esta Comunidad Autónoma. Tal vez por ello, los cambios y sucesos de interés han sido indirectos y no pretendidos, como habrá ocasión de exponer.

Sigue sin aprobarse una Ley autonómica de fundaciones, de la que no existe ni siquiera un proyecto, por lo que se aplica únicamente la legislación estatal, tanto en aquellos aspectos en que tiene valor de legislación básica como en aquellos otros en que es meramente supletoria. Al parecer se han producido movimientos en el sector asociativo fundacional privado solicitando la elaboración de una Ley autonómica e incluso preparando borradores, pero no han dado lugar todavía a ningún anteproyecto de Ley o proposición de Ley de origen parlamentario.

Se mantienen, por inercia de la normativa estatal (que, sin embargo, ya ha abandonado este criterio para optar por el de la unificación registral), los tres registros de fundaciones, pese a las disfunciones que produce su convivencia, que han provocado que se haya pedido en informes internos que, en la normativa reglamentaria autonómica que finalmente se apruebe, se cree un registro único.

Por lo demás, es de destacar que la pujanza de la creación de fundaciones, que tiene, como se examinó en la contribución del año pasado, muchas razo-

nes que van más allá del impulso altruista en la persecución de objetivos de interés general, no ha venido acompañada por un incremento de los medios que la Administración dedica a su gestión. Aunque ahora están inscritas unas 150 fundaciones «activas», todo lo relativo a ellas sigue a cargo de un único funcionario (como cuando eran 20), que además se encarga del servicio de régimen jurídico de la Consejería con las tareas que ello conlleva (por ejemplo, elaboración de informes sobre los recursos administrativos que se interponen contra las resoluciones de la Consejería).

Todo ello suscita varias reflexiones desde el punto de vista organizativo, a partir de la constatación de que las fundaciones están sometidas a un control no muy distinto del que se aplica a las sociedades mercantiles en cuanto a la constancia registral de los principales actos de su vida jurídica. Mientras que la administración de las sociedades mercantiles está encomendada a funcionarios en régimen de arancel (registradores mercantiles), y se financia con los aranceles que abonan las propias sociedades cuyos actos se inscriben, de modo que la capacidad de trabajo de los registros puede acomodarse a la mayor o menor demanda por parte del sector privado, no ocurre lo mismo con las fundaciones, cuya administración no es rentable (entre otras cosas porque se establece expresamente la gratuidad de las inscripciones) y en la que, como vemos, la capacidad de gestión (manifestada en los recursos humanos dedicados a tramitar los asuntos de fundaciones) no evoluciona en proporción a la demanda. No están previstos expresamente plazos que vinculen a la Administración para resolver las solicitudes de inscripción, ni tampoco la aplicación del silencio administrativo positivo (que sí aparece, por ejemplo, en el art. 29.5 del Reglamento estatal aprobado por Real Decreto 1611/2007). Éste pudiera actuar como remedio de la lentitud de la Administración aunque de forma ficticia, puesto que una inscripción obtenida por silencio positivo, pero no efectiva, no sirve para que los terceros puedan tener conocimiento del acto sujeto a inscripción y no debería servir, tampoco, para cumplir la principal misión del registro, es decir, que lo inscrito perjudique a terceros. Parece evidente que no puede perjudicar a tercero un acto cuya inscripción es sólo presunta.

## II. Novedades legislativas

### 1. *La Ley del Principado de Asturias 2/2010, de 12 de marzo, de integración del «Hospital del Oriente de Asturias Francisco Grande Covián» y de su personal en el Servicio de Salud del Principado de Asturias en régimen de gestión directa*

Las fundaciones se han convertido en algunos casos en una de las fórmulas a las que recurre la Administración para crear entes dotados de personalidad jurídica propia a través de los que pueda ejercer alguna de sus funciones o de prestar servicios que le están encomendados, sin ceñirse al régimen jurídico administrativo. Si todos los entes institucionales se ajustan al modelo general de la fundación, y no al de la corporación, en estos casos la Administración opta directamente por la creación de fundaciones en sentido estricto.

Se trata, como es sabido, de fundaciones «del sector público», sometidas por ello a normas de control —sobre todo contable— generales del sector público autonómico, pero no de fundaciones públicas o de Derecho público, puesto que su régimen jurídico es el general de la Ley de Fundaciones, mientras que el de las fundaciones públicas es un régimen establecido por Leyes administrativas (por ejemplo, los arts. 85-88 RSCL).

En materia sanitaria, desde 1996 se contempla expresamente la posibilidad de que las CCAA constituyan los centros hospitalarios como fundaciones públicas al objeto de dotarlos de una gestión independiente y no sometida enteramente al régimen jurídico administrativo, y ello al amparo de un conjunto normativo formado por la Ley 50/1998 (que, en su art. 111, concreta lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 10/1996, de 17 de junio, y en la Ley 15/1997, de 25 de abril), y la legislación aprobada por las Comunidades Autónomas que han optado por esta técnica organizativa.

El Principado de Asturias, que no ha utilizado este modelo, sino que mantiene las fórmulas puramente públicas de gestión de la sanidad, constituyó en marzo de 1995, antes de la transferencia de las competencias sanitarias, y cuando colaboraba con el INSALUD en la prestación de la asistencia sanitaria, una fundación *stricto sensu*, es decir, una fundación privada (aunque perteneciente al sector público, en cuanto a su constitución concurrió la Administración autonómica con un 98,04% y el Ayuntamiento de Parres con el 1,96% restante) para la gestión de un hospital (el de Arriondas) construido por el Principado y cedido a la fundación para que ésta lo gestione y preste servicios sanitarios dentro de la sanidad pública. La naturaleza puramente instrumental de la cesión y de la propia fundación (Fundación del Hospital del Oriente de Asturias «Francisco Grande Covián») era transparente en sus mismos estatutos, que

preveían la cesión del hospital al Principado en caso de disolución de la fundación. La utilización de este esquema organizativo tiene sentido en la medida en que, no teniendo el centro ánimo de lucro, no habría sido lógico utilizar algún tipo de esquema societario mercantil (aun sin ignorar en este momento que la esencialidad del ánimo de lucro ha sido discutida en más de una ocasión, careciendo en todo caso de relevancia jurídica), pero desde luego no se cumple uno de los elementos básicos de la fundación, como lo es la independencia del ente creado (la fundación) respecto a su fundador (el Principado de Asturias), que en este caso permanece detrás, delante y debajo de la propia Fundación.

Se trata, en suma, de una fórmula que de alguna manera se adelantó a la de las fundaciones públicas sanitarias, aunque instrumentada a través de una fundación privada en sentido estricto. De este modo, un hospital de titularidad pública e integrado, a efectos de la prestación de servicios, en la red pública al 100%, se regía en otras materias como, por ejemplo, la de personal, por el Derecho privado.

El funcionamiento de este centro sanitario generó un estado de malestar no sólo en su personal (que no disfrutaba de una posición equiparable a la del personal estatutario, al estar ligado por un contrato laboral con una fundación privada), sino entre los usuarios, que, con razón o sin ella, identificaban el origen de cualquier deficiencia en la peculiar estructura organizativa del centro, no integrado en el Servicio de Salud del Principado de Asturias (SESPA). De ahí que desde hace años, y con el apoyo de una proposición no de Ley aprobada por la Junta General del Principado, se viniera buscando una solución que llevase a la integración del hospital en el SESPA.

La Ley finalmente aprobada el 12 de marzo de 2010, que sólo contó con el apoyo del PP (en la oposición) y de IU (socio minoritario del Gobierno), pero no del PSOE (socio principal del Gobierno y partido que dispone de mayoría relativa en la cámara), acuerda directamente «la integración del Hospital del Oriente de Asturias “Francisco Grande Covián” en el Servicio de Salud del Principado de Asturias en régimen de gestión directa». Se lleva a cabo, así, un proceso de «recentralización» inverso al de «descentralización funcional» expresamente previsto y autorizado por el artículo 1.1 de la Ley estatal 15/1997, apoyado en el presupuesto indiscutible de que, aunque la fundación rectora del hospital tenía —como todas— personalidad jurídica propia, pertenecía funcionalmente a la Administración autonómica y estaba sometida al poder de autoorganización de ésta.

Es claro que, si las Administraciones con competencias sanitarias pueden —como les permite expresamente la Ley 15/1997— «sacar» a los centros hos-

hospitalarios de su correspondiente servicio de salud como ente público, y dotarlos de personalidad jurídica propia de tipo fundacional, también ha de ser posible el proceso inverso.

La fórmula elegida (integración directa del hospital en el SESPA) es más sencilla y directa que otras barajadas, como la de convertir la fundación del hospital en una fundación pública que después pudiera integrarse en el propio SESPA. La situación del personal, que fue una de las cuestiones más debatidas, se resuelve dejándolo al margen del proceso de integración, a la vista de las diferencias que a todos los efectos —y, en particular, los requisitos de acceso— existen entre el personal estatutario y el de una fundación privada (aunque sea del sector público). Del mismo modo que la privatización de un ente público (véase el caso de Correos) o la «independización» de un centro hospitalario que se convierte en fundación pública sanitaria, se hace sin perjuicio de los derechos del personal que se integra, también aquí, y de acuerdo con la Disposición Adicional, «el personal (...) conservará a todo efecto legal el conjunto de sus derechos laborales activos y pasivos, categoría profesional y puesto de trabajo en el Hospital del oriente de Asturias “Francisco Grande Covián”», mientras que «el personal que en el futuro se incorpore al centro lo hará de conformidad con las disposiciones generales vigentes en materia de personal que resulten aplicables al personal del Servicio de Salud del Principado de Asturias».

## **2. *La Ley 3/2010, de 26 de marzo, del Principado de Asturias, de tercera modificación de la Ley 2/2000, de 23 de febrero, de Cajas de Ahorro***

Otra de esas modificaciones que afectan indirectamente a las fundaciones la encontramos en el proceso de cambio que en estos momentos rodea a las Cajas de Ahorros, que ha tenido en Asturias, como veremos, un impulso especial. En su sentencia 49/1988, relativa a la LORCA, el Tribunal Constitucional afirmó que «la transformación sufrida por las Cajas no permite considerarlas hoy como fundaciones en el sentido que la doctrina generalmente admitida, y con ella el artículo 34 de la constitución, da a este concepto. Si es propio de la fundación, como se ha dicho, la vinculación de una masa de bienes a unos fines establecidos por el fundador o fundadores resulta que, en la actualidad, en las cajas, sea cual sea su origen, ni la mayor parte de los recursos de que disponen proceden del fundador, sino que son recursos ajenos, ni los fines que hoy persiguen son principalmente benéficos o benéfico-sociales sino los propios de una entidad de crédito. No cabe, por tanto, aceptar la tesis de los recurrentes que identifiquen las cajas con fundaciones en el sentido del art. 34 de la constitución». También es cierto que el control administrativo sobre las cajas se rige por normas distintas de las referidas a las fundaciones (en Asturias,

la Ley 2/2000, de 23 de febrero, de Cajas de Ahorro), pero no es menos cierto que estos entes tienen un origen claramente fundacional y que muchos rasgos de las fundaciones son visibles en ellas, aunque por su importancia hayan sido dotadas de una regulación específica, y aunque la importancia de la actividad que ejercen como entidades de crédito haya asumido un protagonismo especial que ensombrece su naturaleza fundacional.

Lo cierto es que en estos momentos las necesidades de capitalización de las cajas y su atomización están llevando a que éstas —o, al menos, algunas de ellas— dejen de ser *entidades de crédito* (de naturaleza fundacional) para convertirse en fundaciones que son *accionistas* (no únicas, ni necesariamente mayoritarias) de *entidades de crédito* de naturaleza societaria. Ésta es la opción que parece triunfar, frente a la de las fusiones de cajas (única que contemplaba la legislación hasta hace pocos meses) y la de la creación de cajas de ahorros integradas por cajas que permanecen independientes (como es el caso de la propia CECA o Confederación Española de Cajas de Ahorros). Esta tendencia es la que se refleja en los llamados «sistemas institucionales de protección», regulados por el artículo 25 del Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, y con más claridad, en la reforma de la LORCA (Ley 31/1985, de 2 de agosto) introducida por el Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio.

Todo este proceso de cambio tiene su punto de partida en la absorción de la intervenida Caja de Castilla-La Mancha por Cajastur, que fue autorizada por el Banco de España y se llevó a efecto, sin ningún tipo de cobertura normativa (que vino después), a través de un procedimiento entonces inédito como es la cesión por la CCM de todo su negocio bancario, de su «alma» de entidad de crédito, a una sociedad anónima (Banco Liberta), a cambio del 25% de las acciones de ésta, correspondiendo el 75% restante a Cajastur. De este modo, CCM dejó de ser lo que teóricamente son las cajas de ahorro —entidades de crédito, de naturaleza fundacional— para convertirse en una fundación, sí, pero que ya no es una entidad de crédito sino únicamente un *accionista* de una entidad de crédito. Con esta operación se recorre en un solo paso el camino que en Italia llevó, previa la aprobación de una Ley, a la «privatización» de las cajas de ahorro, que consistió, como en el caso de CCM, en la separación entre la fundación y el negocio bancario, que facilita la fusión de éste en entidades mayores, incluso de capital privado en sentido estricto (bancos) <sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Sobre este proceso, ver el artículo publicado por uno de nosotros en la prensa regional: A. HUERGO, «Cajastur-CCM: la primera privatización de una caja de ahorros» (*La Nueva España*, 15 de noviembre de 2009, <http://www.lne.es/opinion/2009/11/15/cajastur-ccm-primera-privatizacion-caja-ahorros/834470.html>).

De forma comprensible, este proceso de absorción, que para Cajastur es menos que una fusión y para la CCM es mucho más, ha requerido cambios normativos mucho más intensos en la legislación castellano-manchega que en la asturiana.

En Asturias, la citada Ley 2/2000, de Cajas, ha sido recientemente modificada por la Ley 3/2010, de 26 de marzo, en aspectos menores para tener en cuenta que ahora la gestión de la caja incluirá también la de una entidad privada (Banco Liberta). Así, se modifica el artículo 15, que regula las incompatibilidades de los miembros de los órganos de gobierno de las cajas de ahorros con sede en Asturias (es decir, de Cajastur). Éste prohibía a los Presidentes, Consejeros, Administradores, Directores, Gerentes, Asesores o asimilados, participar en la gestión de otros entes de crédito (por la razón obvia de que serían competidores de Cajastur), pero ahora se añade una salvedad importante y es que dicha incompatibilidad no se producirá *«cuando esos cargos se desempeñen en representación de las Cajas de Ahorro o por designación de las mismas»*. La otra modificación ha sido introducida en el artículo 17. Este artículo establece una prohibición de contratar con la Caja, en un período de dos años, para quienes hayan ostentado la condición de miembro de un órgano de gobierno, y ahora se matiza en el sentido de que ya no se prohíbe contratar con sociedades en las que la caja tenga una participación superior al 20% (pensando, obviamente, en Banco Liberta).

En el caso de Castilla-La Mancha, la Ley autonómica 3/2010, de 13 de mayo, modifica la Ley de Cajas de esa comunidad (Ley 4/1997, de 10 de julio) de manera mucho más importante, añadiendo un artículo 9 *bis* cuyo apartado 1 deja bien clara la naturaleza de la operación: *«Las cajas de ahorro podrán acordar asimismo su renuncia a la condición de entidad de crédito y su dedicación exclusiva a los fines propios de su naturaleza fundacional en el ámbito territorial de Castilla-La Mancha, previa la segregación y traspaso de todo el patrimonio afecto a su actividad financiera a otra entidad de crédito a cambio de acciones de esta última»*. Nótese que ni siquiera se exige que la entidad de crédito adquirente del patrimonio afecto a la actividad financiera sea otra caja de ahorros.

### III. Práctica administrativa de los registros de fundaciones

Desde el 1 de julio de 2009 hasta el 1 de julio de 2010 la práctica de los registros de fundaciones del Principado de Asturias que da idea de la vitalidad de este sector en la Comunidad Autónoma ha sido la siguiente:

En el registro de fundaciones docentes y culturales de interés general del Principado de Asturias se ha ordenado la inscripción de las siguientes fundaciones:

- Por resolución de la Consejería de Cultura y Turismo de 1 de octubre de 2009, la Fundación CTIC-Sociedad de la Información, clasificada como cultural.
- Por resolución de la Consejería de Cultura y Turismo de 16 de noviembre de 2009, la Fundación «Fernández-Vega», clasificada como docente.
- Por resolución de la Consejería de Cultura y Turismo de 22 de diciembre de 2009, la Fundación Asturiana de Estudios Políticos, clasificada como docente.
- Por resolución de la Consejería de Cultura y Turismo de 12 de marzo de 2010, la Fundación Valdés Salas, clasificada como docente.
- Por resolución de la Consejería de Cultura y Turismo de 28 de mayo de 2010, la Fundación de Amigos del Perro, clasificada como cultural.
- Por resolución de la Consejería de Cultura y Turismo de 1 de junio de 2010, la Fundación TS'UH KÚH, clasificada como cultural.

En el registro de fundaciones asistenciales sólo se ha ordenado en este período la inscripción de una fundación:

- Por resolución de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda de 10 de julio de 2009, la Fundación Reintegra, clasificada como asistencial.

No se ha producido ninguna resolución ordenando la inscripción en el registro de fundaciones laborales durante el citado período.

#### **IV. Jurisprudencia**

##### ***Jurisdicción Civil***

*Utilización del nombre de una persona fallecida por una fundación, necesidad de consentimiento de los herederos del fallecido.*

La Audiencia Provincial de Asturias, en su Sentencia número 64/2010, de 17 de febrero (Recurso de Apelación 381/2009), plantea, al estimar el recurso contra la Sentencia de 11 de mayo de 2009 del juzgado de Primera Instancia número dos de Oviedo, la interesante cuestión de bajo qué condiciones puede revocarse la autorización a utilizar el nombre de una persona fallecida para las actividades de una determinada fundación —en el caso, la Fundación Horacio Fernández Inganzo—. La sentencia desarrolla al respecto, *obiter dicta*, las siguientes reflexiones: en primer lugar, dado que, el derecho al nombre forma parte del contenido del derecho a la propia imagen —como ha determinado el Tribunal Constitucional en la STC 117/1994—, si la persona vive y ha

dado su consentimiento el mismo es revocable en cualquier momento si bien procederá, en su caso, la correspondiente indemnización de los daños y perjuicios —de conformidad con las reglas establecidas en el art. 2.3 de la Ley Orgánica 1/1982—. En el caso de que se trate del nombre de una persona fallecida cabe defender, según la opinión de la que se hace eco el Tribunal, que la imagen puede ser cedida por sus herederos con el plazo de duración de setenta años establecido en el artículo 26 de la Ley de Propiedad Intelectual que cabe aplicar por analogía, si bien se discute si cabe reconocer a dichos herederos una facultad de revocación de ese consentimiento. Esta última cuestión queda abierta en el caso concreto porque el Tribunal entiende que la persona que revocó el consentimiento no se encontraba debidamente apoderado al respecto y la persona titular por herencia del derecho tiene gravemente alteradas sus facultades cognoscitivas, con lo que no pudo determinarse si estaba o no de acuerdo con dicha revocación.

### ***Jurisdicción Social***

*La utilización de datos obtenidos de la Tesorería General de la Seguridad Social por la Fundación Laboral de la Construcción para recaudar las cuotas debidas por las empresas del sector no vulnera los derechos de dichas entidades.*

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en su Sentencia de 6 de febrero de 2009, recurso de suplicación 2518/2008, ha entendido que la cesión de datos sobre los trabajadores de una empresa del sector por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social —TGSS— a la Fundación Laboral de la Construcción que ha permitido que esta fundación exija judicialmente a dicha sociedad el pago de las cuotas que deben abonarle todas las empresas del sector según el convenio colectivo vigente en el momento de autos no vulnera derecho fundamental alguno de la empresa en cuestión y, por consiguiente, no constituye una prueba ilícita.

En concreto, al parecer la TGSS cedió a la Fundación Laboral de la Construcción del Principado de Asturias datos sobre los trabajadores de una empresa del ramo por los que ésta no había aportado la cuota a la Fundación de acuerdo según convenio colectivo para el sostenimiento de la misma y el desarrollo de su labor. Ello motivó que la citada Fundación reclamase una importante cantidad a la sociedad que fue condenada en primera instancia a abonar dicha suma a la Fundación. Frente a dicha condena recurre en suplicación la sociedad alegando que los datos en los que se basa la reclamación habrían sido obtenidos vulnerando la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y en consecuencia no podrían ser tenidos en cuenta por el Tribunal.

Esta argumentación es desechada por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias al entender que aunque la cesión de datos se haya hecho sin el consentimiento de los trabajadores, la comunicación a la Fundación, prevista en el convenio colectivo, tampoco requería de dicho consentimiento y la Fundación ha dado a dichos datos precisamente el tratamiento que constituye el objeto de su actividad según el convenio colectivo en cuestión. Incluso, según la Sala, si la utilización de los datos fuese irregular la empresa no habría visto infringidos sus derechos fundamentales, ya que las personas físicas están exentas del ámbito tuitivo establecido tanto por la Ley Orgánica 15/1999, como por la normativa europea de la que trae causa.

# El régimen de las fundaciones de Cantabria

*Marcos Gómez Puente*

Profesor Titular de Derecho Administrativo  
Universidad de Cantabria

SUMARIO: I. LA COMPETENCIA AUTONÓMICA EN MATERIA DE FUNDACIONES.—II. LA ORGANIZACIÓN AUTONÓMICA DE LAS FUNDACIONES.—III. LA REGULACIÓN AUTONÓMICA DE LAS FUNDACIONES: UNA NORMATIVA DISPERSA.

## I. La competencia autonómica en materia de fundaciones

Como en las demás Comunidades de autonomía diferida, el primer Estatuto de Autonomía de Cantabria (LO 8/1981, de 30 de diciembre) no atribuyó a ésta ninguna competencia específica sobre las fundaciones, exceptuando el muy peculiar caso de las fundaciones y patronatos de las Cajas de Ahorro domiciliadas en Cantabria, sobre las que, como sobre las demás instituciones de crédito «corporativas» (desacertada expresión que aludía, en realidad, a las cooperativas de crédito), públicas o territoriales, se le reconocía competencia, «de acuerdo con las bases de ordenamiento de la actuación económica general y política monetaria del Estado».

Era esta competencia sobre las instituciones financieras, por tanto, la que otorgaba a la Comunidad alguna capacidad de intervención sobre dichas peculiares fundaciones. Y con similar e indirecta atribución competencial la Comunidad fue asumiendo también el ejercicio de algunas funciones de tutela y control sobre el resto de las fundaciones a medida que, por quedar éstas bajo la esfera material propia de otros títulos de competencia autonómica (bienestar social, cultura...), le fueron traspasadas las funciones y servicios del Estado.

Así, por ejemplo, los estatutos de las fundaciones que las Cajas de Ahorro pudieran constituir para la gestión y administración de las obras benéfico-sociales quedaron sujetos a la autorización de la Consejería de Economía y Hacienda del Gobierno cántabro (Decreto 61/1982, de 17 de junio); se encomendó a la Consejería de Trabajo, Sanidad y Bienestar Social el protectorado de las fundaciones de beneficencia particular (Decreto 23/1983, de 8 de abril); se traspasaron al ejecutivo regional las funciones ejercidas por el Ministerio de Cultura en materia de fundaciones culturales (RD 3547/1983, de 28 de di-

ciembre); se hizo preceptivo el dictamen de la Dirección Jurídica Regional en todos los procedimientos de autorización, clasificación y aprobación de las fundaciones sujetas (por el título competencial correspondiente a su objeto fundacional) al protectorado de la Comunidad Autónoma (Decreto 19/1986, de 28 de abril), y se encomendó al Consejo de Gobierno regional, mediante la Ley de Cantabria 5/1992, de 27 de mayo, de Acción Social, «la tutela de las fundaciones y asociaciones particulares que presten servicios sociales dentro del ámbito territorial de la comunidad, previa la oportuna transferencia o delegación de competencias del Estado» (art. 14.4), regulándose también en esta legislación asistencial las condiciones en que dichas entidades podrían contar con el apoyo o colaboración de la Comunidad (art. 20).

También la potestad autonómica de autoorganización, dentro de los límites derivados de la legislación estatal básica (149.1.18.<sup>a</sup>) y con sujeción a la restante legislación común, dejaba algún margen para regular la creación de fundaciones de iniciativa pública regional, como lo previó la (hoy ya derogada) Ley de Cantabria 3/1984, de 7 de mayo, de Régimen Jurídico del Gobierno y la Administración de la Diputación Regional de Cantabria, disponiendo su disposición adicional 6.<sup>a</sup> que la constitución, disolución, fusión, absorción, transformación o cambio del objeto social de sus fundaciones se ajustaría «a lo establecido en la Ley General Presupuestaria y disposiciones concordantes y complementarias».

Y, desde esta misma perspectiva organizativa, pueden citarse otras disposiciones indirectamente referidas al régimen de estas fundaciones públicas, al de su personal o patrimonio más específicamente. Así, por ejemplo, la consideración de altos cargos y el régimen de incompatibilidades de los presidentes de las fundaciones públicas regionales (Ley de Cantabria 5/1984, de 18 de octubre, de Incompatibilidades de los Altos Cargos, ya derogada; Decreto 1/1991, de 11 de enero, de creación del registro de altos cargos), o la exigencia de formar inventarios separados de los bienes y derechos pertenecientes a dichas fundaciones (Decreto 72/1987, de 26 de octubre, Reglamento de Patrimonio de la Diputación General de Cantabria).

La iniciativa pública fundacional tenía en la región un muy significativo precedente, la «Fundación Pública de Servicios Hospitalarios y Asistenciales Marqués de Valdecilla», creada por la Diputación Provincial de Santander <sup>1</sup> y

---

<sup>1</sup> La Diputación de Santander venía atendiendo sus obligaciones de beneficencia asistencial en el viejo Hospital de San Rafael (actual sede del Parlamento cántabro), cuya insuficiencia vino a suplir el Marqués de Valdecilla mediante la creación de una fundación privada de beneficencia constituida en 1928, jurídicamente independiente de aquella corporación, pero con su respaldo. La disminución del compromiso financiero de los sucesores del Marqués debilitó la

propietaria del hospital de referencia regional (y otros centros de salud) a través del que también daba cobertura, mediante concierto, la Seguridad Social. Como todas las competencias, medios y recursos de la Diputación fueron asumidos por la Comunidad Autónoma cuando se creó ésta (previéndolo así el art. 31 y la disposición transitoria 3.<sup>a</sup> del Estatuto de Autonomía), en 1982 quedó adscrita a la misma la citada Fundación. Poco después, la disposición adicional 4.<sup>a</sup> de la Ley de Cantabria 3/1984, de 7 de mayo, de Régimen Jurídico del Gobierno y de la Administración, dispuso que entidades como la fundación pudieran disolverse e integrarse en la organización administrativa autonómica o mantenerse, rigiéndose por sus estatutos o aprobando otros nuevos <sup>2</sup>. Y esto último fue lo que se decidió para la fundación, aprobándose sus nuevos Estatutos mediante Decreto 30/1991, de 23 de octubre (posteriormente modificado por Decretos 157/1991 y 9/1998), con el propósito de reducir su objeto fundacional a los fines de carácter docente, cultural y de investigación (que son los que actualmente persigue), asumiendo la gestión y prestación de los servicios sanitarios y asistenciales el INSALUD (luego sucedido por el Servicio Cántabro de Salud).

Obviamente, ni la aludida potestad de autoorganización, ni los títulos competenciales sobre materias relacionadas con el objeto social de las fundaciones, conferirían a la Comunidad una capacidad general de regulación y control de la constitución o funcionamiento de las fundaciones, hallándose la misma todavía confiada al Estado, tanto por sus propios títulos competenciales

---

situación económica de la fundación hasta que en diciembre de 1951 el patronato dio por terminada su gestión y ésta fue asumida por la Diputación Provincial, involucrándose posteriormente en el nuevo patronato el Ayuntamiento y el Estado, por la cobertura sanitaria que ofrecía el hospital (Casa de Salud Valdecilla), aunque hallándose ya en plena expansión la Seguridad Social que inauguraría en 1969 su propio centro hospitalario. En este escenario, pues, la fundación originaria se declaró extinguida mediante Decreto del Ministerio de la Gobernación 771/1969, de 24 de abril, traspasando todo su patrimonio a la institución provincial y constituyendo con él una nueva Fundación Pública de Servicios Hospitalarios y Asistenciales «Marqués de Valdecilla» (integrando en ella otros centros de la Diputación —la Maternidad Provincial, el Jardín de Infancia y sendos centros de psiquiatría, educación especial y geriatría—), cuyos estatutos fueron aprobados por el Pleno de la Diputación Provincial de Santander el 30 de julio de 1969.

<sup>2</sup> La citada disposición adicional 4.<sup>a</sup> rezaba así:

«1. Las personas jurídicas constituidas por la Diputación Provincial de Santander se adscribirán por el Consejo de Gobierno a la Consejería competente por razón de la materia y continuarán rigiéndose por sus normas estatutarias, que se adaptarán a las previsiones establecidas en el Estatuto de Autonomía, correspondiendo a la Asamblea Regional la aprobación de sus presupuestos y cuentas, al aprobar los generales.

2. La adaptación de estatutos a que se refiere el párrafo anterior se efectuará por Decreto del Consejo de Gobierno, que podrá también disolverlos e integrarlos en su organización».

(art. 149.1.1.<sup>a</sup>, 6.<sup>a</sup> y 8.<sup>a</sup> CE), como por no haber asumido la Comunidad competencia alguna sobre ellas.

Esta situación se modificó con el proceso general de elevación del techo competencial de las Comunidades Autónomas llamadas de vía lenta, pues fue entonces cuando, al aprobarse el nuevo Estatuto de Cantabria (LO 2/1994, de 24 de marzo), se otorgó a ésta competencia exclusiva, para ejercerla en los términos dispuestos en la Constitución, sobre las «Fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en la Comunidad Autónoma» (art. 24.29).

Esa es la disposición estatutaria que delimita o enmarca una competencia autonómica que es exclusiva, en cuanto confiere autonomía legislativa y ejecutiva, pero que se refiere sólo a las fundaciones que tengan en la región su actividad principal (no necesariamente su domicilio, pues) y que también está materialmente delimitada por la legislación de fundaciones del Estado (por la Ley 20/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones)<sup>3</sup>, en cuanto corresponde a éste regular las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio del derecho de fundación (art. 149.1.1.<sup>a</sup> CE, en relación con el art. 34 CE) y ostenta competencia exclusiva sobre la legislación procesal (art. 149.1.6.<sup>a</sup> CE) y la legislación civil (art. 149.1.8.<sup>a</sup> CE)<sup>4</sup>.

## II. La organización autonómica de las fundaciones

A la incorporación estatutaria de la competencia siguió, como es lógico, el traspaso por el Estado de las correspondientes funciones y servicios y su atribución e inserción orgánica en el seno de la Administración regional.

Tal fue la finalidad del Real Decreto 1378/1996, de 7 de junio, de traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado en materia de fundaciones, que encontró continuidad en cuatro sucesivas disposiciones autonómicas: los Decretos 59/1996, de 10 de junio; 88/1996, de 3 de septiembre, y 117/1996, de 26 de noviembre, dictados para la asunción formal de dichas funciones y servicios y su distribución entre los departamentos administrativos

---

<sup>3</sup> Esta Ley 20/2002 derogó 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, por la que venían regulándose las fundaciones.

<sup>4</sup> La disposición final 1.<sup>a</sup> de la Ley de Fundaciones relaciona los preceptos de ésta que son de aplicación general por constituir expresión o ejercicio de los referidos títulos de competencia exclusiva.

(primero en la Consejería de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, y luego, entre la última citada y la de Educación y Juventud, según se tratara de fundaciones benéfico-asistenciales o docentes, hasta encontrar común ubicación en la Consejería de Presidencia); y el Decreto 118/1996, de 26 de noviembre, aún en vigor, que atribuye a la Secretaría General Técnica de la Consejería de Presidencia el ejercicio del protectorado, la dirección del Registro de Fundaciones y las demás funciones que venía ejerciendo el Estado sobre las fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en el territorio de la Comunidad Autónoma (arts. 2 y 3) <sup>5</sup>.

Haciendo uso de la competencia así asumida, pues, la Comunidad creó el Registro de Fundaciones de Cantabria y reguló la forma y el alcance del protectorado que, de acuerdo con la legislación común de fundaciones (entonces todavía vigente la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General), le correspondía ejercer sobre las fundaciones inscritas en dicho Registro.

Tal fue el objeto del todavía vigente Decreto 26/1997, de 11 de abril, de creación y regulación del protectorado y registro de fundaciones, en cuyo contenido parece oportuno detenerse brevemente <sup>6</sup>.

La finalidad del protectorado, según lo dispuesto en la legislación común (art. 34.1 de la Ley de Fundaciones), es «velar por el correcto ejercicio del derecho de fundación y por la legalidad de la constitución y funcionamiento de las fundaciones», previsión con la que guarda correspondencia la citada disposición autonómica al señalar que «El Protectorado se ejerce con el máximo respeto a la autonomía del funcionamiento de las fundaciones y con el objetivo de garantizar el cumplimiento de la legalidad y de los fines establecidos por la voluntad fundacional».

La forma en que se ejerce este protectorado, sin embargo, no viene ya determinada por la legislación común, pudiendo cada Comunidad adoptar

---

<sup>5</sup> En la estructura orgánica de la Consejería de Presidencia, el Negociado de Fundaciones inicialmente dependía del Servicio de Autorizaciones Administrativas adscrito a la Secretaría General Técnica, órgano a quien competía resolver los procedimientos de fundaciones, como se ha dicho (véase el Decreto 18/1996, de 28 de marzo, modificado por Decreto 20/1999, de 8 de marzo). En la actualidad, el Negociado de Fundaciones depende del Servicio de Entidades Jurídicas, adscrito a la Secretaría General de la Consejería de Presidencia y Justicia, a quien competen las funciones anteriormente atribuidas a la Secretaría General Técnica, órgano hoy ya inexistente (véase el Decreto 1/2008, de 10 de enero).

<sup>6</sup> Por Orden de 29 de abril de 1997 (modificada por Orden de 6 de abril de 1998) se regula la llevanza del registro.

la que le parezca oportuna en uso de su autonomía. Así, la disposición que nos ocupa prevé que el protectorado cumpla las siguientes funciones (art. 2):

- a) Asegurar la legalidad en la constitución de la fundación.
- b) Asesorar a las fundaciones ya inscritas y a las que se encuentren en período de constitución sobre aquellos asuntos que afectan a su régimen jurídico y económico, así como las cuestiones que se refieran a las actividades desarrolladas por aquéllos en el cumplimiento de sus fines, prestándoles a tal efecto el apoyo necesario.
- c) Informar antes de la inscripción de la fundación sobre la idoneidad de los fines y la suficiencia de la dotación (esto es, que se conformen a lo dispuesto, ahora, en los arts. 3 y 12 de la Ley de Fundaciones vigente).
- d) Comprobar si los recursos económicos de la fundación han sido aplicados a los fines fundacionales.
- e) Ejercer provisionalmente las funciones del órgano de gobierno o Patronato de la fundación, si por cualquier motivo faltasen todas las personas que lo deberán integrar.
- f) Ejercer la correspondiente acción de responsabilidad por los daños y perjuicios que causen los patronos por actos contrarios a Ley o a los estatutos o por los realizados negligentemente.
- g) Instar judicialmente el cese de patronos cuando estos no desempeñen el cargo con la diligencia de un representante legal.
- h) Impugnar los actos y acuerdos del Patronato u órgano de gobierno de las fundaciones que sean contrarios a los preceptos legales o estatutarios por los que se rigen las fundaciones.
- i) Instar judicialmente la intervención temporal y ejercitarla si se autoriza, cuando se 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, si el órgano de gobierno de la fundación no atendiese el requerimiento del protectorado conminándole a cesar en esa actividad.
- j) Otorgar o denegar su autorización para los asuntos y actos de administración y gestión de las fundaciones que la precisen, de acuerdo con la legislación común de fundaciones.
- k) Recabar de los Patronatos la información que, de acuerdo con la legislación común de fundaciones, deban facilitar al Protectorado.

l) Controlar la liquidación del patrimonio de las fundaciones y decidir, cuando proceda, el destino de los bienes de la fundación liquidada.

m) Informar y arbitrar las medidas oportunas para que las fundaciones sometidas al protectorado autonómico puedan acogerse a los beneficios fiscales legalmente previstos.

n) Informar a las Consejerías competentes por razón de la actividad que constituya el objeto o fin de la fundación para que, a tenor de sus competencias respectivas, ejerzan las funciones de fomento, ayuda y coordinación de las fundaciones, según la naturaleza de sus fines.

ñ) Cualquier otra función que, de acuerdo con la legislación común de fundaciones, corresponda al protectorado.

El ejercicio de estas funciones de protectorado corresponde hoy, como se ha dicho a la Secretaría General de la Consejería de Presidencia y Justicia, contra cuyas decisiones cabe recurso de alzada ante esta última, cuya decisión pone fin a la vía administrativa. Además, para asistir a la Secretaría, la disposición prevé la existencia de una Comisión del Protectorado del Gobierno de Cantabria, de composición interdepartamental.

A la Secretaría está adscrito también el Registro de Fundaciones en el que deben inscribirse (los actos relativos a) las fundaciones de competencia regional, esto es, las fundaciones que principalmente desarrollan sus funciones en el territorio de Cantabria <sup>7</sup>.

Según la normativa cántabra, en el Registro deben inscribirse los siguientes actos fundacionales (art. 9):

a) La constitución de la fundación (cuya inscripción podrá considerarse desestimada por silencio administrativo transcurridos tres meses —Anexo II, Ley de Cantabria 6/2002, de 10 de diciembre, de Régimen Jurídico del Go-

<sup>7</sup> La normativa cántabra clasifica las fundaciones en cinco categorías; en el año 2009, las inscripciones se distribuían como sigue:

Fundación	Inscripciones	%
Asistencial ······	80	36,86
Docente ······	101	46,54
Laboral ······	3	1,38
Cultural ······	8	3,68
Otro ······	25	11,52
Total ······	217	100,00

bierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria—).

- b) Los estatutos y sus modificaciones.
- c) La composición del Patronato, el nombramiento de patronos y sustitutos y su aceptación, renuncia, cese o suspensión.
- d) Las delegaciones y apoderamientos otorgados por el Patronato y su revocación.
- e) La fusión, agregación, liquidación y extinción de las fundaciones.
- f) El aumento y disminución de la dotación.
- g) Las cargas duraderas impuestas sobre bienes.
- h) La intervención temporal de las Fundaciones.
- i) Cualquier otro acto, cuando lo ordenen las disposiciones vigentes.

Para la inscripción será necesaria la escritura pública, el documento privado, la comparecencia personal o la declaración, según corresponda a la naturaleza del acto (art. 11), no pudiendo perjudicar a terceros de buena fe los actos que sujetos a inscripción mientras no estén inscritos (art. 15), previsión que por su contenido puede considerarse excesiva para una simple disposición reglamentaria, aunque, en defecto de ley autonómica de fundaciones, puede encontrarse anclaje en la legislación estatal (art. 37.3 de la Ley de Fundaciones) de aplicación supletoria.

El Registro actúa, además, como depositario de la documentación contable y patrimonial que supervisa periódicamente el protectorado (art. 10), como el inventario, el balance de situación, la liquidación del presupuesto, los informes de auditoría externa, etc.

### **III. La regulación autonómica de las fundaciones: una normativa dispersa**

La competencia autonómica en materia de fundaciones no ha tenido expresión legislativa o normativa, exceptuando las disposiciones de contenido esencialmente organizativo, que se han mencionado en el apartado anterior, y las que se refieren a las fundaciones de iniciativa pública, a las que ahora haremos alusión. Sobre las fundaciones en general, pues, apenas hay previsiones legales autonómicas, que pueden encontrarse dispersas por la legislación sectorial con variado alcance y relevancia, como luego se verá.

Las *fundaciones públicas*, esto es, las constituidas con una dotación o un patrimonio fundacional de origen mayoritariamente público pero investidas de la personalidad jurídica privada característica de las particulares, no forman parte de la Administración institucional de la Comunidad Autónoma (regulada en la Ley 6/2002, de 10 de diciembre, de Régimen Jurídico del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria), aunque persigan coincidentes fines de interés general y, por ello mismo, sean los propios organismos o entidades públicos que integran dicha Administración institucional las que promuevan su constitución <sup>8</sup>.

Pero sí están encuadradas, en cambio, en el denominado sector público de la Comunidad Autónoma de Cantabria, regulado por la Ley de Cantabria 14/2006, de 24 de octubre, de Finanzas, cuyo artículo 2.1.f) señala que forman parte del mismo las fundaciones en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

1.º Que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración General de la Comunidad Autónoma, sus organismos públicos o demás entidades del sector público autonómico.

2.º 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.

Tales son las fundaciones que conforman el, legalmente denominado, *sector público autonómico fundacional* (diferente del sector público administrativo y del sector público empresarial), señalando, por otra parte, la Ley de Cantabria 3/2006, de 28 de abril, de Patrimonio de la Comunidad [cuyo art. 153.1.e) reconoce idéntica categoría], que sus bienes y derechos «quedarán sujetos al Derecho privado, sin perjuicio de las disposiciones de la presente Ley que les resulten expresamente de aplicación» (art. 2).

Esta integración explica también que les sea de aplicación la Ley de Cantabria 10/2006, de 17 de julio, de Subvenciones, aclarando su artículo 3 que «A las entregas dinerarias sin contraprestación que realicen las fundaciones..., les serán de aplicación los principios de gestión contenidos en esta Ley y los de información a que se hace referencia en el artículo 19. En todo caso, las aportaciones gratuitas que realicen habrán de tener rela-

---

<sup>8</sup> Por ejemplo, la Ley de Cantabria 9/2006, de 29 de junio, de Puertos y Faros, que crea la entidad pública empresarial Puertos de Cantabria, prevé que ésta, para el cumplimiento más eficaz de sus funciones, previa autorización del Gobierno de Cantabria, pueda crear fundaciones o participar en las que ya estén constituidas (art. 1).

ción directa con el objeto de la actividad contenido en la norma de creación o en sus estatutos».

Asimismo, la pertenencia al sector público regional justifica que el Servicio Jurídico Regional deba informar preceptivamente sobre los estatutos de las fundaciones públicas durante el proceso de constitución de éstas y que puedan contar con la asistencia técnica de dicho Servicio (esto es, con la asistencia en juicio o fuera de él de los Letrados del Gobierno cántabro, previa suscripción del oportuno convenio —art. 3 de la Ley de Cantabria 11/2006, de 17 de julio, de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico—). O que puedan acogerse a las medidas previstas en el Decreto 152/2005, de 9 de diciembre, por el que se aprueba la Carta de Derechos de la Ciudadanía y se crea el Observatorio de Calidad de los Servicios de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria (art. 2).

Sobre fundaciones en general (referidas, pues, tanto a las privadas como a las públicas) son escasas las previsiones legales autonómicas, pero podemos entresacar alguna de la legislación sectorial.

Así, el ordenamiento autonómico contiene también medidas para fomentar la constitución de fundaciones y promover sus actividades. La más conocida es, probablemente, la deducción sobre la cuota íntegra autonómica del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas<sup>9</sup>. Pero también prevé, por ejemplo, que pueda declararse de interés general comunitario o de interés social la constitución de fundaciones<sup>10</sup>; que las actividades de las fundaciones, por su interés general, puedan integrarse mediante concierto en los sistemas públicos prestacionales<sup>11</sup>; o que se incorporen, como cauces de expresión del

---

<sup>9</sup> Actualizadas regularmente en las leyes anuales de medidas administrativas y fiscales que acompañan a las leyes de presupuestos. En la actualidad (véase la disposición final 2.ª de la Ley de Cantabria 4/2007, de 4 de abril), los contribuyentes pueden deducirse el 15 por 100 de las cantidades donadas a fundaciones domiciliadas en la Comunidad Autónoma de Cantabria que cumplan con los requisitos de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, y que persigan fines culturales, asistenciales o sanitarios o cualesquiera otros de análoga naturaleza. En todo caso, será preciso que estas fundaciones se encuentren inscritas en el Registro de Fundaciones, rindan cuentas al órgano de protectorado correspondiente y que éste haya ordenado su depósito en el Registro de Fundaciones. La suma de la base de esta deducción y la base de las deducciones a las que se refieren los apartados 3 y 5 del artículo 69 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, no podrá exceder del 10 por 100 de la base liquidable del contribuyente.

<sup>10</sup> Véanse, por ejemplo, los artículos 3 y 29 de la Ley de Cantabria 4/2000, de 13 de noviembre, de Modernización y Desarrollo Agrario.

<sup>11</sup> Así, por ejemplo, el artículo 8.2.b) de la Ley de Cantabria 2/2007, de 27 de marzo, de Asistencia Social, señala que el Sistema Público de Servicios Sociales está integrado por «Los

interés social inherente a su objeto fundacional, en órganos de participación ciudadana <sup>12</sup>. Y algunas leyes también se han preocupado, simplemente, de dejar clara la posibilidad de constituir fundaciones <sup>13</sup>.

---

servicios sociales de titularidad privada concertados por las Administraciones Públicas con fundaciones, asociaciones y demás entidades sin ánimo de lucro o con personas físicas o jurídicas de carácter mercantil».

<sup>12</sup> Así, por ejemplo, la Ley de Cantabria 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Suelo, prevé que las fundaciones estén representadas en el Consejo de Ordenación del Territorio y Urbanismo (disposición adicional 1.<sup>a</sup>).

<sup>13</sup> Dos ejemplos: el artículo 62 de la Ley de Cantabria 4/2002, de 24 de julio, de Cajas de Ahorro, que permite a estas entidades financieras constituir las, y el artículo 17.4 de la Ley de Cantabria 5/2001, de 19 de noviembre, de Museos, disponiendo que «Los titulares de los museos y colecciones integrados en el Sistema de Museos de Cantabria podrán promover fundaciones o asociaciones de amigos de los museos».



# Las fundaciones en Castilla y León

José Luis Martínez López-Muñiz

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de Valladolid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. NOVEDADES RELATIVAS A LAS FUNDACIONES EN GENERAL EN EL ÁMBITO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA: 1. *Nuevas medidas generales de simplificación administrativa, no aplicables a los procedimientos relativos al Registro de Fundaciones.* 2. *Extensión de la administración electrónica a las relaciones con el Protectorado.* 3. *Obligaciones estadísticas.* 4. *Nuevas fundaciones inscritas.* 5. *Deducción en la cuota autonómica del IRPF por donaciones a fundaciones.* 6. *Las fundaciones como posibles beneficiarias de subvenciones autonómicas específicas.*—III. LAS FUNDACIONES DEL GOBIERNO AUTÓNOMICO: 1. *Nueva norma con fuerza de ley sobre las dotaciones fundacionales públicas, sin variación de contenido.* 2. *Posibilidad de adscribir elementos patrimoniales de la Comunidad Autónoma a las fundaciones públicas de la Comunidad.* 3. *Autorización necesaria para aportaciones patrimoniales autonómicas a fundaciones.* 4. *Sumisión a los principios de actuación de la Administración autonómica en garantía del derecho de los ciudadanos a una buena administración.* 5. *Deber de las universidades de informar a la Consejería de Educación sobre contratos y ayudas que reciban de las fundaciones públicas de la Comunidad.* 6. *Sometimiento a la nueva Ley de Publicidad Institucional de Castilla y León.* 7. *Sometimiento a las nuevas medidas de control del gasto establecidas para 2010 en la legislación presupuestaria.* 8. *Nueva Fundación autonómica.* 9. *Nuevas tareas para la Fundación Siglo.*—IV. ASISTENCIA FINANCIERA AUTÓNOMICA A LA FORMACIÓN EN PRÁCTICAS DE TITULADOS UNIVERSITARIOS A TRAVÉS DE LAS FUNDACIONES DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS.—V. OTRAS FUNDACIONES «PÚBLICAS».

## I. Introducción

Trataremos, de un lado, de las novedades que el año 2009 ha podido deparar al régimen general de las fundaciones de ámbito autonómico en Castilla y León (II), que son ciertamente escasas y tocantes solamente a determinados aspectos de su relación con el Protectorado y con la Administración autonómica en general. Después de un sucinto vistazo al número y tipología de las nuevas fundaciones inscritas durante el año, aludiremos también a algunas normas que tienen su importancia para las donaciones a fundaciones y a la posición de las fundaciones como posibles beneficiarias de específicas líneas subvencionales autonómicas.

La parte más amplia de esta crónica la ocupa, sin embargo, lo relativo a las fundaciones «públicas» o del sector público, y principalmente a las del sector público autonómico (III), aunque daremos también cuenta de las que se han

creado en el sector público local (V), después de hacer notar alguna singularidad especial relativa al peculiar trato privilegiado dispensado por la Comunidad Autónoma a las fundaciones de las universidades públicas, que no dejan de formar parte también, con todo, del propio sector público autonómico, aunque bajo la dependencia directa de dichas universidades públicas (IV).

No hemos sabido de nuevos pronunciamientos judiciales, al menos a nivel de Tribunal Superior de Justicia o del Tribunal Supremo. Tan sólo detectamos una Sentencia de la Sala de lo Social del Supremo (Sección 1), de 1 de abril de 2009, recaída en un recurso de casación para unificación de doctrina, y que casa y anula una Sentencia de la correspondiente Sala del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 30 de julio de 2007, confirmando la que previamente había sido dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Burgos contra la *Fundación Formación y Empleo de Castilla y León* por despido improcedente de una trabajadora temporal, con condena a pagar la correspondiente indemnización. Amén del interés que pueda tener para el Derecho laboral, no aporta nada en lo que al régimen específico de las fundaciones, en general, o de las públicas en particular, se refiere.

## **II. Novedades relativas a las fundaciones en general en el ámbito de la Comunidad Autónoma**

### **1. *Nuevas medidas generales de simplificación administrativa, no aplicables a los procedimientos relativos al Registro de Fundaciones***

Por Decreto 23/2009, de 26 de marzo, de medidas relativas a la simplificación documental en los procedimientos administrativos (BOCyL de 1 de abril), la Junta de Castilla y León, a propuesta de la Consejera de Administración Autonómica, ha suprimido la obligación de aportar determinada documentación o se ha sustituido, en su caso, por la de presentar declaraciones responsables, en los procedimientos administrativos de la Administración General de la Comunidad, sus organismos autónomos y entes públicos de derecho privado, cuando ejerzan potestades administrativas (art. 2). Pero se exceptúan expresamente del ámbito de aplicación de estas medidas «los procedimientos tributarios, actuaciones de aplicación de los tributos (*sic*), contratación administrativa y —en lo que aquí interesa— Registro de Fundaciones de Castilla y León, que se regirán —dice el art. 2— conforme dispongan sus normas reguladoras».

Parece evidente, en cambio, que esas medidas sí serán de aplicación en todos los procedimientos del Protectorado que no se refieran específicamente al Registro de Fundaciones, aunque no sea fácil discernir por qué se delimita la

excepción de esta manera ni por qué, en fin, se configura como tal excepción. Y, por supuesto, se aplicarán también en otros muchos procedimientos en los que con frecuencia muchas fundaciones se ven implicadas, como son los relativos a la percepción de subvenciones autonómicas.

A los efectos de este Decreto, en cuanto sea aplicable, el artículo 6 crea un Catálogo de simplificación documental como «inventario público de documentos cuya obligación de aportación por el interesado queda suprimida o sustituida por la presentación de declaraciones responsables», que debe publicarse en el BOCyL y estar a disposición en la web institucional [www.jcyl.es](http://www.jcyl.es). Pero el propio Decreto declara ya la supresión de varias obligaciones de aportación de documentos: fotocopia del DNI o documento equivalente de los extranjeros residentes, certificado de empadronamiento, certificación acreditativa del cumplimiento de las obligaciones tributarias, etc. Advertida la relevancia de esta disposición, no parece sea necesario examinar aquí todo su contenido.

## **2. *Extensión de la administración electrónica a las relaciones con el Protectorado***

La ordenación jurídica de las fundaciones en general en Castilla y León apenas ha experimentado algún retoque de orden muy menor, y relativo solamente a su relación con el Protectorado, al incorporarse las nuevas tecnologías de comunicación también a este ámbito de la actuación de la Administración pública regional, en la onda de la llamada administración electrónica. Ha sido ya al final del año 2009 y realmente no se aplicará hasta 2010.

La Consejería de Administración Autónoma dictó, en efecto, el 28 de diciembre la Orden ADM/2441/2009, por la que se modifica el Anexo de la Orden PAT/136/2005, de 18 de enero, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos. Ha quedado publicada en el BOCyL de 25 de enero de 2010 y su entrada en vigor se ha dispuesto para el día siguiente, 26 de enero.

La Orden de 2005 fue emitida entonces por la Consejería de Presidencia y de Administración Territorial, que era la competente en la materia, antes de que, en julio de 2007, se escindiera en las tres que desde entonces la han heredado, una de las cuales es esta Consejería de Administración Autónoma, de la que procede la nueva Orden, y otra, como se recordará, la de Interior y Justicia, que es la competente en materia de fundaciones (la tercera es la de Presi-

dencia). La regulación es transversal, de aplicación a procedimientos administrativos que se tramiten en la Administración autonómica en las más diversas materias, y se dicta en virtud de las competencias horizontales que en el ámbito administrativo tiene reconocidas esa Consejería.

Dictada en cumplimiento del artículo 26 del Decreto 2/2003, de 2 de enero, de la Junta de Castilla y León, que reguló los servicios de información y atención al ciudadano y la función de registro en esta Comunidad, la Orden de 2005 optó por especificar en un Anexo los procedimientos administrativos y trámites a los que se podría aplicar la presentación telemática de solicitudes, escritos y comunicaciones a través del registro telemático de la Administración autonómica que con esa misma Orden se creó. Y, lógicamente, ya se preveía expresamente que se fueran añadiendo sucesivamente nuevos procedimientos y trámites mediante su oportuna incorporación al citado Anexo, que es lo que hace la Orden ahora dictada al añadir a su listado una serie de procedimientos, que en su mayor parte —14 de 16— son relativos precisamente a las competencias que ostenta la Consejería de Interior y Justicia en materia de fundaciones.

La exposición de motivos de la nueva Orden invoca la Ley 11/2007, de 22 de junio, de la Comunidad Autónoma, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, que reconoce a los ciudadanos el derecho a relacionarse con las Administraciones Públicas utilizando medios electrónicos para el ejercicio de los derechos previstos en el artículo 35 de la Ley 30/1992 del Estado, así como para obtener informaciones, realizar consultas y alegaciones, formular solicitudes, manifestar consentimientos, entablar pretensiones, efectuar pagos, realizar transacciones y oponerse a las resoluciones y actos administrativos. Es una Ley que refleja la voluntad de la Comunidad Autónoma de modernizar en este aspecto la administración autonómica, haciéndola más accesible a los ciudadanos, de la que procede esta nueva medida.

El listado de los «procedimientos» sobre fundaciones que queda añadido al Anexo de la Orden PAT/136/2005 es literalmente el siguiente:

1. Enajenación de bienes y derechos de las fundaciones.
2. Nombramiento y cese de patronos de las fundaciones y elección de cargos en los patronatos.
3. Fusión de fundaciones.
4. Ratificación por el Protectorado de acuerdos de extinción.
5. Autorización previa para celebrar contratos con patronos.
6. Examen y comprobación de cuentas anuales de fundaciones.

7. Hipotecas y otras cargas y gravámenes sobre bienes y derechos de las fundaciones.
8. Relaciones contractuales entre las fundaciones y alguno de sus patronos.
9. Aceptación de sus cargos por los miembros de los patronatos de las fundaciones.
10. Adquisición por las fundaciones de participaciones no mayoritarias, pero superiores al 25 %, en sociedades mercantiles.
11. Delegación de facultades de los patronatos de las fundaciones en alguno de sus miembros.
12. Certificado de denominación.
13. Datos registrales.
14. Consultas al Protectorado.

Es dudoso que fuera necesario pormenorizar de esta manera la incorporación al Anexo de los «procedimientos» relativos a fundaciones y no hubiera bastado con una referencia general a todas las actuaciones en relación con la Administración autonómica del Protectorado de fundaciones. El listado además —puestos a hacerlo—, podía haberse elaborado con alguna mayor precisión en la mayor parte de las referencias y, desde luego, habría estado aún mejor incluyendo entre paréntesis el precepto legal o/y reglamentario que requiere o configura la correspondiente actuación administrativa o ante la Administración. Relacionar como procedimientos administrativos la enajenación de bienes y derechos de las fundaciones, o las hipotecas u otras cargas de esos mismos bienes, o el nombramiento y cese de patronos, etc., no es riguroso, porque ninguno de esos actos se producen mediante un procedimiento administrativo: ni son actos administrativos ni trámites que conduzcan a un acto administrativo. El listado debería haberse referido al tipo de acto administrativo a que corresponde cada procedimiento, siempre que lo que se quisiera fuera precisamente aludir a un tipo determinado de procedimiento y no sólo a un determinado trámite, solicitud o posible comunicación de los administrados (que sería el caso de las consultas del número 14). Como se ha hecho en el número 4 (ratificación de acuerdos de extinción) o el 5 (autorización de determinados contratos), y en el 6 (examen y comprobación de cuentas). No parece, sin embargo, que esta defectuosa forma de relacionar los supuestos deba tener consecuencias, ya que, a la luz de la normativa aplicada, que se expuso el año pasado en este Anuario, debe estar claro el tipo de intervención administrativa que corresponda en cada una de las actuaciones mencionadas en el lis-

tado y, por lo mismo, el tipo de escrito o documento que las fundaciones o los interesados podrán presentar ante la Administración por estos medios telemáticos.

Al listado, por lo demás, se ha añadido la precisión de que «para la presentación de comunicaciones se utilizará el modelo normalizado disponible en la sede electrónica “<http://www.tramitacastillayleon.jcyl.es>”, y que «para efectuar los trámites susceptibles de realizar ante el registro telemático será necesario disponer de DNI-E, o de un certificado digital de clase 2CA de firma electrónica emitido por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, así como aquellos otros certificados electrónicos que hayan sido previamente reconocidos por esta Administración y sean compatibles con los diferentes elementos habilitantes y plataformas tecnológicas corporativas».

### 3. *Obligaciones estadísticas*

La Comunidad Autónoma tiene su propia Ley de Estadística de Castilla y León, aprobada como Ley 7/2000, de 11 de julio. Su Título III erige el Plan Estadístico de Castilla y León en principal instrumento ordenador de la actividad estadística de la Comunidad, debiendo ser aprobado por Decreto de la Junta. Ha estado aplicándose un Plan 2006-2009 que se aprobó en 2005, y ahora —a propuesta de la Consejería de Hacienda— se ha aprobado el Plan Estadístico de Castilla y León 2010-2013 por Decreto 87/2009, de 17 de diciembre (BOCyL de 23 de diciembre). El artículo 3 recuerda que las estadísticas que forman parte de él «se consideran de cumplimentación obligatoria, en los términos previstos en el artículo 6 de la» citada «Ley 7/2000», «según dispone el artículo 34 de la Ley 21/2002, de 27 de diciembre, de Medidas Económicas, Fiscales y Administrativas», con las excepciones que asimismo se recuerdan en ese precepto, relativas a «datos susceptibles de revelar el origen étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o ideológicas y, en general, cuantas circunstancias puedan afectar a la intimidad personal o familiar», que «sólo podrán recabarse con el previo consentimiento expreso de los interesados», siendo «de aportación estrictamente voluntaria».

Las fundaciones son objeto específico del Plan Estadístico, que ha previsto expresamente que se recabe la debida información sobre ellas [código 19006, dentro del área 19 relativo a «Administraciones públicas, Actividad Política y Asociaciones» [Anexos II.A.1, II.A.2 y II.C)], si bien tal información debe proporcionarla la Consejería de Interior y Justicia, sin que recaiga por tanto, al menos directamente, sobre las propias fundaciones. Pero se prevé también su obligatoria colaboración en la obtención de la necesaria información sobre «Actuaciones en la Red de Teatros», junto a la Consejería de Cultura y Turis-

mo como organismo responsable, y Ayuntamientos y Diputaciones que intervengan en ellas (Anexo II.C, Área 08, de Cultura, Deporte y Ocio, número 08006), lo que obviamente sólo afectará a las que intervengan en ese tipo de actuaciones.

Naturalmente, como a cualquier otro sujeto, podrá afectarles además alguna obligación de colaboración estadística respecto a otras de las «operaciones» previstas, en orden a proporcionar datos considerados de interés autonómico en el citado Plan, en la medida en que, de alguna manera, formen parte de su actividad y no se ocupe ya de suministrar la información la Administración.

#### 4. *Nuevas fundaciones inscritas*

El número total de las nuevas fundaciones inscritas en el Registro de Fundaciones de Castilla y León por resoluciones de la Gerencia Regional de Justicia adoptadas en 2009 alcanza la cifra de 30, la última de las cuales sería la que fue objeto de Resolución de 30 de diciembre, que acordó la inscripción de la Fundación Centauri en el Registro de Fundaciones de la Comunidad (BOCyL de 28 de enero 2010), domiciliada en Frómista (Palencia) y constituida para «impulsar, desarrollar, promocionar y difundir el desarrollo del viaje interestelar en todos los aspectos concebibles, como meta a largo plazo y cultivando el avance tecnológico como meta a corto plazo». Un sorprendente propósito, ciertamente, que, sin duda, ha sido inspirado, sin embargo, por las connotaciones popularmente asociadas a San Telmo, uno de los primitivos dominicos más universales, nacido precisamente en esa conocida villa del Camino de Santiago. No en vano, entre los promotores de la Fundación se encuentra una sociedad mercantil denominada «Inversiones San Telmo XXI, S.L.»

El tipo de fundadores y de finalidades de estas treinta nuevas fundaciones es muy variado. Más adelante nos referiremos a las creadas por la Comunidad Autónoma u otras entidades públicas. No incluiremos ahí las tres creadas por sendas Cajas Rurales (la de Burgos, la de Segovia y la de Fuentepelayo, en la misma provincia de Segovia), porque formalmente las Cajas son entidades privadas. En algún caso la fundación, sin dejar de ser propiamente privada, ha sido apoyada por algunas autoridades públicas locales o universitarias. Hay algunos casos de fundaciones auténticamente mixtas, en el sentido de creadas por la autoridad pública y particulares a partes iguales o con una importante presencia de alguna entidad pública: en el caso de la Fundación «Teófilo Calzada» son cofundadores el Municipio de Fuentes de Valdepero (Palencia) y una ciudadana particular, repartiéndose el Patronato aparentemente a partes iguales, con la presencia adicional del párroco del lugar (Res. de inscripción

de 22 de abril de 2009, BOCyL de 13 de mayo), mientras que en la «Fundación de Deportes de Ponferrada» participan el Municipio y nueve sociedades anónimas o limitadas que se reparten el Patronato a razón de tres representantes el Ayuntamiento y uno cada una de las sociedades (Res. de inscripción de 1 de julio de 2009, BOCyL del 13). Pero, en cualquier caso, la mayoría de las nuevas fundaciones aparecen fundadas por particulares y con fines tan tradicionales como la asistencia y la inclusión social, en distintas formas y con distintos alcances, incluida la surgida de la preocupación actual por evitar abortos y ayudar a mujeres embarazadas, o los fines educativos y culturales generales o específicos —la música, el patrimonio, especialmente arqueológico—, muchas veces muy centrados en localidades pequeñas concretas, pero en algún caso con dimensión intencionalmente regional como en el caso de la que se propone la promoción de la lengua y cultura españolas. Alguna tiene objetivos deportivos. Algunas se han propuesto algo tan actual como el desarrollo rural, o el desarrollo tecnológico y el desarrollo sostenible, o el desarrollo de la sociedad de la información, o, en fin, el impulso de la investigación y los servicios en ámbitos específicos de la salud, como todo lo relativo a la farmacología o la obesidad. Y hay una que se aproxima al modelo de las fundaciones de las universidades públicas, pero está vinculada a un centro universitario adscrito y ha sido promovida por la Compañía de Jesús, titular de ese centro. En fin, aparecen involucradas todas las provincias, aunque se han creado más en León y Valladolid. Y, por lo común, la dotación inicial se sitúa en los 30.000 euros.

##### **5. *Deducción en la cuota autonómica del IRPF por donaciones a fundaciones***

La Ley 10/2009, de 27 de diciembre, de medidas financieras (BOCyL de 14 de enero de 2010), ha dado nueva redacción al artículo 2 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales de la Comunidad en materia de Tributos cedidos por el Estado, aprobado por Decreto Legislativo 1/2008, de 25 de septiembre, donde se mencionan las cantidades donadas a fundaciones de Castilla y León como deducciones sobre la cuota íntegra autonómica del IRPF en los términos previstos en esa misma disposición con fuerza de Ley.

##### **6. *Las fundaciones como posibles beneficiarias de subvenciones autonómicas específicas***

a) Cabe dar cuenta de la Orden EYE/342/2009, de 17 de febrero (BOCyL del 24), de la Consejería de Economía y Empleo, que estableció las bases reguladoras de las subvenciones destinadas a la realización de estudios de

contenido socioeconómico dirigidas a las entidades sin ánimo de lucro y a los centros de las universidades que tengan su sede y desarrollen sus actividades en el ámbito territorial de la Comunidad.

La Base 7.<sup>a</sup> dispone los requisitos de las solicitudes y en su apartado 4, d), exige que, entre los documentos que han de acompañarla, estarán los «estatutos de la Entidad solicitante, en caso de que ésta sea privada, donde se refleje de forma clara la no existencia de ánimo de lucro». Y añade: «Quedan exentos de presentar dicha documentación las Cámaras Oficiales de Comercio e Industria, los Colegios Profesionales, las Fundaciones y las Universidades».

Produce, desde luego, estupor ver tratadas como entidades privadas a las Cámaras y a los Colegios Profesionales, lo que no puede atribuirse sino a un lamentable error, pero la razón de traer aquí este texto es simplemente mostrar una previsión específica de una actuación autonómica en la que se está pensando en las fundaciones —totalmente privadas o en mano pública— como posibles beneficiarias de una acción subvencional y dándose por descontado su naturaleza de entidades sin ánimo de lucro.

Exactamente lo mismo ocurre con otra Orden de la misma Consejería y fecha, de análogo objetivo: la Orden EYE/343/2009, de 17 de febrero (BOCyL del 24), por la que se establecen las bases de las subvenciones destinadas a la realización de actividades de formación y difusión de materia de contenido socioeconómico dirigidas a las entidades sin ánimo de lucro y a las universidades que tengan su sede y desarrollen sus actividades en el ámbito territorial de la Comunidad, así como —se añade aquí— a las entidades locales de la misma Comunidad. La Base 9.4.b) contiene la misma exigencia comentada, con idénticos errores de bulto y la misma mención de las Fundaciones.

b) Mención análoga merece la Orden IYJ/487/2009, de 3 de marzo (BOCyL del 6), por la que la Consejería de Interior y Justicia ha establecido las bases de concesión de subvenciones para proyectos de cooperación al desarrollo, microacciones de cooperación en el exterior y para actividades de sensibilización y educación al desarrollo y de apoyo a redes e iniciativas del denominado «Comercio Justo» en el territorio de Castilla y León. Entre los posibles beneficiarios de las subvenciones, tanto de «los proyectos y microacciones en el exterior», como de «las acciones de sensibilización y educación al desarrollo [sic] y de apoyo a redes e iniciativas del denominado “comercio justo”», su artículo 3 menciona expresamente, junto a las organizaciones no gubernamentales de desarrollo, y las comunidades castellanas y leonesas asentadas en el exterior —en el caso de los proyectos y microacciones en el exterior— a «las fundaciones», y califica a todas estas realidades —parece que también, en

su caso, aunque un tanto sorprendentemente, a dichas comunidades— «como entidades de carácter privado y sin ánimo de lucro, constituidas como agentes de cooperación al desarrollo en el artículo 22 de la Ley 9/2006, de 10 de octubre, de Cooperación al Desarrollo» (*sic*).

c) Otra Orden, también de la Consejería de Economía y Empleo, la Orden EYE/1855/2009, de 3 de agosto (BOCyL de 24 de septiembre), por la que se establecen las Bases Reguladoras de las subvenciones destinadas al desarrollo y mantenimiento de habilidades personales y sociales de las personas con discapacidad, menciona asimismo de forma específica a las fundaciones —sin ánimo de lucro— como posibles beneficiarias de estas subvenciones, si desarrollan su actividad en la Comunidad, tienen «por objeto social, entre otros, la inserción laboral o la creación de empleo a favor de personas con discapacidad» y cuentan «en su plantilla con personal contratado para el desarrollo del apoyo de habilidades personales y sociales» con titulación universitaria «de grado medio o superior en psicología, psicopedagogía, educación social, trabajo social o magisterio en educación especial, o se comprometan a incorporarlos» (*Base 2.<sup>ª</sup>*). Las subvenciones «tienen por objeto financiar los costes salariales y de Seguridad Social a cargo de la entidad, de los trabajadores profesionales que presten apoyo para el desarrollo y mantenimiento de habilidades personales y sociales de personas con discapacidad» (*Base 1.<sup>ª</sup>*)

d) Si, aun con lo que queda observado, entran dentro de lo previsible las específicas referencias a las fundaciones en las líneas de subvención comentadas, no deja de causar sorpresa encontrarlas también en una Orden de la Consejería de Agricultura y Ganadería, tenida ordinariamente por competente en ese sector económico. La Orden AYG/648/2009, de 10 de marzo (BOCyL del 24), que establece las bases reguladoras de la concesión de las ayudas destinadas al sector equino, contempla, en efecto, entre los posibles beneficiarios de la 4.<sup>a</sup> de las cinco líneas de ayuda que establece —*Ayudas a las PYMES no agrarias y otras instituciones*— a las fundaciones. Se trata de unas ayudas a pequeñas y medianas empresas no agrarias y otras instituciones que ofrezcan servicios a terceros con participación de équidos, excluyendo los hipódromos, pudiendo beneficiarse de ellas en particular «los centros de alquiler o pupilaje de animales de la especie equina, centros de ocio en que se lleven a cabo actividades ecuestres, empresas de turismo rural, centros de enseñanza públicos o privados, centros deportivos ecuestres que desarrollen su actividad en el ámbito rural, así como fundaciones —dice textualmente el art. 3.º en este punto—, empresas y sus asociaciones, siempre que su objeto sean las actividades económicas relacionadas con la utilización de équidos y, en especial, con el fomento de la equitación». Y por lo dicho en el mismo artículo 3.º para la 5.<sup>a</sup> de las líneas de ayuda, las *Ayudas a la formación*, también podrán beneficiarse las fundaciones en

esas condiciones en orden a «la formación de profesionales dentro del ámbito ecuestre» [letra c) del apartado dedicado a esta *Línea 5*].

e) Una última normativa sobre bases reguladoras de determinadas subvenciones hemos de mencionar aún, y decimos normativa porque en todos estos casos que estamos comentando, a pesar de la nomenclatura empleada, no estamos ante las contingentes bases específicas de una determinada convocatoria de un procedimiento concurrencial, competitivo o selectivo, a las que suele negarse con razón naturaleza propiamente normativa o reglamentaria, sino ante auténticas normas reglamentarias dictadas para reglar futuros procedimientos, futuras convocatorias.

Se trata de la Orden EYE/2297/2009, de 3 de diciembre (BOCyL del 22), por la que la Consejería de Economía y Empleo ha adaptado las bases para la concesión de subvenciones para la puesta en práctica de programas experimentales en materia de empleo —establecidas por una Orden del Ministerio de Trabajo y Asistencia Social de 18 de septiembre de 2003 (Orden TAS/2643/2003)— a las peculiaridades derivadas de la organización y normativa de subvenciones propias de Castilla y León. La *Base 4.ª* limita los posibles beneficiarios a las personas jurídicas sin ánimo de lucro que tengan su ámbito de actuación dentro de la Comunidad, y acrediten experiencia en acciones de acompañamiento a desempleados en procesos de inserción laboral por cuenta ajena o propia. Y la *Base 6.ª* establece una obligación de llevar «cuenta contable separada de todos los ingresos y gastos referidos a operaciones de la afectación de la subvención a la finalidad de su concesión», con una «cuenta bancaria específica» incluso —que es a la que el Servicio Público de Empleo de Castilla y León transferirá el montante total o parcial de la subvención—, «en los supuestos en los que el abono de la subvención se efectúe mediante pagos anticipados», «siempre que el beneficiario sea una persona jurídica sujeta al derecho privado, incluidas expresamente —y he aquí la mención que ha llamado nuestra atención— las fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro, que no tengan el carácter de Administraciones Públicas a las que se refiere el artículo 3 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones», de modo que se garantice —dice el texto, de modo nada claro— «su contabilidad separada del resto de operaciones de la actividad del beneficiario de subvenciones otorgadas por el Servicio Público de Empleo de Castilla y León». No queda muy claro qué tiene que separarse de qué, pero parece que la interpretación más segura es que todo lo relativo a las subvenciones que se reciban conforme a esta Orden debe llevar la contabilidad separada indicada, diferenciándose así del resto de la actividad económica del beneficiario, incluida la que desarrolle en relación con otras líneas de subvención autonómicas.

Lo curioso es esa referencia explícita a las fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro que no sean las Administraciones Públicas delimitadas por el artículo 3 de la Ley General de Subvenciones de 2003. No hay más alusiones a las fundaciones en esta Orden.

Puesto que de lo que aquí se trata es de las fundaciones, no parece que sea el momento de detenernos a comentar las implicaciones de esta poco afortunada referencia a «las otras entidades sin ánimo de lucro, que no tengan el carácter de Administraciones públicas a las que se refiere el artículo 3 de la Ley 38/2003», además de las fundaciones. Nótese bien que, en todo caso, ha de tratarse de personas jurídicas sujetas al derecho privado, como hemos visto. ¿Sujetas del todo, por la propia naturaleza y régimen de su personificación? ¿Sujetas sólo en parte? La redacción no es clara. Y, desde luego, la delimitación de lo que sean «Administraciones públicas» por parte del citado precepto no puede ser más desacertada <sup>1</sup>. Lo que parece evidente, en cualquier caso, es lo que aquí importa, es que la referencia a las fundaciones está pensando probablemente de manera principal —si no exclusiva— en las fundaciones en mano pública o del sector público, en suma —de *públicas* las califica la Ley de la Hacienda de Castilla y León 2/2006, en su disposición final 2.<sup>a</sup>—, aunque, desde luego, también sea aplicable a las demás.

### III. Las Fundaciones del Gobierno autonómico

#### 1. Nueva norma con fuerza de ley sobre las dotaciones fundacionales públicas, sin variación de contenido

Como ya se hizo notar en lo expuesto sobre Castilla y León en el número del Anuario publicado hace un año, el artículo 25 de la Ley 27/2008, de medidas financieras, modificó la redacción del artículo 57 de la Ley 13/2005, también de medidas financieras, relativo a las aportaciones dinerarias de la Administración autonómica a las fundaciones como dotación fundacional. El precepto dispone que se realizarán con cargo a los créditos del capítulo para activos financieros, se regirán 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.

---

<sup>1</sup> Vid. nuestro comentario crítico en «Sujetos y órganos competentes para establecer y otorgar subvenciones», capítulo tercero, de G. FERNÁNDEZ FARRERES (dir.), *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 131 y ss.

Pues bien: por Decreto Legislativo 1/2009, de 18 de junio (BOCyL del 24), en uso de la autorización conferida por la citada Ley 17/2008, se ha aprobado el Texto Refundido de las normas vigentes sobre aportaciones económicas distintas a las subvenciones, cuya disposición derogatoria deroga el Capítulo III del Título II de la Ley 13/2005 y en consecuencia el citado artículo 57, que, en consecuencia, viene a ser sustituido por el artículo 9 de esta nueva norma con fuerza de ley, dedicado precisamente a las *aportaciones dinerarias a la dotación de fundaciones*, que, sin embargo, dice exactamente lo mismo.

Tratándose de aportaciones dotacionales se tratará normalmente de fundaciones en mano pública —por eso tratamos de ello en este apartado—, aunque también puede tratarse de fundaciones en las que la Administración autonómica sea sólo cofundadora y no retenga una posición de «influencia dominante»<sup>2</sup>.

## **2. Posibilidad de adscribir elementos patrimoniales de la Comunidad Autónoma a las fundaciones públicas de la Comunidad**

La disposición adicional segunda de la Ley 10/2009, de 27 de diciembre, de medidas financieras (BOCyL de 14 de enero de 2010), ha dado nueva redacción al apartado 1 del artículo 44 de la Ley 11/2006, de 26 de octubre, del Patrimonio de la Comunidad, de modo que queda explicitado ahora que «los bienes y derechos patrimoniales de la Administración General de la Comunidad» —en realidad, de ésta, que es quien ostenta la personalidad jurídica titular de tales bienes y derechos— «asimismo (...) podrán adscribirse a fundaciones públicas de la Comunidad y consorcios que formen parte del sector público autonómico», «para su vinculación directa a un servicio de su competencia (en la medida en que este término les sea aplicable, habría que observar), o para el cumplimiento de sus fines propios» (que es la finalidad que ya específicamente se contemplaba, antes de esta reforma, para el caso de su adscripción a entidades institucionales), precisándose que en razón de ello «les corresponderán

---

<sup>2</sup> Ya advertimos críticamente el año pasado que, sin embargo, el criterio que utiliza la legislación autonómica para delimitar las que llama fundaciones *públicas* es solamente el de la dotación fundacional mayoritaria, incurriéndose en el mismo planteamiento tradicional de la definición de las sociedades (denominadas con frecuencia erróneamente *empresas*) *públicas* en razón solamente de la titularidad pública sobre la mayoría del capital. El Derecho comunitario, ya transpuesto inequívocamente por el Estado mediante la Ley 4/2007, de 3 de abril, y —en cuanto a la noción paralela de *Organismo de Derecho público* en materia de contratos— por las Leyes 30/2007 y 31/2007, de 30 de octubre, debería llevar a superar definitivamente tales inadecuados criterios, aplicando con rigor el de la «influencia dominante».

únicamente facultades en orden a su utilización para el cumplimiento de los fines que se determinen en su adscripción, con las correlativas obligaciones de conservación y mantenimiento». Lo que se añade, que «la adscripción llevará implícita la afectación del bien o derecho, que pasará a integrarse en el dominio público», ya estaba en la redacción anterior, pero ahora se aplica también a estas posibles adscripciones. La verdad es que no deja de plantear muchas dudas la constitucionalidad de una tan amplia comprensión del dominio público y de las facultades de una Administración autonómica para incrementar su alcance. Es verdad que probablemente el legislador autonómico no ha hecho sino repetir lo que ya se dice al respecto en la Ley General del Estado sobre el Patrimonio de las Administraciones Públicas, Ley 33/2003, de 3 de noviembre, en unos preceptos, sin embargo, que, de acuerdo con su disposición final segunda, son sólo —y sorprendentemente— supletorios y no básicos ni de regulación exclusiva estatal (arts. 65 y ss.), y más en concreto en el 73, si bien este precepto habla sólo de organismos públicos, y las fundaciones no parece que en rigor lo sean en ese sentido. Pero la adecuación constitucional de estas regulaciones debería ser atentamente considerada<sup>3</sup>. Siempre cabría, quizás, hacer una interrelación restrictiva de esos preceptos legales, de modo que la demanialización sólo se produzca de manera restrictiva con respecto a aquellos bienes que en sí mismos o por su específica adscripción funcional una ley estatal haya predeterminado su condición demanial (el caso de las sedes institucionales, por ejemplo), aun sin poderse preterir que una fundación no debería ser equiparada nunca a un organismo público a estos efectos. Pero es otra expresión de cómo se está forzando la lógica constitucional una y otra vez, lo que, desde luego no es algo que afecte únicamente al ámbito racional de la lógica, sino que siempre afecta a las condiciones de la mejor garantía de los intereses públicos, tras los que están los derechos ciudadanos.

### **3. *Autorización necesaria para aportaciones patrimoniales autonómicas a fundaciones***

El artículo 7.º de la Ley 11/2009, de 22 de diciembre, que ha aprobado los Presupuestos Generales de la Comunidad para 2010 (BOCyL del 30) dispone que «las aportaciones que la Administración de la Comunidad realice al patrimonio de fundaciones precisarán de la autorización de la Junta de Castilla y León cuando superen los 600.000 euros».

---

<sup>3</sup> Vid. nuestra tesis de base al respecto, en «La publicatio de recursos y servicios», en L. COSCULLUELA MONTANER (coord.), *Estudios de Derecho Público Económico (Libro Homenaje al Prof. Dr. Don Sebastián Martín-Retortillo)*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 687 y ss.

#### 4. *Sumisión a los principios de actuación de la Administración autonómica en garantía del derecho de los ciudadanos a una buena administración*

El BOCyL de 22 de marzo de 2009 publicó la Ley 2/2010, de 11 de marzo, de la Comunidad Autónoma, bajo el título, de estructura sintáctica algo difícil, de Ley de Derechos de los Ciudadanos en sus relaciones con la Administración de la Comunidad de Castilla y León y de Gestión Pública. Su «objeto fundamental», dice su artículo 1.º, es «regular y desarrollar el derecho a una buena Administración (*sic*) reconocido en el artículo 12 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León», con la finalidad (art. 2) de «garantizar que la actuación de la Administración de la Comunidad de Castilla y León se oriente a la adecuada atención a los ciudadanos, a la efectividad de sus derechos y a la prestación de unos servicios públicos de calidad, que satisfagan sus necesidades y expectativas, en el marco del interés público». Por eso, no solo se ocupa de «los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración autonómica» y de las «garantías para su efectividad», sino de «la gestión pública y las medidas de modernización y mejora de la Administración», así como de «la evaluación de las políticas públicas y de la calidad de los servicios públicos de la Administración autonómica», como se especifica en el apartado 2 del artículo 1.

La Ley, como no podía ser de otra forma, se aplica a la Administración autonómica, tal y como afirma su artículo, que, además, se ha sentido en la obligación —siguiendo los malos ejemplos del legislador estatal— de determinar qué es lo que se entiende «a sus efectos» por Administración de la Comunidad de Castilla y León, en vez de estar pura y simplemente a lo establecido en la Ley de Gobierno y Administración de Castilla y León (que, a su vez, se subordina a lo dispuesto a niveles más básicos y obligatorios por las Leyes estatales 30/1992 y 29/1998). Para esta nueva Ley sólo son Administración autonómica, además de la propia Administración General de la Comunidad —con la personalidad jurídica de ésta—, los organismos autónomos y los entes públicos de derecho privado (las llamadas entidades públicas empresariales, en el Derecho estatal). Y lo en ella dispuesto sólo se aplica, al menos de modo completo, a todo esto. Pero, por lo dispuesto en una de sus disposiciones adicionales, se pone de relieve que no deja de aplicarse en medida que puede tener su importancia a otras entidades que el legislador no ha podido dejar de considerar en el fondo también como parte de la Administración autonómica, aunque bajo especial régimen.

En efecto, su disposición final segunda determina, en su apartado 1, que «las empresas y fundaciones públicas deberán adaptar su actividad que implique servicio público a los principios de actuación recogidos en el artículo 5,

de acuerdo con sus normas reguladoras», y, en el 2, añade que asimismo «adoptarán las medidas oportunas para: a) posibilitar las relaciones con los ciudadanos por medios electrónicos; b) posibilitar, en su caso, la prestación de sus servicios a través de medios electrónicos; c) informar de sus servicios y actividades a través de un portal web propio; d) acogerse a la evaluación de la calidad de sus servicios».

En cuanto a los principios del artículo 5 son los siguientes: «de orientación al ciudadano», «de transparencia», «de eficiencia», «de economía», «de simplicidad», «de comprensión» [«normas y procedimientos (...) claros y comprensibles (...) en lenguaje accesible»], «de modernización e innovación», «de mejora continua», «de anticipación o proactividad», «de prevención», «de celeridad», «de responsabilidad», «de participación ciudadana», «de equilibrio territorial», «de conciliación de la vida personal, familiar y laboral», y «de colaboración, cooperación y coordinación con otras Administraciones públicas». El precepto especifica la significación esencial de cada uno. No nos detenemos en ello. Lo que no se entiende bien es por qué la disposición adicional segunda limita la sujeción de las fundaciones (y de las empresas públicas <sup>4</sup>) a estos principios y no a otros que también figuran en esta misma Ley, como el de sostenibilidad del artículo 6 o el de orientación social del artículo 7, etc. Una vez más se pone de manifiesto la indefinición e inseguridad —la artificiosidad— en que se mueven las fundaciones y otras personificaciones instrumentales jurídico-privadas de la Administración pública, cuya legitimidad e idoneidad siguen suscitando, cuando menos, muy amplias dudas <sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Sobre el significado de la expresión «empresas públicas» en la legislación de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, *vid.* el análisis y comentario que le dedicamos en nuestra exposición sobre «Castilla y León», en el libro dirigido por M. BASSOLS COMA, *La Administración de las Comunidades Autónomas*, INAP, Madrid, 2004, pp. 799 y ss. Y, con respecto a su previsión antes de la Ley de Gobierno y Administración y de la Ley 2/2006, de Hacienda y del Sector Público de la Comunidad, ahora vigentes, en «La organización administrativa autonómica: estructuras orgánicas, normas y funcionamiento», en obra colectiva coord. por J. GARCÍA ROCA, *Derecho Público de Castilla y León*, INAP/Junta de Castilla y León/Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999, pp. 239 y ss. Con perspectiva más general, nos remitimos a lo dicho en «La integración en el sistema de Administraciones Públicas de las Administraciones Instrumentales», *Administración de Andalucía, Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 51, julio-septiembre 2003, pp. 35-76. En la actualidad, la definitiva incorporación a nuestra legislación de la noción comunitaria de empresa pública por la Ley 4/2007, debería llevar a la definitiva depuración de la terminología. Sobre la indiferencia de las formas de personificación para esta noción, puede verse nuestro trabajo sobre la «Indiferencia de la forma jurídica en el concepto de empresa pública», *Noticias CEE*, n.º 42, 1988, pp. 163-167.

<sup>5</sup> En el estudio que dedicamos a las fundaciones en Castilla y León en el número anterior de este Anuario, ya nos referimos al asunto y proporcionamos alguna bibliografía al respecto. Hemos vuelto a pronunciarnos sobre el particular, teniendo en cuenta ya los cambios normati-

### **5. *Deber de las universidades de informar a la Consejería de Educación sobre contratos y ayudas que reciban de las fundaciones públicas de la Comunidad***

La ya citada Ley 10/2009, de medidas financieras, ha establecido en su disposición final novena que «las universidades públicas de la Comunidad comunicarán a la consejería competente en materia de universidades los contratos o convenios que celebren con las empresas públicas o fundaciones públicas, y las subvenciones o cualquier tipo de ayudas que reciban de ellas, mediante el procedimiento que establezca aquella consejería».

Es una medida que, sin duda, se enmarca en las funciones de financiación universitaria que, por parte de la Comunidad Autónoma, corresponde a la Consejería de Educación, por más que en realidad se limite a las cuatro universidades públicas (Valladolid, Salamanca, León y Burgos).

### **6. *Sometimiento a la nueva Ley de Publicidad Institucional de Castilla y León***

La Comunidad ha aprobado una Ley de Publicidad Institucional, la Ley 4/2009, de 28 de mayo (BOCyL del 29), que, en virtud de su artículo 1.º, se aplica a todo el sector público autonómico y local de Castilla y León y en concreto a las «fundaciones públicas de la Comunidad» [apartado 1.c)] y a cualquier persona jurídica en que las entidades locales de la Comunidad «participen mayoritariamente» —por tanto, también sus fundaciones—, pudiendo entenderse asimismo incluidas las fundaciones de las universidades públicas, en virtud de la cláusula general de cierre del listado contenido en ese artículo [letra m)], que claramente quiere incluir a cualquier ente o institución pública dependiente de la Comunidad o persona jurídica en las que participen mayoritariamente, amén de la mención expresa de las universidades públicas en la letra d).

Se sujeta a esta Ley lo que el artículo 2 define como publicidad institucional, esto es: «aquella forma de comunicación pública realizada por uno o varios (de los) sujetos (sometidos a esta Ley) a través de cualquier medio y utilizando soportes pagados o cedidos, con la finalidad de transmitir a los ciudadanos mensajes de interés público relacionados con sus objetivos y actividades».

---

vos más recientes, en *Derecho público y Derecho privado, disyuntiva determinante para el Estado de Derecho*, Discurso de ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid, 23 de octubre de 2009, pp. 56 y ss.

Además de los principios que establece el artículo 3 y de la delimitación de su finalidad por el artículo 4, todo lo cual se traduce destacadamente en las limitaciones del artículo 8 y en las garantías del 9, cabe destacar la sumisión de su contratación a lo dispuesto en esta Ley y —obviamente— en la de contratos del sector público. Una nueva Comisión Autónoma de Publicidad Institucional, que crea el artículo 11, habrá de velar por la adecuación de las actuaciones de publicidad institucional a esta Ley, con diversas competencias concretas que allí se determinan. Se crean además, en las adicionales, una Marca Territorio Castilla y León y una Comisión de Evaluación y Seguimiento de la Televisión Digital Terrestre, ésta para determinar las necesidades de interés público que deben ser atendidas por este servicio, así como las condiciones para su financiación, principalmente a través de contratos-programa.

Se trata, sin duda, consciente o inconscientemente, de un paso más en el proceso de «republicación» de entidades nacidas para escapar del Derecho público, como son cabalmente las fundaciones en mano pública. Una prueba más también de lo cada vez más evidentemente artificioso de esas técnicas instrumentales de la gestión pública.

#### **7. *Sometimiento a las nuevas medidas de control del gasto establecidas para 2010 en la legislación presupuestaria***

La Ley 11/2009, de Presupuestos de la Comunidad, ha establecido en su ámbito varias normas restrictivas del gasto público para el ejercicio de 2010.

a) Su artículo 21, sobre «requisitos para la determinación o modificación de las condiciones de trabajo, modificaciones de plantilla o de relaciones de puestos de trabajo del personal del Sector Público autonómico, con repercusión en el gasto público», dispone que:

«1. Durante el año 2010 será preciso informe de la Consejería de Hacienda para proceder a determinar o modificar las condiciones de trabajo, modificaciones de plantilla o de relaciones de puestos de trabajo del personal al servicio de las entidades integrantes del sector público de la Comunidad de Castilla y León, que conlleven variación en el gasto público.

Lo dispuesto en el apartado anterior, y en el conjunto de este artículo, no será de aplicación a las Cortes de Castilla y León ni a las universidades públicas de la Comunidad de Castilla y León, que se seguirán rigiendo por la Disposición Adicional Quinta de esta Ley y el Contrato-Programa correspondiente.

2. Con anterioridad a la formalización y firma de cualquier acuerdo, pacto, convenio o decisión sobre la materia del apartado anterior se remitirá,

por la Consejería de Administración Autonómica o por el órgano responsable o impulsor del mismo, a la Consejería de Hacienda el correspondiente proyecto, acompañado de la valoración de todos sus aspectos económicos y, en su caso, repercusión en ejercicios futuros a fin de que se emita el informe preceptivo sobre las posibles consecuencias directas o indirectas en materia de gasto público.

3. Las empresas, *fundaciones* y entes públicos de derecho privado que formen parte del sector público autonómico deberán recabar informe favorable de la Consejería de Hacienda, previo a la firma de cualquier acuerdo relativo a las plantillas o relaciones de personal, retribuciones o mejoras de las condiciones de trabajo del personal dependiente de las mismas, que supongan una variación en el gasto público. La solicitud de informe deberá acompañarse del proyecto pretendido y de la memoria económico-financiera del mismo. El informe deberá emitirse en el plazo de un mes, entendiéndose desfavorable si no fuese emitido en dicho plazo.

4. Los informes emitidos por la Consejería de Hacienda serán elevados a la Junta de Castilla y León para su conocimiento y efectos oportunos.

5. Serán *nulos de pleno derecho* los acuerdos, pactos, convenios o decisiones adoptados en esta materia con omisión del trámite de informe, sin informe, o en contra de un informe desfavorable cuando éste sea vinculante, así como los que impliquen crecimientos salariales para ejercicios sucesivos contrarios a los que determinen las futuras Leyes de Presupuestos».

b) Por otra parte, su artículo 34, sobre «endeudamiento de las restantes entidades del Sector Público Autonómico», particularizando lo ya dispuesto en buena medida por el artículo 199 de la Ley 2/2006, de Hacienda y del Sector Público de la Comunidad, establece, a su vez, en lo que aquí interesa, que:

«1. Los entes públicos de derecho privado, las empresas públicas, las *fundaciones públicas*, las universidades públicas y cualquier otra entidad integrante del sector público autonómico no mencionada en los artículos anteriores, así como aquellas otras entidades de la Comunidad de Castilla y León incluidas dentro del sector de Administraciones Públicas según los criterios del Sistema Europeo de Cuentas, deberán obtener la autorización de la Tesorería General con carácter previo a la formalización de sus operaciones de endeudamiento, tanto a largo como a corto plazo, siendo *nulos de pleno derecho* los acuerdos adoptados sin dicha autorización.

2. El volumen de endeudamiento máximo a autorizar a aquellas entidades clasificadas dentro del sector de Administraciones Públicas de la Comunidad de Castilla y León según los criterios del Sistema Europeo de

Cuentas, respetará los límites establecidos en la normativa sobre estabilidad presupuestaria y los acuerdos del Consejo de Política Fiscal y Financiera»<sup>6</sup>.

c) Cabe recoger aquí también finalmente lo dispuesto por el artículo 35, que tiene bien distinto fuste, pero que es un indicio más que contundente de que si, durante cierto tiempo, pudo tener alguna relevancia práctica recurrir a las personificaciones instrumentales privadas para rehuir los controles comunitarios sobre el déficit y el endeudamiento públicos, eso ya se ha acabado:

«Las empresas públicas, las fundaciones públicas y los consorcios a que se refiere el artículo 2.1.f. de la Ley 2/2006, de 3 de mayo, de la Hacienda y del Sector Público de la Comunidad de Castilla y León remitirán a la Intervención General copias autorizadas de las cuentas anuales, así como el informe de auditoría y el de gestión, cuando proceda su emisión. Así mismo, toda la documentación citada será enviada a la Consejería de adscripción, que a su vez remitirá copia a la Dirección General de Presupuestos y Fondos Comunitarios».

Algunas de las determinaciones establecidas en los artículos 21 y 34 no dejan de suscitar dudas, precisamente por estar contenidas en una ley autonómica. ¿Puede el legislador autonómico establecerlas? ¿Puede en concreto establecer sanciones de nulidad de pleno derecho para los convenios y contratos que se determinan en tales preceptos? ¿No están reservadas al Estado en el artículo 149.1. 7.<sup>a</sup> y 8.<sup>a</sup> la regulación legislativa laboral y, en general, de la contratación?

Es verdad que el legislador estatal, en la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010, aunque una vez más probablemente no en el tipo de ley más adecuado para ello, ha establecido en el Título III, dedicado a los gastos de personal, un capítulo I sobre «el incremento de los gastos del personal al servicio del sector público», donde un largo artículo 22 establece, por una parte, las «bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica en materia de gastos de personal al servicio del sector público», echando mano de este título competencial del artículo 149.1.13.<sup>a</sup> para establecer una serie de restricciones —con el carácter de legislación básica— en cuanto a gastos de personal en 2010 que habrán de ser cumplidas por todo «el sector público» y no sólo el estatal, incluyendo por tanto expresamente a «las Administraciones de las Comunidades Autónomas, los Organismos de ellas dependientes y las Universidades de su competencia», «las Corporaciones Locales y Organismos de ellas dependientes» y, en fin, cua-

---

<sup>6</sup> Hay además una particular disposición para la Agencia de Inversiones y Servicios y el Instituto Tecnológico Agrario que no es necesario recoger aquí.

lesquiera «organismos públicos y entes del sector público estatal, autonómico y local», y, por otra, además, el artículo 23 —cuyos dos primeros apartados tienen también carácter básico— añade una serie de limitaciones en cuanto a la oferta de empleo público o instrumentos similares para la provisión de necesidades de personal en todo el mismo sector público (con unas pocas excepciones que allí se explicitan). Pero, aunque lo contenido en los preceptos de la Ley de Presupuestos de Castilla y León tiene que ver, sin duda, con esto, es claro que no es mera repetición de lo dicho en esas disposiciones básicas de la Ley de Presupuestos estatal.

La misma Ley de Presupuestos estatal sí que ha establecido, además, normas similares a las del artículo 21 de la Ley autonómica, pero ya no con carácter básico sino sólo para su aplicación directa al sector público estatal. Su artículo 37.5 contiene el mismo tipo de sanción de nulidad de pleno derecho del artículo 21.5 de la Ley autonómica, para «los acuerdos adoptados en esta materia (de retribuciones de personal laboral y no funcionario) con omisión del trámite de informe (de los Ministerios de Economía y Hacienda y de Presidencia, que el precepto exige) o en contra de un informe desfavorable (de cualquiera de ambos ministerios), así como los pactos que impliquen crecimientos salariales para ejercicios sucesivos contrarios a los que determinen las futuras Leyes de Presupuestos». Y lo reitera, aun con aplicación más amplia, pero de nuevo sólo para el sector público estatal, el artículo 39 de la misma Ley.

Parece entonces que si se ha establecido esto así en el ámbito estatal, resulta también razonable su aplicación al ámbito autonómico. Cabría incluso entender que, de no haberlo dispuesto expresamente la Ley autonómica, podrían aplicarse analógicamente esas previsiones de la Ley estatal al sector público autonómico en virtud del principio constitucional de supletoriedad del Derecho estatal (art. 149.3 CE). Pero no deja de ser una práctica legislativa deficiente que no se explicita ese tipo de regulaciones como legislación básica, sustentada, además de en los títulos competenciales del Estado ya mencionados, en el que se configura en el artículo 149.1.18.<sup>a</sup> de la Constitución.

Por lo que se refiere a lo establecido en el artículo 34, no hay en la Ley de Presupuestos del Estado una norma equivalente, pero la probable necesidad de un mandato similar del legislador estatal tal vez pueda encontrarse en el principio que tradicionalmente ha sustentado la nulidad de pleno derecho con la que el artículo 46 de la Ley General Presupuestaria de 2003 sanciona, como es sabido, la adopción de actos administrativos sin previa consignación presupuestaria o excediendo sus límites. Obviamente, las fundaciones públicas no adoptan actos administrativos, por no ser Administraciones públicas, pero lo

que podría estar haciendo el artículo 34 de la Ley de Presupuestos de la Comunidad para 2010 es extender la aplicación de ese principio a sus compromisos de endeudamiento no autorizados previamente. La Ley 2/2006 de Castilla y León también contiene un artículo 108, que es un trasunto literal del 46 de la Ley estatal General Presupuestaria, pero como éste parece reducirse en su literalidad a los actos de las Administraciones públicas, por lo que igualmente habría que acudir al principio subyacente, derivado a la postre de la exigencia constitucional de predeterminación presupuestaria del gasto público (art. 134 CE). Se pone de manifiesto, no obstante, la conveniencia de que el legislador estatal mejore la legislación básica al respecto, evitando incertidumbres.

#### **8. Nueva Fundación autonómica**

Un Acuerdo de la Junta de Castilla y León de 18 de diciembre de 2008 había autorizado la constitución de la Fundación para la Ciudadanía Castellana y Leonesa en el Exterior, que se constituyó efectivamente el 23 del mismo mes bajo la titularidad de la Comunidad Autónoma, a través de la Consejería de Interior y Justicia, y domiciliada en la sede de ésta, con una dotación inicial de 50.000 euros, íntegramente desembolsados por la Comunidad, siendo inscrita en el Registro de Fundaciones por Resolución de 14 de enero de 2010 (BOCyL del 26) de la Gerencia Regional de Justicia. La prensa informó de que el 24 de marzo su Patronato —formado por representantes de varios departamentos de la Junta, de la Federación Regional de Municipios y Provincias y de la Federación Regional de Cajas de Ahorro, bajo la presidencia del titular de la Consejería mencionada— celebró su sesión constitutiva, dando a conocer un Plan de Apoyo a la Ciudadanía en el Exterior y la Emigración de Retorno y algunas de las medidas que desarrollaría como la construcción de un colegio en Chaco (Argentina), el programa «Siente Castilla y León», becas de estudio y un plan de modernización de sedes. La iniciación de su andadura se sufragaría con un presupuesto de 3,6 millones de euros aportados por las consejerías implicadas <sup>7</sup>.

#### **9. Nuevas tareas para la Fundación Siglo**

Con la creación del «Sistema Atapuerca, Cultura de la Evolución» y el Museo de la Evolución Humana, mediante el Decreto 39/2009, de 11 de ju-

---

<sup>7</sup> Vid. *Castilla y León Exterior*, periódico de las Comunidades Castellanas y Leonesas en el Mundo, editada por España Exterior Publicaciones, S.L., Vigo, 7 de abril de 2009, p. 2.

nio (BOCyL del 17), la Junta de Castilla y León, a propuesta de la Consejería de Cultura y Turismo, ha establecido un «sistema integrado de gestión y colaboración entre [una serie de] equipamientos, centros, servicios y departamentos que la Consejería vaya determinando, con los objetivos de valorizar, explotar y enriquecer los recursos culturales y científicos asociados a los yacimientos arqueo-paleontológicos de la Sierra de Atapuerca», inscritos en la Lista del Patrimonio de la Humanidad por parte de la UNESCO en diciembre de 2000, y declarados espacio cultural por Acuerdo de la Junta 199/2007, de 26 de julio, y ha creado a la vez el citado Museo como su «cabecera». El «Sistema» será «dirigido y coordinado por un Director Gerente nombrado por la Consejería competente en materia de cultura», quien, por lo dicho en el apartado 2 del artículo 9, ostentará la «dirección-gerencia del Museo de la Evolución Humana» y «de los Centros Dependientes», así como la «gerencia del Espacio Cultural Atapuerca». Tiene que ser «oído en relación con los programas de funcionamiento y, entre otras materias, con las propuestas o solicitudes de integración en el «Sistema», un Consejo Rector, cuya presidencia de honor ostenta el Presidente de la Junta, y que, en los términos que habrá de fijar una Orden de la Consejería, «contará con representantes de la Consejería competente en materia de museos y de otros órganos y centros directivos de la Administración de la Comunidad de Castilla y León, de la institución gestora del Museo de la Evolución Humana, de los centros que se integren o colaboren con el “Sistema (...)” y con personalidades e instituciones nacionales e internacionales de reconocido prestigio, relacionadas con cualesquiera aspectos de la actividad del Sistema». Pero el apartado 1 de este mismo artículo señala, sin embargo, que «la actividad de la Administración de la Comunidad para la gestión del “Sistema Atapuerca, Cultura de la Evolución” se desarrollará en el marco de las relaciones entre la Consejería competente en materia de museos y la Fundación Siglo para las Artes en Castilla y León, con sujeción a las modalidades y procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico». Luego, el artículo 14, de Museos de Castilla y León, a propósito de la creación del «Museo de la Evolución Humana», creado como de titularidad autonómica al amparo del artículo 23 de la Ley 10/1994, integrado en el Sistema de Museos de Castilla y León y que tendrá su sede en un edificio construido al efecto por la Comunidad, dispone que «el Museo de la Evolución Humana será gestionado por la Fundación Siglo para las Artes en Castilla y León con arreglo a lo establecido en el artículo 9, a través del “Sistema Atapuerca, Cultura de la Evolución” y bajo los principios de coordinación y cooperación entre los centros que formen parte del sistema». El artículo 19 dice que contará con un Comité Científico, como órgano consultivo y de asesoramiento, y «la Dirección-Gerencia —que, por lo ya dicho, recaerá en el Director-Gerente del “Sistema”—, de la que dependerán las áreas de trabajo que sean precisas».

Y el artículo 20 dispone que habrá de disponer de «servicios técnicos y administrativos suficientes y adecuados», diciendo, en su apartado 2, que «la entidad responsable de la gestión del Museo de la Evolución Humana —es decir la Fundación Siglo—, previa autorización por la Consejería competente en materia de museos, podrá encomendar el ejercicio de las funciones establecidas [para el Museo] en el artículo 17, salvo las previstas en las letras a) y b), a Centros Vinculados del “Sistema”». La función de la letra a) es «ser cabecera del “Sistema” y actuar en orden a la consecución de los objetivos y fines del mismo», y la de la letra b), «establecer relaciones de cooperación y colaboración con otros museos, universidades, centros de investigación o instituciones culturales nacionales o extranjeros, para el intercambio de experiencias y conocimientos, así como para la organización de proyectos o actividades conjuntas». En fin, en cuanto a la financiación, el artículo 21 coloca en el primer lugar de los recursos y medios económicos con que se sostendrá el Museo a «las aportaciones económicas que se deriven del marco de colaboración al que se refieren los artículos 9.1 y 14 de este Decreto», lo que, en el lenguaje característico de esta norma, equivale en suma a las aportaciones a la Fundación Siglo por parte de los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma.

#### **IV. Asistencia financiera autonómica a la formación en prácticas de titulados universitarios a través de las Fundaciones de las Universidades públicas**

Por Orden de la Consejería de Economía y Empleo EYE/226/2009, de 3 de febrero (BOCyL del 13), se establecieron las Bases Reguladoras de las subvenciones del *Programa de Formación mediante prácticas en empresas para titulados universitarios*. Los destinatarios habrían de ser, en efecto, titulados universitarios inscritos en el Servicio Público de Empleo de Castilla y León, en situación de desempleo o amenazados de exclusión del mercado laboral, que no hubieran trabajado por cuenta propia o ajena después de la terminación de sus estudios en tareas relacionadas con la titulación requerida y que no hubiesen disfrutado alguna compensación económica o ayuda similar, pública o privada, para completar su formación práctica en los estudios, una vez finalizados, de la titulación requerida. Su selección habría de realizarse por una Comisión Provincial, constituida por dos representantes de la entidad beneficiaria y otros dos del Servicio Público de Empleo de Castilla y León, uno de los cuales sería el Gerente Provincial como presidente (Base 4.<sup>a</sup>).

Pues bien: sólo podrían ser «beneficiarios de estas subvenciones, en los términos establecidos en la presente Orden, en régimen de concurrencia competitiva, las Universidades Públicas de Castilla y León a través de sus

fundaciones, cuando éstas tengan entre sus fines los objetivos de este programa», no concurra en ellas ninguna «de las circunstancias previstas en el artículo 13.2 y 3, de la Ley 38/2003, General de Subvenciones», y «acrediten la observancia o la exención de la obligación del cumplimiento de la normativa sobre integración laboral de personas con discapacidad, o, en su caso, la no sujeción a dicha obligación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3.2 del Decreto 75/2008» (Base 3.<sup>a</sup>). El tenor literal de la Base 6.<sup>a</sup> reafirma que son sólo las mentadas «Fundaciones de las Universidades» quienes pueden presentar proyectos en solicitud de las subvenciones de que se trata. Y, en fin, lo dicho en la Base 8.<sup>a</sup> sobre los gastos subvencionables, que incluyen no sólo compensaciones económicas a los alumnos en prácticas (incluida una póliza de seguro combinado de accidentes y responsabilidad civil), y a las empresas, instituciones y entidades donde se desarrollen las prácticas, excepto si se trata de Administraciones públicas si el centro de trabajo está ubicado en el territorio de Castilla y León, sino también los «gastos de organización, de tutoría», que obviamente correrán a cargo de las Fundaciones, pone de relieve que éstas, más que beneficiarios, deberían haber sido consideradas y tratadas como entidades colaboradoras —siguiendo la terminología de la Ley General de Subvenciones—, y que, aunque los destinatarios y a la vez beneficiarios principales son los alumnos titulados, también las empresas e instituciones que les admitan para trabajos en prácticas participan de este carácter. Amén de lo dudosamente aceptable que resulta que esta línea subvencional —si está justificada— no incluya a los titulados en universidades privadas, discriminando así a los graduados en razón de la naturaleza de la universidad en que obtuvieron sus títulos, en contra de lo requerido por el principio constitucional de igualdad aplicado a los derechos y libertades educativos del artículo 27 de la Constitución.

Pero si traemos aquí este asunto es en rigor para dar cuenta del papel que se viene asignando a las Fundaciones en mano pública de las universidades públicas. Es evidente que se da por hecho que todas las universidades públicas de la región las tienen establecidas, y se prescinde por completo, por tanto, formalmente de éstas, entablando la relación exclusivamente con dichas Fundaciones.

Una Resolución, ya al final de 2009, de 23 de diciembre, del Servicio Público de Empleo, de la misma Consejería de Economía y Empleo, por la que se convocan subvenciones para el año 2010, cofinanciadas por el FSE, en los programas autonómicos de formación para el empleo y de orientación, formación e inserción profesional incluidos en el Plan Regional de Empleo y en el programa operativo FSE de Castilla y León, integra en su regulación las mismas subvenciones comentadas (BOCyL de 14 de enero de 2010).

## V. Otras fundaciones públicas

Hay que dar cuenta finalmente de las nuevas fundaciones en mano pública, no autonómicas.

Una es la creada por el Ayuntamiento de Salamanca, en virtud del acuerdo adoptado en su Pleno el 30 de diciembre de 2008, para tratar de llevar a cabo prácticamente todas las actividades que en el ámbito educativo o para complemento de la actividad educativa reglada puede emprender el Municipio, bajo el nombre de *Salamanca, Ciudad de Saberes*. Su inscripción en el Registro de Fundaciones de la Comunidad fue acordada por Resolución de 31 de marzo de 2009, de la Gerencia Regional de Justicia (BOCyL de 15 de abril) y su Patronato está presidido por el Alcalde y formado además por otros cuatro concejales y el Director Provincial de Educación de la Administración autonómica.

Una segunda fundación del sector público local —municipal— es la creada por el Ayuntamiento de la provincia de Zamora, Fariza de Sayago, con el nombre de «El Colmenar de Fariza», para una amplia variedad de fines y actividades, desde la asistencia y protección de las personas mayores (del municipio «así como del conjunto de la Comunidad Autónoma», dicen los Estatutos), al fomento de la educación ambiental y la conservación del medio ambiente, con particular atención al parque natural Arribes del Duero, o el fomento de la actividad física y deportiva o la colaboración en general al desarrollo de los servicios a la comunidad. En su patronato, junto a la presidencia del Alcalde y la presencia de tres Concejales y un Alcalde pedáneo, se acoge la participación de otros vocales que presiden determinadas asociaciones locales (2) o simplemente en su condición de vecinos (3) (Res. de inscripción de 6 de octubre de 2009, BOCyL del 22).

Se ha creado, en fin, una tercera fundación «pública», también en la provincia de Zamora, pero con un carácter netamente interadministrativo, intermunicipal, entre varios Ayuntamientos ribereños del río Tera: la «Fundación Tera Viva» se propone la defensa ambiental de dicho río, sus afluentes y su espacio natural —y el estudio y divulgación de ese espacio—, así como el desarrollo sostenible de sus municipios y la promoción de los recursos endógenos de ese territorio comarcal. El Patronato se compone de los alcaldes de los 10 municipios (Res. de inscripción de 16 de junio de 2009, BOCyL de 6 de julio).

# **El régimen jurídico de las fundaciones en el ordenamiento jurídico catalán 2009-2010: transparencia y buenas prácticas**

*Joaquín Tornos Mas*

Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Barcelona

*María del Mar Martínez Martínez*

FPI de la Universidad Abad Oliba-CEU

SUMARIO: I. EL PUNTO DE PARTIDA.—II. NUEVAS ACTUACIONES. LOS ACUERDOS DE GOBIERNO DE 10 Y 24 DE NOVIEMBRE DE 2009: 1. *Medidas destinadas a cualquier tipo de entidad que reciba subvenciones.* 2. *Medidas destinadas específicamente a fundaciones.*—III. EL PROYECTO DE LEY DEL PROTECTORADO.—IV. RÉGIMEN SANCIONADOR Y DE RESPONSABILIDAD.—V. LAS ENTIDADES VINCULADAS.

## **I. El punto de partida**

Las novedades normativas introducidas en el ordenamiento jurídico catalán en materia de fundaciones durante el último semestre del 2009 y primero del actual 2010 podrían resumirse bajo el título de «la búsqueda de la transparencia y buenas prácticas».

En efecto, el Ejecutivo catalán, poco después de la entrada en vigor de la Ley 4/2008, de 24 de abril, del Libro III del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas ha centrado todo su esfuerzo en implantar un paquete de medidas para potenciar la transparencia y así intentar acabar con las presuntas irregularidades de financiación que han ido apareciendo en torno a diversas fundaciones. Sin duda, el caso más destacado fue el de la Fundación del Palau de la Música Catalana, en la que el desorden y la inoperancia de su Patronato y otras formas de control alcanzaron niveles difícilmente justificables. Estos hechos llevaron al convencimiento de que los mecanismos de fiscalización existentes eran insuficientes.

Antes de entrar en el examen de las nuevas medidas que se pretenden implantar hay que señalar que una de las novedades más significativas introducidas por el Libro III del Código Civil de Cataluña fue precisamente la batería

de disposiciones y funciones de control preventivo atribuidas al Protectorado de la Generalitat, medidas que, como poco después se comprobó, resultaron insuficientes. De estas medidas destacamos las siguientes:

a) En primer lugar, incremento de la fiscalización administrativa de los actos de disposición mediante las técnicas de autorización y comunicación.

(i) Necesidad de que el Protectorado emita autorización previa para todos los actos de disposición, gravamen o administración extraordinarios sobre bienes o derechos adquiridos mediante subvenciones públicas;

(ii) Necesidad de que el Protectorado emita 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;

(iii) Obligación de realizar una comunicación cualificada al protectorado de cualquier otro tipo de acto de disposición.

b) Por otro lado, el gasto que la fundación puede destinar al funcionamiento del patronato y de sus órganos delegados se reduce a un máximo del 15% de los ingresos netos obtenidos durante el ejercicio.

Y en el mismo sentido, la previsión de la disposición transitoria tercera mediante la que se establece que se han de formular, aprobar y presentar las cuentas anuales en el cierre del primer ejercicio después de la entrada en vigor de la Ley.

c) Igualmente, en materia de organización y funcionamiento, vale la pena recordar la obligación impuesta a aquellas fundaciones de «cierta relevancia económica» de que separen claramente las funciones de gobierno, ejercidas por el Patronato, de las funciones de gestión, así como la prohibición de que los Patronos presten servicios profesionales o laborales retribuidos en la entidad de gobierno y, a su vez, la imposibilidad de que perciban remuneraciones por sus tareas de dirección, gerencia o administración.

Por tanto, la reforma normativa operada por la Ley 4/2008, de 24 de abril, del Libro III, también en sede de organización y funcionamiento, 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 y, por otra parte, la separación de funciones prohíbe que los patronos de las fundaciones relevantes tengan algún tipo de relación laboral o profesional retribuida.

Por último, no podemos olvidar que el Libro III del Código Civil de Cataluña aumenta ya significativamente la potestad de intervención del Protec-

torado, institución, como veremos, a la que se ha confiado la tarea de que el mundo fundacional sea transparente.

## **II. Nuevas actuaciones. Los Acuerdos de gobierno de 10 y 24 de noviembre de 2009**

En el panorama descrito, el Gobierno de la Generalitat, mediante Acuerdo de fecha 10 de noviembre de 2009, impulsó un conjunto de medidas urgentes para favorecer la transparencia y las buenas prácticas en la contratación pública. De forma particular se pretende implantar un conjunto de reformas en materia de subvenciones a las fundaciones, ya que en particular el destino de estas subvenciones había planteado importantes problemas de falta de control. Por otra parte, se dan instrucciones para que las reformas de la Ley de la Sindicatura de Comptes y de la Ley del Patronato de las fundaciones fueran aprobadas antes de que finalizara el año 2009 —cosa que no ha sucedido—, así como para que se incorpore una limitación en las reformas impulsadas sobre fundaciones vinculadas a partidos políticos de manera que quede limitada la posibilidad de recibir donaciones procedentes de empresas que sean adjudicatarias de contratos de la administración pública.

Días después, el Gobierno concretó el mencionado Acuerdo mediante el de 24 de noviembre de 2009, en el que insta a que se modifique el Decreto Legislativo 3/2002, de 24 de diciembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de finanzas públicas de Cataluña, así como el Decreto 259/2008, de 23 de diciembre, mediante el que se aprobó el Plan de contabilidad de las fundaciones y de las asociaciones sujetas a la legislación de la Generalitat de Cataluña, y también el entonces anteproyecto de Ley del Protectorado respecto de las fundaciones y de las asociaciones de utilidad pública que se estaba elaborando.

Por lo que ahora nos interesa, el Acuerdo recoge dos bloques de medidas. En primer lugar, las destinadas a cualquier tipo de entidad que reciba subvenciones —también fundaciones— y, en segundo lugar, las destinadas específicamente a fundaciones.

### **1. *Medidas destinadas a cualquier tipo de entidad que reciba subvenciones***

Los beneficiarios de subvenciones o transferencias de la Administración no podrán realizar donaciones, aportaciones o prestaciones gratuitas a favor ni de partidos políticos, ni de fundaciones o asociaciones que estén vinculadas.

Por otra parte, la Intervención General, a través de un plan anual de control, incluirá un apartado específico respecto del cumplimiento de la prohibición por parte de los beneficiarios de subvenciones de efectuar donaciones, aportaciones o prestaciones a título gratuito a favor de fundaciones (entre otros entes), orgánicamente vinculadas a los mismos. Se establece que la comprobación se realizará a partir de técnicas de muestreo.

También se establece que se ha de limitar a 3.000 € la cuantía de las donaciones, aportaciones o prestaciones gratuitas que puedan realizar los beneficiarios de subvenciones, excepto cuando una norma así lo prevea o las entidades tengan como finalidad la colaboración con la administración o la prestación de servicios de interés social que requieran el otorgamiento de ayudas.

Por lo que respecta a las entidades solicitantes de subvenciones públicas se determina que habrán de dar publicidad de las retribuciones de sus directivos en sus memorias y efectuar declaración responsable sobre este extremo en el momento de solicitar la subvención. La razón de ser de esta medida es que la Generalitat ha declarado que no concederá subvenciones, ayudas o transferencias a aquellas entidades en las que sus directivos perciban retribuciones que se consideren «manifiestamente desproporcionadas».

En relación directa con lo anterior, el Gobierno insta a que se establezcan regulaciones precisas para limitar la acumulación de cargos ejecutivos o de gestión entre dos o más entidades perceptoras de subvenciones de la Generalitat, cuando entre estas entidades exista un cruce de subvenciones, ayudas u otro tipo de relaciones financieras.

Además, los beneficiarios de las subvenciones tendrán que acreditar que sus órganos de control interno comprueban que el destino de los fondos recibidos es la adecuada y las entidades perceptoras de subvenciones han de tener la obligación de garantizar que las auditorías sobre sus cuentas son conocidas, analizadas y debatidas por sus órganos de gobierno, de manera directa e independiente respecto de los responsables directos de la gestión.

Por su parte, se pretende que la Generalitat pueda efectuar actuaciones de control y requerir información al destinatario final de los fondos aunque éste no sea el titular inicial de la subvención.

Por lo que respecta a los beneficiarios, habrán de proporcionar más información sobre su relación con terceros y en el momento de solicitar la subvención habrán de declarar las aportaciones o prestaciones gratuitas que hayan efectuado con anterioridad a cualquier entidad social, cultural o política.

A mayor abundamiento, se acuerda que en el plazo máximo de seis meses se elaborará un protocolo de actuaciones de los representantes de la Generali-

en las entidades en las que tiene representación para garantizar la aplicación de estas prevenciones.

## 2. *Medidas destinadas específicamente a fundaciones*

El segundo bloque de medidas —en relación exclusivamente a las fundaciones— tiene como principales objetivos el incremento del soporte y asesoramiento por parte de la Administración y el establecimiento de mecanismos de supervisión efectivos en aras a garantizar el cumplimiento de la voluntad fundacional y el buen uso de los recursos públicos o las aportaciones periódicas que muchos ciudadanos realizan a estas entidades jurídicas.

Destacamos seis líneas de actuación que, como veremos, han quedado recogidas y desarrolladas en el Proyecto de Ley del Protectorado y que son las siguientes:

- Desarrollo de la función de supervisión, tutela e inspección del Protectorado de fundaciones;
- Régimen sancionador;
- Relaciones del Protectorado con las llamadas entidades vinculadas a las fundaciones y las asociaciones de utilidad pública;
- Regulación de las funciones del Protectorado respecto de las asociaciones de utilidad pública;
- Otras medidas como la necesidad de publicación de los balances sociales, el fomento de la constitución de órganos de control independientes en el seno de las fundaciones o la confección de inventarios, y
- Medidas para que se incluyan en el Plan contable de la fundación datos que permitan comprender la actividad y finalidad de estas entidades.

### III. El Proyecto de Ley del Protectorado

Tal y como se pone de manifiesto en la propia Ley 4/2008, de 24 de abril, la regulación del protectorado se limita a una serie de disposiciones básicas referidas a sus funciones, entidades dependientes y medidas de intervención temporal.

El legislador catalán consideró más oportuno regular esta institución mediante un desarrollo normativo independiente habida cuenta de su naturaleza claramente administrativa.

El Proyecto de Ley de Protectorado llama la atención sobre su importancia afirmando que el nuevo texto legal responde a la necesidad de velar por el cumplimiento de las finalidades fundacionales atendiendo a la voluntad de la persona fundadora, así como de las disposiciones legales y estatutos. Supone la regulación de la intervención de la Administración de acuerdo con los principios de eficacia, legalidad y objetividad para verificar que las fundaciones cumplen el interés general. Subrayamos como cuestión positiva del Proyecto la atribución de la dependencia del Protectorado en exclusiva a una Administración que será el Departament de la Generalitat competente en materia de asociaciones y fundaciones.

El legislador afirma que el protagonismo de las asociaciones y fundaciones respecto de la prestación de servicios de toda clase pone de manifiesto la necesidad de incrementar las funciones de soporte y asesoramiento por parte de la Administración. Por ello que también se haya considerado necesario establecer unos mecanismos de supervisión efectivos para poder garantizar que se cumple la voluntad fundacional y el buen uso de los recursos públicos que muchas veces se otorgan mediante subvenciones o ayudas, así como también de las donaciones o aportaciones de los propios ciudadanos.

Pues bien, en un contexto socio-político como el indicado, se ha considerado conveniente ampliar el régimen de intervención administrativa, habida cuenta que se ha puesto de manifiesto la insuficiencia del marco normativo hasta el momento vigente para verificar la destinación y el uso adecuado del patrimonio. De ahí que se persiga regular incluso, en ocasiones, hasta el último detalle, el ejercicio de las funciones del Protectorado como garante del desarrollo de los derechos de la fundación. Institución que, pese a que conserva su denominación «Protectorado», paradójicamente pasa a desempeñar una tarea fundamentalmente fiscalizadora de la actividad que desarrollan sobre todo los órganos de dirección de las fundaciones.

El proyecto de Ley se estructura en ocho capítulos, más las adicionales, transitoria, derogatorias y finales, incorporando, entre otras, las medidas anunciadas por el Acuerdo de 10 de noviembre de 2009 para potenciar la transparencia de la actividad de las fundaciones.

Las nuevas funciones atribuidas al Protectorado esencialmente son tres: de asesoramiento, de registro y de supervisión. Si bien en la práctica ya las venía realizando, ahora se reconocen explícitamente.

Todas las novedades tienen un objetivo claro: conseguir la máxima transparencia mediante la colaboración entre las fundaciones y el protectorado.

Dicho lo anterior, llama cuanto menos la atención la previsión contenida en el apartado c) del artículo 4, en materia de funciones de registro, que literalmente señala: «1. Corresponden al Protectorado en materia de registro de fundaciones las funciones siguientes: (...) c) Analizar la viabilidad económica de las fundaciones, la adecuación de la dotación inicial y su idoneidad para el cumplimiento de las finalidades fundacionales».

Y llama la atención por cuanto no podemos olvidar que estamos ante una institución, la fundación, iusprivatística por antonomasia, cuyo ejercicio está reconocido y amparado por la Constitución española. Este hecho ha de ser determinante para el legislador a la hora de establecer los controles administrativos que si bien pueden estar plenamente justificados una vez la fundación está desempeñando su actividad, plantean más dudas cuando se establecen *ex ante*.

En este sentido, es discutible que se atribuya al Protectorado la facultad de analizar la viabilidad económica e incluso la adecuación de la dotación inicial y su idoneidad para el cumplimiento de las finalidades fundacionales; función a todas luces más propia de un órgano jurisdiccional que de uno administrativo. Piénsese que se le confiere la potestad de dotar de contenido a un concepto jurídico indeterminado, «viabilidad económica», como requisito previo y, por tanto, se establece un mecanismo de control que indiscutiblemente afecta de lleno la libre utilización de las facultades de constitución de las fundaciones que tradicionalmente se regía por el principio de autonomía de la voluntad de las partes.

Al margen de la anterior consideración, se dedica un capítulo entero a la función inspectora del Protectorado respecto de las fundaciones, su legitimación para entablar acciones judiciales de responsabilidad e impugnación de acuerdos, funciones de suplencia y, también, un régimen de intervención temporal de las fundaciones.

Sobre la función de inspección destacamos la previsión de un Plan de inspecciones —en el ejercicio de las funciones de supervisión—. Se establece que en ese Plan se tendrán que fijar los criterios que determinen el alcance de la intervención y con carácter excepcional se habilita al Protectorado a solicitar que se realice una auditoría de cuentas aunque no concurren las circunstancias previstas en el Código Civil de Cataluña.

No obstante, aunque la Ley del Protectorado aún sea un proyecto, el Gobierno de la Generalitat, mediante Resolución de 29 de enero de 2010<sup>1</sup>,

---

<sup>1</sup> Resolución JUS/194/2010, de 29 de enero, por la que se aprueban los criterios generales que han de regir el Plan de inspección de fundaciones para el año 2010. DOCG núm. 5560, de 4 de febrero de 2010.

aprobó de modo anticipado los criterios generales que han de regir para el Plan de inspección de fundaciones de este año.

En la citada Resolución se aconseja que a la hora de llevar a cabo el Plan se incida especialmente en aquellas fundaciones que (i) no hayan presentado las cuentas ante el protectorado durante los dos ejercicios anteriores; sobre las que (ii) no respondan de manera reiterada a los requerimientos del protectorado o presenten respuestas insuficientes; sobre las que (iii) mantienen una actividad continuada, y un cuarto sector que incluirá un conjunto de fundaciones (iv) seleccionadas mediante mecanismos aleatorios entre todas las fundaciones inscritas.

El proyecto de Ley amplía los supuestos de inspección y recoge hasta once circunstancias en las que se deberán llevar a cabo esas actuaciones en todo caso:

- No presentar cuentas.
- Realizar operaciones sin autorización previa.
- Incumplir la obligación de comunicación.
- No responder a los requerimientos del Protectorado.
- Inactividad continuada.
- No destinar el porcentaje establecido para el cumplimiento de las finalidades.
- Reducción grave de los fondos propios.
- Destinar recursos a gastos no relacionados con el objeto fundacional.
- No cubrir vacantes en el seno del patronato.
- No adaptar los estatutos a la normativa vigente.
- Incumplir las condiciones asociadas al otorgamiento de una ayuda o subvención.

En el capítulo dedicado a la inspección también se desarrolla la solicitud por parte del Protectorado a la autoridad judicial de intervención temporal de la fundación y sus efectos. El Protectorado está legitimado para solicitar en los casos más graves una intervención de carácter judicial temporal. Esta facultad supone que, en esos supuestos, el Protectorado llevará a cabo las funciones del patronato, en caso de que se hayan suspendido.

#### IV. Régimen sancionador y de responsabilidad

Por lo que respecta al régimen sancionador —novedoso totalmente en esta materia— el mismo constituye un elemento más de garantía para el cumplimiento efectivo de la voluntad fundacional y para el correcto funcionamiento de la entidad.

La legislación en materia de fundaciones otorga mayoritariamente a la autoridad judicial las funciones de supervisión sobre la actuación de la fundación. Pero resultaba evidente que en razón de la gravedad del incumplimiento el acudir a los tribunales podría resultar desproporcionado.

El Código Civil de Cataluña, en este sentido, dota al Protectorado de ciertos mecanismos para que con ayuda judicial pueda garantizar el correcto funcionamiento de las actividades de la fundación<sup>2</sup>. No obstante, esos recursos pueden resultar excesivos cuando el incumplimiento no presenta una entidad suficiente. De ahí que resulte acertado el establecimiento de un régimen sancionador para supuestos de infracciones administrativas como sistema preventivo de situaciones que si no se corrigen podrían llevar a afectar el interés general.

Los órganos con potestad sancionadora son el Conseller del Departamento competente para infracciones muy graves o bien el Director general para infracciones graves y leves.

En lo que se refiere a la exigencia de responsabilidad son las mismas fundaciones, como entidades con plena capacidad para el cumplimiento de sus finalidades, las que, en su caso, podrán emprender acciones de resarcimiento del importe de las sanciones contra los miembros del patronato y aquellas personas que ejerzan funciones de dirección, siempre y cuando se pueda determinar su responsabilidad individual y sin perjuicio de otras responsabilidades en que hayan podido incurrir.

---

<sup>2</sup> (I) Solicitud a la autoridad judicial para que ordene la intervención temporal de la fundación (arts. 336-3.1 y 336-4 CCC). (II) Ejercicio de la acción de responsabilidad contra los patronos por los daños causados a la fundación por incumplimiento de la ley o de los estatutos o por actos u omisiones negligentes en el ejercicio de sus funciones (arts. 332-11 y 336-2.2, apartado g), y disposición transitoria primera, apartado 2 del CCC). (III) Ejercicio de la acción de impugnación de acuerdos, decisiones o actos contrarios a la ley o a los estatutos o que lesionen el interés de la fundación (art. 332-11.5 CCC). (IV) Solicitud a la autoridad judicial de la suspensión cautelar de los patronos (arts. 332-11.8 CCC). (V) Ejercicio de acciones judiciales con el objetivo de obtener la disolución judicial de la fundación, con la subsiguiente adjudicación del patrimonio fundacional a la entidad que establecen los estatutos u otras entidades sin ánimo de lucro de finalidades análogas a las de la fundación disuelta (arts. 335-4, 335-5 y 336-4.4 CCC).

Por último, es de destacar la posibilidad de acudir al instituto de la mediación. El artículo 25 del Proyecto establece que cuando la infracción obedezca a una causa que pueda ser resuelta mediante un acuerdo con las entidades y personas responsables, el Protectorado podrá recurrir a la mediación para evitar la imposición de sanciones o reducir la envergadura de la infracción con independencia de que sea grave o leve.

## V. Las entidades vinculadas

El Código Civil de Cataluña ya había regulado parcialmente las relaciones a nivel contable entre las llamadas entidades vinculadas y las fundaciones. Se establece la obligación de que la entidad dominante presente las cuentas anuales consolidadas<sup>3</sup>.

El Proyecto de Ley del Protectorado incorpora nuevas relaciones del Protectorado con esas entidades sin ánimo de lucro al tiempo que las define. Como se pone de manifiesto en la misma Exposición de motivos, con ello se pretende tener una visión más global de aquellas situaciones en las que concurren una multitud de esas entidades que actúan bajo unos mismos criterios, como sucede cuando una fundación crea otra con carácter instrumental para cumplir con el interés general de un modo más efectivo. En estos supuestos, el legislador considera conveniente que el Patronato ha de disponer de una información más amplia que permita analizar las relaciones entre las diferentes entidades convergentes.

Según el Proyecto de Ley, se entiende por entidad vinculada cualquiera de las entidades de las reguladas en el Libro III del Código Civil, cuando (i) las personas miembros de los respectivos órganos de gobierno coincidan en más de un 50%; (ii) cuando las operaciones con transcendencia económica entre estas entidades representen más del veinte por ciento del total de los gastos del ejercicio contable de cualquiera de ellas, y (iii) cuando el inmovilizado de una de las entidades provenga o haya sido financiado en más de un 30% por otra entidad.

Pues bien, cuando concurren los supuestos mencionados, los miembros de los órganos de gobierno y las personas con funciones de dirección que tengan poder de decisión, directa o indirectamente, en alguna de estas entidades vinculadas, han de comunicar dicha circunstancia al Protectorado, a excepción

---

<sup>3</sup> La disposición adicional tercera del Proyecto de Ley del Protectorado exime de esta obligación a las fundaciones de las Cajas de ahorros que se consideren entes instrumentales para llevar a cabo su obra social, habida cuenta que están reguladas por su propia normativa (Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Cajas de ahorro de Cataluña).

de aquellas que, a la entrada en vigor de la Ley, ya incurrieran en alguno de los supuestos referidos para las que se establece que deberán informar al protectorado en un plazo máximo de seis meses a contar desde la entrada en vigor.

Expuesto lo anterior, se ha de tener presente que sobre las entidades vinculadas existe otra normativa que se solapará con el Proyecto de Ley una vez empiece a producir efectos. Nos estamos refiriendo a la definición que, por ejemplo, realiza el propio Código Civil de Cataluña, el Código de Comercio y también la Ley del Impuesto de sociedades, y en materia de contratación pública, la propia Ley de Contratos del sector público, y ello, por cuanto, dada la pluralidad de definiciones de lo que se considera entidad vinculada, podremos encontrarnos ante supuestos que una entidad sea vinculada a efectos de la Ley de Contratos del Sector Público y no a efectos del Impuesto de Sociedades o de la Ley del Protectorado.

Así, a modo de ejemplo, mientras que el artículo 312-9.3 del Código Civil de Catalunya centra la atención sobre vinculaciones entre los miembros de los órganos de gobierno (cónyuges, parientes en línea recta sin limitación o colaterales hasta cuarto grado o segundo de afinidad y, también, entre administradores, apoderados, socios de control de las personas jurídicas), la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, que modifica el texto refundido del Impuesto de Sociedades, los amplía, pues entre otros supuestos considera entidades vinculadas a aquellas que entre la misma y los socios, administradores y consejeros exista un 5% de participación; cuando formen parte de los referidos órganos familiares hasta el tercer grado; cuando esté participada por otra, al menos en un 25% del capital social o fondos propios, o que dos entidades pertenezcan al mismo grupo.

Sobre la pertenencia a un grupo, el Código de Comercio es claro al respecto. Existe «grupo» cuando una sociedad tenga o pueda tener, de manera directa o indirecta, el control de otra. Se presume que existe control cuando la dominante se encuentra en relación con otra dependiente de los que tenga la mayoría de voto, o que tenga la facultad de nombrar o destituir la mayoría de los órganos de los miembros del órgano de administración o que haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración.

Sin ánimo de ser exhaustivos, llama también la atención cómo la Ley de Contratos del Sector Público considera entidades vinculadas incluso a aquellas que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por Ley con respecto al Sujeto principal, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad.

Por tanto, si bien podría sostenerse que cada normativa define sectorialmente el concepto de entidad vinculada, nos atrevemos a adelantar que ante una eventual inspección, bien de la fundación madre, bien de la entidad «vinculada», la determinación de esa vinculación pueda resultar una cuestión nada pacífica.

# Derecho de fundaciones en Extremadura

*Vicente Álvarez García*

Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Extremadura  
Antiguo Letrado del Tribunal Constitucional

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL CONSEJO AUTONÓMICO DE FUNDACIONES DE EXTREMADURA.—III. LA JURISPRUDENCIA SOBRE FUNDACIONES EMANADA DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES RADICADOS EN EXTREMADURA.

## I. Introducción

En la crónica del año pasado sobre las fundaciones en la Comunidad Autónoma de Extremadura se comenzaba indicando que su presencia social es muy antigua y a la vez poco frecuente en este territorio, 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.

Se subrayaba también que el título competencial autonómico extremeño en materia de fundaciones se encontraba en el vigente artículo 7.1.26) del Estatuto de Autonomía<sup>1</sup>, que dispone que la Comunidad Autónoma tiene competencia exclusiva en materia de fundaciones «que desarrollen principalmente sus funciones en la Comunidad Autónoma».

El referido Estatuto se encuentra en pleno proceso de reforma, previendo, en relación con las fundaciones, el proyecto de nuevo Estatuto en su última fase de negociación en la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados, que «(L)a Comunidad Autónoma de Extremadura tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...) Asociaciones y fundaciones de todo tipo que desarrollen principalmente sus funciones en Extremadura. Fomento del voluntariado» [art. 9.1.46)]. El propio artículo 9 del proyecto de reforma dispone, en su apartado 2, que en materias autonómicas de competen-

---

<sup>1</sup> El actual Estatuto de Autonomía de Extremadura fue aprobado por la Ley Orgánica 1/1983, de 25 de febrero, habiendo sido modificado, sustancialmente, por la Ley Orgánica 5/1991, de 13 de marzo, por la Ley Orgánica 8/1994, de 24 de marzo, y por la Ley Orgánica 12/1999, de 3 de mayo.

cia exclusiva «corresponde a la Comunidad Autónoma la función legislativa, la potestad reglamentaria y, en el ejercicio de la función ejecutiva, la adopción de cuantas medidas, decisiones y actos procedan».

Añadíamos, por último, que el título competencial en materia de fundaciones había sido objeto de un pobre desarrollo normativo en la Comunidad Autónoma extremeña. Durante este último año esta situación no ha mejorado en nada, dado que, salvo error, no se ha aprobado ninguna disposición de carácter general sobre esta concreta materia.

Partiendo de esta base, vamos a centrarnos en la presente crónica en el estudio, por un lado, del Consejo Autonómico de Fundaciones de Extremadura, y, por otro, de la escasísima jurisprudencia que han emanado los órganos jurisdiccionales radicados en Extremadura.

## II. El Consejo Autonómico de Fundaciones de Extremadura

Este Consejo es una entidad constituida formalmente el 2 de febrero de 2006 en el Palacio Barrantes-Cervantes de la Fundación Obra Pía de los Pizarro, ubicado en la preciosa ciudad cacereña de Trujillo, con la finalidad de aglutinar a las fundaciones de la Comunidad Autónoma de Extremadura, que sean miembros de la Asociación Española de Fundaciones (AEF) <sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> La AEF, como es sabido, se constituyó el 22 de enero de 2003, siendo el resultante de la fusión del Centro de Fundaciones y de la Confederación Española de Fundaciones. Sus actuales Estatutos han sido aprobados por la Asamblea General de la AEF de 24 de noviembre de 2009.

La AEF «es una entidad privada de carácter civil y voluntario, declarada de utilidad pública, integrada por fundaciones», que «carece de fin de lucro» y que «es de nacionalidad española» (art. 1 de los referidos Estatutos). O, expresado en otros términos, la AEF «es una asociación privada e independiente, inscrita en el Registro Nacional de Asociaciones del Ministerio del Interior, declarada de utilidad pública, de ámbito nacional, que agrupa a fundaciones españolas de las más diversas dimensiones, finalidades y ámbitos de actuación (local, provincial, autonómico, nacional e internacional). Su misión es trabajar en beneficio del conjunto del sector fundacional tanto a corto como a medio y largo plazo, en pro de su desarrollo y fortalecimiento» (véase la página web: [www.fundaciones.org](http://www.fundaciones.org)).

Según el artículo 5.1 de los referidos Estatutos y el sitio de Internet citado, la Asociación referida tiene tres fines principales:

- 1) La representación y la defensa de los intereses de todas las fundaciones españolas, ante las Administraciones públicas y otras instancias y organismos, públicos o privados, tanto en España como fuera de ella.
- 2) La prestación de servicios a las entidades asociadas que faciliten y mejoren su gestión, promoviendo su profesionalización y el mejor cumplimiento de sus fines en beneficio del conjunto de la sociedad.
- 3) La articulación y el fortalecimiento del sector fundacional mediante la promoción del conocimiento mutuo y la colaboración, que permiten la creación de redes, tanto territoriales

En su acto de constitución se decidió que el Consejo tendría los siguientes objetivos básicos:

- 1) La articulación y el fortalecimiento del sector fundacional en Extremadura.
- 2) El fomento de las relaciones con la Administración Autónoma.
- 3) La promoción del contacto y de la colaboración entre las fundaciones extremeñas.
- 4) La prestación, de forma más próxima, de los servicios a las fundaciones asociadas.

El Consejo está integrado en la actualidad por las siguientes fundaciones:

- 1) Fundación Academia Europea de Yuste.
- 2) Fundación Alda.
- 3) Fundación Caja de Badajoz.
- 4) Fundación Caja de Extremadura.
- 5) Fundación Centro de Cirugía de Mínima Invasión.

---

(Consejos Autonómicos), como sectoriales (Grupos Sectoriales). En este contexto, se enmarca, naturalmente, el Consejo Autonómico de Fundaciones de Extremadura.

Para el logro de sus recién citados fines, la AEF podrá desarrollar, entre otras, las siguientes actividades: «a) Participar en procesos legislativos y reglamentarios; b) Proponer modificaciones normativas o la aprobación de nuevas disposiciones; c) Mantener la interlocución con instituciones públicas y privadas, nacionales e internacionales; d) Participar en otras entidades o redes nacionales e internacionales; e) Ofrecer asesoría jurídica, fiscal y contable a las fundaciones asociadas, así como apoyar a las fundaciones en proceso de constitución que lo requieran; f) Desarrollar actividades formativas para los patronos, los directivos y el personal de las fundaciones; g) Realizar, promover y colaborar en investigaciones y estudios sobre el sector fundacional y difundir sus resultados; h) Mantener un servicio de documentación; i) Editar publicaciones y colaborar en las de otras entidades; j) Difundir información de interés para el sector por todos los medios y soportes; k) Fomentar el debate y la reflexión sobre temas relacionados con las fundaciones; l) Organizar o participar en encuentros, seminarios, mesas redondas, coloquios y demás reuniones de ámbito nacional e internacional; m) Promover grupos de trabajo; n) Realizar cuantas actividades económicas sean necesarias para la consecución de sus fines; o) Llevar a cabo otras actuaciones conexas, afines o complementarias con las anteriores» (art. 5.2 de los Estatutos).

La AEF cuenta, para la realización de estos fines, con los siguientes órganos de gobierno (art. 11 de los Estatutos):

- A) Órgano de gobierno: Asamblea General, que es el máximo órgano decisorio, y que está compuesta por todos los socios.
- B) Órganos de representación y gestión: a) Junta Directiva; b) Comité Ejecutivo, y c) Director General.
- C) Órganos consultivos: a) Consejo de Patronos, y b) Consejo Asesor.

- 6) Fundación Centro Nacional de Referencia de Aplicación de las Tecnologías de la Información y la Comunicación basadas en Fuentes Abiertas (CENATIC).
- 7) Fundación Centro Tecnológico Industrial de Extremadura (CETIEX).
- 8) Fundación Ciencias de la Documentación.
- 9) Fundación Ciudadanía.
- 10) Fundación Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Cáceres.
- 11) Fundación Concha.
- 12) Fundación de Hermanos para la Igualdad y la Inclusión Social.
- 13) Fundación del Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Cáceres (FUMECA).
- 14) Fundación Enel Unión Fenosa para el Desarrollo Sostenible de Extremadura.
- 15) Fundación Helga de Alvear.
- 16) Fundación Hija de Pepe Reyes, Dolores Bas de Arús.
- 17) Fundación Hospital de San Antonio.
- 18) Fundación Igualdad Ciudadana (FIC).
- 19) Fundación Jóvenes y Deporte.
- 20) Fundación Laboral de la Construcción (Delegación Badajoz).
- 21) Fundación Magdalena Moriche.
- 22) Fundación Maimona.
- 23) Fundación Mercedes Calles y Carlos Ballesteros.
- 24) Fundación Obra Pía de los Pizarro.
- 25) Fundación para el Desarrollo de la Ciencia y la Tecnología en Extremadura (FUNDECYT).
- 26) Fundación Parque Científico y Tecnológico de Extremadura.
- 27) Fundación PROCONDAL.
- 28) Fundación PROES.
- 29) Fundación San Benito de Alcántara.
- 30) Fundación San José de Villafranca de los Barros.

- 31) Fundación Universidad-Sociedad de la Universidad de Extremadura.
- 32) Fundación Xavier de Salas.

Existe un Comité de Coordinación, de mandato bienal, que se encarga del día a día de las actividades del Consejo. Este Comité está integrado en el momento presente por las fundaciones siguientes:

- 1) Fundación Academia Europea de Yuste.
- 2) Fundación Ciencias de la Documentación.
- 3) Fundación Ciudadanía.
- 4) Fundación Hospital de San Antonio.
- 5) Fundación Maimona.
- 6) Fundación para el Desarrollo de la Ciencia y la Tecnología en Extremadura (FUNDECYT).

### **III. La jurisprudencia sobre fundaciones emanada de los órganos judiciales radicados en Extremadura**

La jurisprudencia analizada se contiene en tres resoluciones judiciales: A) La Sentencia núm. 180/2005, de 10 de mayo, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cáceres; B) la Sentencia núm. 441/2005, de 2 de diciembre, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Badajoz; y C) la Sentencia núm. 635/2008, de 2 de diciembre, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura. Estudiemos estas tres resoluciones judiciales con algún detenimiento.

A) La Sentencia núm. 180/2005, de 10 de mayo, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cáceres (Ponente: Juan Bote Saavedra), por la que se desestima el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia núm. 70/2005, de 14 de febrero, dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Plasencia.

En el recurso de apelación resuelto se enfrentan como parte apelante una serie de particulares y como parte apelada una fundación, sosteniendo la parte actora la nulidad de la constitución de una fundación en base a, en lo que aquí interesa, tres motivos:

a) El primer motivo, se refiere a que los fines de la Fundación no son ajustados al objetivo social exigido por la Ley de Fundaciones y la Constitución. El Tribunal de apelación razona la inconsistencia de este motivo en su FJ 3.º. Veamos su razonamiento a continuación.

El órgano judicial, para analizar este motivo, y tras reproducir cuáles son los fines de la Fundación <sup>3</sup>, efectúa dos apreciaciones iniciales: primera, que el artículo 34 CE «reconoce el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la Ley», y que, asimismo, el artículo 2 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones, que es la que estaba vigente cuando se constituyó la fundación que nos ocupa, establecía «los posibles fines de las fundaciones, todos ellos de interés general, como científicos, fomento de la economía o de la investigación, o cualesquiera otros de naturaleza análoga»; segunda, que «una vez constituida la Fundación en el testamento del fundador, se procedió a constituir la legalmente, y tras la tramitación pertinente se procedió a su inscripción, que tuvo lugar por Resolución de la Dirección General de Administración Local, de fecha 10 de septiembre de 2001, siendo clasificada como “Cultural” y quedando inscrita en el Registro de Fundaciones de la Comunidad Autónoma».

Realizadas estas consideraciones, concluye el órgano juzgador que:

«Como bien se dice en la Sentencia de instancia, es evidente que los fines de la Fundación son de interés general, de carácter cultural, concretamente, la concesión de premios a la investigación histórica, premios a la investigación etnográfica y certamen de pintura, sin perjuicio de convocar otros premios sobre otras materias que los Patronos estimen convenientes, y dichos fines se ajustan plenamente al objetivo social exigido por la Ley de Fundaciones, como así se viene a reconocer por los propios apelantes. Lo que sucede es que posteriormente, los pone en relación con la voluntad del fundador manifestada en el testamento, para decir que está enmascarando las

---

<sup>3</sup> Recuerda la Sentencia comentada que los fines de la Fundación aparecían inicialmente en el artículo 2 de sus Estatutos, según el cual «la Fundación tiene por objeto la dotación de premios a la investigación de cualquier materia relacionada con el ámbito geográfico» predeterminado en dicho precepto, añadiendo que «con preferencia se premiarán los trabajos e investigaciones que traten de asuntos que se refieran a estudios, publicaciones y descubrimientos realizados por el fundador...», y que «La Fundación colaborará eficazmente con la posible constitución y la organización de la festividad que se llamará “Día del acercamiento Judeo-Cristiano”, por ser el pueblo judío el primero que se asentó en esos límites territoriales».

Estos fines originarios fueron modificados por escritura pública de 13 de julio de 2001, recogiendo a partir de este momento los siguientes: «La concesión de premios, concretamente premios a la investigación histórica, premios a la investigación etnográfica y certamen de pintura, sin perjuicio de convocar otros premios sobre otras materias que los Patronos estimen convenientes. Los trabajos que opten a los premios referenciados, deberán versar o estar relacionados con las comarcas comprendidas en el ámbito de actuación de la Fundación. Finalmente se dice que la Fundación colaborará eficazmente con la posible constitución y organización de la actividad del Día del Acercamiento Judeo-Cristiano, previo consentimiento de las autoridades religiosas».

verdaderas órdenes del fundador, planteando una cuestión nueva [en fase de recurso], como hemos dicho anteriormente, lo que no permite la naturaleza del recurso de apelación.

En absoluto existe falta de motivación en la Sentencia recurrida, cuando afirma que los fines encajan dentro del interés general, pues para ello compara los fines exigidos en la Ley y los plasmados en los Estatutos, sin necesidad de mayor motivación, pues resulta evidente que la concesión de premios a la investigación histórica, premios a la investigación etnográfica y certamen de pintura, sin perjuicio de convocar otros premios sobre otras materias, responden a fines de intereses generales».

b) El segundo alegato de la parte recurrente consiste en sostener que los fines de la Fundación son insultantes, discriminatorios, racistas o xenófobos. Este motivo es terminantemente rechazado por la Sentencia de apelación en su FJ 4.º. Veamos, seguidamente, el razonamiento del órgano judicial.

La referida resolución judicial, partiendo del análisis de los fines de la fundación ya detallados con anterioridad en la propia Sentencia, considera que «en absoluto» puede extraerse la conclusión que pretende la parte apelante,

«pues insistimos, el fin central es la dotación de premios de investigación, y en absoluto se puede afirmar que la Fundación potencie el insulto, la segregación y el odio, como al final se reconoce en el recurso, cuando se dice que, los Estatutos no lo declaran fehacientemente.

En el motivo cuarto se reconoce que el premio a la investigación es el único fin recogido en los Estatutos, si bien se añade que el fundador en su testamento hace referencia a la fiesta del acercamiento judío cristiano, si ello fuera posible, que al parecer no lo ha sido, pero ello en nada afecta a la legalidad de la Fundación, como tampoco se puede considerar que la fundación sólo tenga en cuenta el propio boato del fundador, cuando dice en el testamento que se cumplan sus voluntades, entre las que se encuentra la constitución de la Fundación».

c) El tercer motivo, relativo a que la fundación carece de medios económicos suficientes para subsistir en el tiempo, así como al hecho de que la fundación no habría realizado ninguna actividad, es igualmente rechazado por la Sentencia comentada en su FJ 5.º

En este orden de ideas, la referida resolución judicial estima, en primer término, que el motivo de nulidad referido a la insuficiencia del patrimonio fundacional alegado por la parte apelante —quien además precisa «que se liquidará en el plazo máximo de diez años»—, no puede aceptarse, dado que

«en la escritura pública de constitución consta el patrimonio fundacional que a dicha fecha era de 312.526,29 €, cantidad más que suficiente para cumplir los fines que le son propios, y aunque el patrimonio se concrete a los bienes adjudicados una vez deducida la legítima estricta y el tercio de mejora, el patrimonio sería de 34.704,81 €, 243 títulos de telefónica, dos fincas, y otro saldo por importe de 77.041,16 €, que también se estima suficiente para el cumplimiento de los fines, y además, como se dice en la Sentencia recurrida, el Protectorado ejercido por la Junta de Extremadura en ningún momento ha estimado insuficiente la dotación para el cumplimiento de sus fines, y si bien es cierto que tampoco existe resolución que diga lo contrario, corresponde a los apelantes acreditar la insuficiencia de la dotación, y dicha prueba no ha tenido lugar. Es más, como no se especifica el importe de los premios, el número de los que se puedan conceder dependerá de esta cuantía, más que del patrimonio de la Fundación».

El Tribunal de apelación rechaza, asimismo, y en segundo término, el alegato de que la fundación no haya realizado ninguna actividad, indicando que,

«pues además de que ello no es causa de nulidad de la Fundación, es lo cierto que examinadas las numerosas actas levantadas por sus miembros sí ha tenido actividad, lo que sucede es que nada más nacer se vio inmersa en un proceso judicial, cuyo resultado era necesario conocer antes de iniciar las funciones que le son propias».

B) La Sentencia núm. 441/2005, de 2 de diciembre, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Badajoz (Ponente: Fernando Paumard Collado), por la que se estima el recurso de apelación deducido contra la Sentencia núm. 124/2005, de 7 de junio, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Jerez de los Caballeros.

La Sentencia de primera instancia apelada desestimó en su fallo la demanda formulada por la representación de la Junta de Extremadura frente a un particular (que era el Patrono único de una concreta Fundación) denegando la solicitud de la Administración autonómica de que se le concediese la correspondiente autorización judicial para el otorgamiento de escritura pública, con aprobación de los Estatutos de una Fundación, así como para el nombramiento de los Patronos.

Esta resolución fue revocada en apelación al estimar parcialmente la Audiencia Provincial de Badajoz el recurso interpuesto por el Letrado de la Junta de Extremadura, como parte apelante, «en el sentido de otorgar autorización judicial para el otorgamiento de escritura pública, con aprobación de los Estatutos de la Fundación [en cuestión], que serán los del proyecto elaborado por el Protectorado (Dirección General de Protección Civil, Interior y Espectácu-

los Públicos, de la Junta de Extremadura), con las modificaciones apuntadas por [el hasta entonces Patrono único —que actúa como parte apelada—], en su escrito del 27-5-2005, dirigido al Protectorado, sobre composición del Patronato Colectivo y sobre referencia al “espíritu cristiano” que ha de regir la Fundación».

Para llegar a esta parte dispositiva la Sentencia de apelación sigue el siguiente razonamiento:

a) El conflicto jurídico tiene su origen remoto en la cláusula cuarta del testamento de una Duquesa otorgado el 24 de mayo de 1949 donde se prevé la constitución de una fundación que destine una Dehesa en Valencia del Mombuey (Badajoz) «como una dependencia de la Inclusa de Madrid, pero independientemente de la citada Inclusa, para niños abandonados y que haya una parte del edificio para que se les dé un medio de ganarse la vida». Además, «su casa en la calle de Morón de dicho pueblo, se dedicará a residencia de ancianos desvalidos y sin refugio, atendiendo el Patronato a la subsistencia de los mismos con la renta» de la Dehesa. En el testamento se prevé también la existencia de un patronato vinculado a los herederos de un determinado marquesado, velando el patronato por «la vigilancia, la administración y la marcha honrada, cristiana y caritativa de la Fundación» (FJ 1.º).

b) A partir de estos datos, el Tribunal de apelación hace una triple constatación sobre las vicisitudes de la fundación: 1) En la cláusula testamentaria parcialmente referida «no se contempla el régimen de funcionamiento de la Fundación, ni de sus órganos de gobierno, limitándose la testadora a establecer su voluntad de crear una Fundación y a disponer los bienes y derechos de la dotación, bien es cierto [, no obstante,] que se nombra un Patronato único vinculado a quien ostente en cada momento el Marquesado» meritado; 2) la circunstancia de que en el testamento «no se estipulaba nada acerca del régimen de funcionamiento de la propia Fundación y de sus órganos de gobierno, la revela el [hecho de] que, en la propia Orden del Ministerio de la Gobernación de 26 de julio de 1963, que clasificó la dicha Fundación como benéfico-particular, se expresa que, pese al tiempo transcurrido desde el fallecimiento de la Sra. Duquesa (...), que tuvo lugar el 11 de julio de 1958, aún no se había constituido la Fundación, ni se había regularizado la constitución del Patronato. Es más, en el propio documento público de protocolización notarial de las operaciones de inventario, valoración, liquidación, división y adjudicación de la herencia de la Sra. Duquesa, de fecha 23-7-1959, los propios intervinientes (esto es, los Albaceas contadores-partidores y los herederos testamentarios) hablan expresamente de “la fundación que habrá de constituirse en cumplimiento de la voluntad de la

serenísima señora causante”, de “... la fundación que ha de establecerse”, no obstante lo cual, no consta que se hubiera cumplido, por aquéllos, el encargo recibido de la testadora»; 3) «[...] no es menos cierto que rigiéndose, actualmente, las fundaciones por la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, se observa que la Fundación [en cuestión] no ha adaptado sus Estatutos, a la nueva legislación, en el plazo que concedía la Disposición Transitoria Primera.1 de la Ley 50/2002, porque carecía de Estatutos rigiéndose, hasta el presente, de forma interina» (FJ 1.º).

c) Partiendo de estas circunstancias en las que queda claro que el testamento de la fundadora no recogía normas sobre el funcionamiento del Patronato y de que el actual Patrono «reconoce la necesidad y conveniencia del otorgamiento de tales Estatutos; necesidad y conveniencia que, como no puede ignorarse, obedece a la indudable utilidad pública de la Fundación y de sus fines fundacionales, como afectantes al interés general», las discrepancias entre el Patrono y el Protectorado se circunscriben a dos cuestiones: 1) el absoluto rechazo del Protectorado a que los Estatutos hagan mención del «espíritu cristiano» de la Fundación, y 2) la composición del Patronato (FJ 2.º). Veamos el pronunciamiento del Tribunal de apelación sobre ambas cuestiones de manera sucesiva.

d) En relación con la discrepancia entre el hasta entonces Patrono único (el heredero del marquesado designado por la testadora) y el Protectorado (Dirección General de Protección Civil, Interior y Espectáculos Públicos, de la Junta de Extremadura), referida a la posición de la Administración (Protectorado) contraria a que los Estatutos hagan mención al «espíritu cristiano» de la Fundación, la Sentencia de apelación da la razón al apelado (Patrono) «cuando indica que la referencia al “espíritu cristiano” aparecía recogida expresamente en el testamento, como expresión de la voluntad de la fundadora. En efecto, en el testamento se habla de que la Fundación se administre de manera honrada, y cristianamente, lo que puede equivaler a poner la Fundación bajo la advocación de la Iglesia de Cristo, es decir, una Fundación, no laica, ni agnóstica, sino de fe cristiana, y ello, obviamente, habrá de reflejarse en los Estatutos, como, por ejemplo, mediante la integración, dentro del Patronato colectivo, como sugiere el apelado (...), de un representante del Arzobispado de Mérida-Badajoz» (FJ 3.º).

e) Sobre la composición del Patronato, la Sentencia de apelación acepta también la tesis del apelado (esto es, del Patrono), indicando esta resolución judicial que el Patrono, «en la comunicación remitida, en fecha 27/5/05, al Protectorado, pronunciándose sobre el proyecto de Estatutos, propuso que fueran 7 patronos en lugar de 8 y propuso que, dentro del Patronato, no estuvieran in-

cluidos, los dos concejales de que habla el Proyecto de Estatutos del Protectorado. Tal composición, propuesta por el Sr. Marqués [esto es, el hasta entonces Patrono único], se considera más adecuada y ajustada para la correcta gestión y marcha de la Fundación, que la propuesta por el Protectorado» (FJ 3.º).

C) La Sentencia núm. 635/2008, de 2 de diciembre, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura (Ponente: Alicia Cano Murillo), por la que se desestima el recurso de suplicación contra la Sentencia de 20 de octubre de 2008, del Juzgado de lo Social núm. 1 de Cáceres.

La referida Sentencia de 20 de octubre de 2008, del Juzgado de lo Social núm. 1 de Cáceres, declaró improcedente el despido disciplinario de un trabajador que prestaba sus servicios para la «Asociación de Familiares y Personas con Enfermedad Mental de Cáceres», cuyos fines, según consta en el artículo 7 de sus Estatutos, se centran esencialmente en la defensa de los derechos de los enfermos mentales y de sus familiares en pro de la mejora de su calidad de vida.

Por su parte, el trabajador despedido improcedentemente, al mismo tiempo que trabajaba para la meritada Asociación, según se declara probado en la Sentencia del Juzgado, «se integró en la “Fundación Igualdad Ciudadana” con el cargo de Director Gerente. Se trataba de una colaboración no remunerada. Entre los objetivos de la Fundación están, amén de la atención de colectivos más vulnerables, como el de los enfermos mentales, la de otros especialmente desprotegidos como las mujeres, emigrantes, niños y discapacitados (...). Al tiempo de ser despedido, el actor tenía diversos impresos de la Fundación Igualdad Ciudadana en la sede de la demandada. La Fundación tiene su domicilio en el particular del actor».

La Asociación recurrió en suplicación la resolución del Juzgado de lo Social, siendo desestimado dicho recurso por la indicada Sentencia núm. 635/2008, de 2 de diciembre, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura. Entre los motivos en los que se basa el recurso de suplicación se encuentra el siguiente: la Asociación recurrente denuncia «la infracción de los artículos 54.2.d) en relación con el artículo 21.1, ambos del Estatuto de los Trabajadores, estableciendo el primero como causa justa de despido, por incumplimiento contractual grave y culpable, “la transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo”, y, el segundo, “No podrá efectuarse la prestación laboral de un trabajador para diversos empresarios cuando se estime concurrencia desleal...”».

En respuesta a este motivo, el Tribunal Superior de Justicia efectúa, en lo que aquí interesa, las siguientes consideraciones:

a) En primer lugar, la Sala de lo Social hace suyos los razonamientos de la Sentencia de instancia indicando, literalmente, que «el demandante [esto es, el trabajador despedido] constante la relación, esta sí, laboral, con la demandada [es decir, la Asociación para la que trabajaba], que se dedica a la defensa de los derechos de los enfermos mentales y de sus familiares en pro de la mejora de su calidad de vida, y previa consulta, no resuelta, pero tampoco prohibida, con los responsables de la Asociación demandada, el demandante se implica con la Fundación Igualdad Ciudadana, integrándose con el cargo de Director Gerente, colaborando gratuitamente, colaboración no remunerada, Fundación que entre sus objetivos están amén de la atención de colectivos más vulnerables como el de los enfermos mentales, la de otros especialmente desprotegidos como las mujeres, emigrantes, niños y discapacitados (hechos probados segundo y sexto). Del propio modo consta que entre los efectos personales del actor en su puesto de trabajo estaban impresos de la Fundación Igualdad Ciudadana, sin que desde luego quede acreditado que se dedicara en su jornada laboral a realizar trabajos para la misma, u otro tipo de actividades, que, por ejemplo, hicieran incumplir sus obligaciones para con su empleador» (FD 3.º).

b) En segundo lugar, el Tribunal Superior recuerda su doctrina y la del Tribunal Supremo en relación con la cuestión relativa a cuándo puede considerarse que existe una «conurrencia del trabajador en la misma actividad que su empresa como transgresión de la buena fe contractual y [constituye], por tanto, causa de despido disciplinario», indicando, en lo que a nosotros atañe, que «para la existencia de la competencia desleal es necesario que concurren tres elementos: 1.º la existencia por parte del trabajador de una actividad económica en satisfacción de su propio interés y en competencia con la de la empresa por desarrollarse ambas dentro del mismo ámbito mercantil; 2.º la utilización de la experiencia y perfeccionamiento profesional adquiridos en la empresa en beneficio propio; y 3.º que tal utilización redunde en demérito o perjuicio para los intereses de dicha empresa» (FD 3.º).

c) En tercer lugar, y aplicando esta doctrina al caso concreto enjuiciado, la Sentencia de suplicación concluye afirmando que:

«[...] la actividad que de forma gratuita realiza el actor en la ya indicada Fundación, cuyo objeto sólo de forma mínima coincide con la de la demandada, tal y como hemos dejado expuesto, pudiendo arrebatarse “clientes”, haciéndole “competencia”, o que suponga una actividad económica o profesional en satisfacción de su propio interés, no es posible imaginar[la] como constitutiva de concurrencia desleal, pues competir en hacer bien al prójimo o proteger a personas especialmente necesitadas, no parece que encaje en tal concepto, aún cuando no haya mediado autorización, no quedando del propio modo constancia de que el actor se haya beneficiado en forma alguna de

los medios de su empleadora, ni de que los haya utilizado en provecho de la Fundación, en la que no olvidemos, colabora de forma gratuita. Como razona el Magistrado de instancia, en este sentido, el desiderátum a formular sería que todos “compitiéramos” en la tarea de intentar mejorar, “gratuitamente”, la situación de los colectivos menos favorecidos a la que se dirige la Fundación, teniendo en cuenta que, según el recurrente, la actividad que desarrolla el actor supone concurrencia desleal para con la demandada» (FD 3.º).



# El derecho de fundaciones en Galicia: los nuevos cambios normativos (\*)

A. Javier Ferreira Fernández

Profesor Titular de Derecho Administrativo  
Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.—II. LA NORMATIVA DE DESARROLLO DE LA LFIG: LA NECESIDAD Y CONVENIENCIA DE LA REFORMA.—III. EL DECRETO 14/2009, DE 21 DE ENERO, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE FUNDACIONES DE INTERÉS GALLEGO: 1. *Fundamento de su aprobación*. 2. *Principales novedades del Decreto 14/2009, de 21 de enero, respecto de la regulación precedente*.—IV. EL DECRETO 15/2009, DE 21 DE ENERO, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DEL REGISTRO DE FUNDACIONES DE INTERÉS GALLEGO: 1. *Fundamento de su aprobación*. 2. *Principales novedades del Decreto 15/2009, de 21 de enero, respecto de la regulación precedente*.

## I. Consideraciones preliminares

El presente estudio, en la línea del estudio previo publicado en la primera edición del Anuario de Derecho de Fundaciones (año 2009) <sup>1</sup>, pretende analizar los últimos cambios normativos producidos en el ámbito del ordenamiento autonómico gallego en materia de fundaciones, sirviendo, en consecuencia, de complemento necesario de aquél.

En aquella primera edición el análisis se centraba en el estudio del nuevo régimen legal vigente en Galicia tras la aprobación, por el Parlamento gallego, de la Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de fundaciones de interés gallego (en adelante LFIG), norma que vino a sustituir, tras más de veintitrés años de vigencia, a la Ley 7/1983, de 22 de junio, de régimen de las fundaciones de interés gallego. Como ya se puso de manifiesto, el desarrollo reglamentario de la LFIG, abordado a través de los Decretos de la Xunta de Galicia 14/2009 y

---

(\*) El presente trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación de la Xunta de Galicia «A colaboración público-privada na xestión dos servizos públicos: unha oportunidade ante a crise económica en Galicia» (INCITE202174PR).

<sup>1</sup> «Las fundaciones de interés gallego», J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, L. MIGUEZ MACHO, M. ALMEIDA CERREDA, *Anuario de Derecho de Fundaciones 2009*, Iustel, Madrid, pp. 399-436.

15/2009, ambos de fecha 21 de enero, estaba, en el momento de su redacción, pendiente de entrar en vigor, por lo que su análisis pormenorizado se ha relegado a un momento posterior con la finalidad de aprovechar, al menos, la experiencia generada durante su primer año de aplicación.

En estas páginas se pretende profundizar en las novedades que se han producido en el Derecho gallego de fundaciones, prestando para ello especial atención a la normativa de desarrollo de la LFIG, en particular, a los Decretos 14 y 15 del año 2009, por los que se aprueban, respectivamente, el Reglamento de fundaciones de interés gallego y el Reglamento del Registro de fundaciones de interés gallego, normas ambas que vienen a sustituir al Decreto 248/1992, de 18 de junio, por el que se aprobó, en su día, el Reglamento de organización y funcionamiento del Protectorado de las fundaciones de interés gallego.

## **II. La normativa de desarrollo de la LFIG: la necesidad y conveniencia de la reforma**

Como ya se advertía en la anterior edición de este Anuario <sup>2</sup>, la reforma de la Ley 7/1983, de 22 de junio, de régimen de las fundaciones de interés gallego, resultaba necesaria por tres importantes motivos: 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 <sup>3</sup>. 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. En tercer y último lugar, por la dispersión de la regulación existente en la materia, fruto de las sucesivas revisiones normativas contenidas en diferentes textos legales <sup>4</sup> y debidas, fundamentalmente, a la proliferación de la figura de las fundaciones integrantes del sector público.

---

<sup>2</sup> «Las fundaciones de interés gallego», J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, L. MIGUEZ MACHO, M. ALMEIDA CERREDA, *Anuario de Derecho de Fundaciones 2009*, Iustel, Madrid, p. 400.

<sup>3</sup> En el ámbito de la atención social a la discapacidad y a los menores en situación de riesgo o desamparo, la iniciativa privada y sin finalidad lucrativa asume las responsabilidades de gestión de la práctica totalidad de equipamientos, servicios y programas existentes en este ámbito en la Comunidad Autónoma de Galicia.

<sup>4</sup> La regulación contenida en la Ley 7/1983, de 22 de junio, modificada por la 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, posteriormente modificada por la Ley 14/2004, de 29 de diciembre, que también introdujo determinadas previsiones relativas a las fundaciones integrantes del sector público en el vigente Texto Refundi-

En coherencia con la modernización y mejora del marco legal regulador de las fundaciones de interés gallego, se hacía igualmente precisa la sustitución del Decreto 248/1992, de 18 de junio, por el que se aprobó el Reglamento de Organización y funcionamiento del Protectorado de las fundaciones de interés gallego, todavía vigente tras la aprobación de la Ley 12/2006, de 1 de diciembre (LFIG), en todos aquellos aspectos que no resultasen contradictorios u opuestos a lo establecido en ésta <sup>5</sup>.

El referido Decreto 248/1992, de 18 de junio, desarrollaba y concretaba, tal y como establecía su Exposición de Motivos, determinados conceptos que en la propia Ley aparecen enunciados genéricamente, como el propio concepto de fundación de interés gallego <sup>6</sup>, así como los aspectos relativos a su régimen jurídico: régimen de constitución, de gobierno y de gestión económica. Igualmente, la citada norma abordaba la regulación del Protectorado de las fundaciones de interés gallego y, de forma excesivamente parca, la regulación del Registro de fundaciones de interés gallego.

Así, entre las principales razones justificativas del cambio normativo, cabe resaltar las siguientes:

— La insuficiente regulación del Registro de fundaciones de interés gallego, a la que el Decreto 248/1992, de 18 de junio, dedicaba, únicamente, cinco preceptos (arts. 33 a 37). Se trata de una materia de especial importancia en el derecho fundacional, por cuanto las fundaciones de interés gallego adquirirán personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública de su constitución en el citado Registro (art. 5 de la LFIG), por lo que merece una especial atención.

— La necesidad de superar la confusión normativa existente entre el Protectorado (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 <sup>7</sup>) y el Registro de fundaciones de interés gallego.

---

do de la Ley de Régimen Financiero y Presupuestario de Galicia, aprobado por el Decreto Legislativo 1/1999, de 7 de octubre.

<sup>5</sup> *Vid.* disposición derogatoria única de la LFIG.

<sup>6</sup> En su definición, la Ley 7/1983, de 22 de junio, sentaba el criterio alternativo del domicilio fundacional o del desarrollo principal de las actividades fundacionales en Galicia, precisando la citada norma reglamentaria este último concepto, así como aquellas fundaciones que, sin tener la condición de interés gallego en los términos legales expuestos, tengan por objeto la consecución de fines de interés para Galicia.

<sup>7</sup> Artículo 47 de la LFIG.

— La superación, asimismo, del excesivo intervencionismo en el funcionamiento interno de las fundaciones. El artículo 13 del Decreto 248/1992, de 18 de junio, regulaba el quórum para la válida constitución de las reuniones del patronato (sin diferenciar el quórum exigido para la primera y segunda convocatorias) y el régimen de mayorías requeridas para la adopción de acuerdos en su seno; cuestiones ambas que, más allá de las concretas previsiones legales, especialmente las relativas a las mayorías reforzadas exigidas para la adopción de determinados acuerdos, deberían relegarse a las normas estatutarias. A estos efectos, el artículo 15 de la LFIG establece ya que el patronato adoptará sus acuerdos por mayoría en los términos establecidos en los estatutos.

— La eliminación de muchas de las limitaciones impuestas en determinados aspectos de la gestión económica de las fundaciones; entre ellas, la exigencia de preceptiva autorización del Protectorado para la inversión en obras extraordinarias de conservación y reparación de los inmuebles de la fundación<sup>8</sup>, las limitaciones a las operaciones de crédito<sup>9</sup> o las impuestas a la prestación de servicios de carácter remunerado por las fundaciones<sup>10</sup>.

En definitiva, la reforma ha venido determinada por la necesidad de adaptación de las previsiones contenidas en el Decreto 248/1992, de 18 de junio, al nuevo marco legal vigente (LFIG), que impone una nueva filosofía de actuación en el ámbito fundacional inspirada en los principios de flexibilidad y autonomía y de menor intervención; principios acordes, en todo caso, con la realidad actual, así como la mejora sistemática de los textos normativos.

### **III. El Decreto 14/2009, de 21 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de interés gallego**

#### **1. Fundamento de su aprobación**

La Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de fundaciones de interés gallego (LFIG), en su disposición final primera, autoriza a la Xunta de Galicia para dictar las disposiciones necesarias para su desarrollo.

Al amparo de la citada previsión legal y de conformidad con sus principios inspiradores (mayor flexibilidad y autonomía acordes con la realidad actual del fenómeno fundacional), el Reglamento que se aprueba mediante el Decre-

---

<sup>8</sup> Artículo 18.2 del Decreto 248/1992, de 18 de junio, que calificaba como tales aquellas obras cuyo coste excediese del 10% del valor activo de la fundación.

<sup>9</sup> Artículo 22 del Decreto 248/1992, de 18 de junio.

<sup>10</sup> Artículo 21.2 del Decreto 248/1992, de 18 de junio.

to 14/2009, de 21 de enero (en vigor desde el 1 de septiembre de 2009, *ex* disposición final segunda), desarrollará determinados aspectos del régimen de las fundaciones de interés gallego sustituyendo <sup>11</sup>, a excepción de los preceptos relativos a la regulación del Registro de Fundaciones de Interés Gallego <sup>12</sup>, 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.

Como se acaba de decir, el Reglamento supone una profundización en los mandatos de modernización y mejora del marco jurídico regulador de la realidad fundacional gallega, con el objeto de: dotar de más autonomía de gestión a las fundaciones, correlativamente a la mayor responsabilidad en la realización de fines de interés general y al régimen de responsabilidad de patronos y gestores; potenciar la transparencia y publicidad de la realidad fundacional gallega, la promoción del buen gobierno fundacional y la difusión de buenas prácticas en la gestión de las fundaciones de interés gallego; y, por último, pero no menos importante, impulsar la mejora de la calidad de la actuación de la Xunta de Galicia en relación con las fundaciones de interés gallego.

## **2. Principales novedades del Decreto 14/2009, de 21 de enero, respecto de la regulación precedente**

El Decreto 14/2009, de 21 de enero, consta de un único precepto por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de interés gallego, una disposición transitoria, relativa al régimen de tramitación de los procedimientos en curso, una disposición derogatoria y dos disposiciones finales.

Como se ha señalado en el apartado precedente, la nueva norma no deroga íntegramente el contenido del 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. La disposición derogatoria única mantiene expresamente la vigencia de los artículos 33 a 37, reguladores del Registro de Fundaciones de Interés Gallego, optándose, en este caso, por dotar de sustantividad propia a la regulación de la citada institución.

El Reglamento aprobado contiene un total de 86 artículos distribuidos en un total de nueve Capítulos.

---

<sup>11</sup> *Vid.* disposición derogatoria única.

<sup>12</sup> Como ya se ha advertido en el apartado II del presente estudio, la reforma de la normativa reglamentaria reguladora del Registro de Fundaciones de Interés Gallego se ha materializado a través de la aprobación del Decreto 15/2009, de 21 de enero.

El Capítulo Primero contiene las disposiciones generales relativas al objeto, ámbito de aplicación y concepto y fines de las fundaciones de interés gallego, complementando en este punto las disposiciones contenidas en el Capítulo Primero de la LFIG. Así, el Reglamento resultará de aplicación a las fundaciones declaradas de interés gallego conforme a lo dispuesto en la LFIG, a las fundaciones del sector público de Galicia y a las delegaciones de las fundaciones extranjeras que ejerzan principalmente y de modo estable sus actividades en el territorio de la Comunidad Autónoma.

En los términos establecidos en el artículo 2 de la LFIG, tendrán la consideración de fundaciones de interés gallego aquellas organizaciones que, constituidas sin fin de lucro, tengan afectado de modo duradero su patrimonio, por voluntad de sus creadores, a la realización de fines de interés general<sup>13</sup> para Galicia y desarrollen principalmente sus actividades y tengan su domicilio en el territorio de la Comunidad Autónoma.

El Capítulo Primero del Reglamento completa igualmente las disposiciones contenidas en el artículo 6 de la LFIG respecto de la denominación de las fundaciones de interés gallego, precisando qué ha de entenderse, a estos efectos, por denominación coincidente con la de otra fundación preexistente. Finalmente, el artículo 6 del Reglamento contiene los requisitos que habrán de observar las fundaciones extranjeras para acceder al Registro de Fundaciones de Interés Gallego.

El Capítulo Segundo regula tres importantes aspectos del régimen de constitución de las fundaciones de interés gallego: la dotación fundacional, la tasación de las aportaciones a la dotación y la posibilidad de constitución de una fundación por otra fundación.

Los artículos 7 y 8 del Reglamento vienen a completar la regulación contenida en el artículo 13 de la LFIG en relación con la dotación fundacional, precisando la forma y procedimientos necesarios para su efectividad. Como novedad, el apartado cuarto del artículo 7 del Reglamento establece que en los supuestos de enajenación de bienes o derechos que formen parte de la dotación fundacional, se integrarán en ésta los bienes y/o derechos que los sustituyan, incluyendo, en su caso, las plusvalías generadas.

El artículo 9 del Reglamento regula, *ex novo*, los supuestos de constitución de una fundación por otra fundación. De conformidad con las previsiones contenidas en dicho precepto, el patronato de una fundación podrá acordar la constitución de otra fundación siempre que esté justificada su necesidad o

---

<sup>13</sup> *Vid.* artículo 4 de la LFIG.

conveniencia y la misma constituya una actuación dirigida al cumplimiento de los fines fundacionales. Tal operación requerirá, únicamente, comunicación al Protectorado.

El Capítulo Tercero regula determinados aspectos del régimen de organización y funcionamiento del órgano de gobierno de la fundación. La regulación contenida en los artículos 10 a 21 resulta plenamente respetuosa con la autonomía fundacional en la medida en que las disposiciones recogidas en los mismos tendrán carácter supletorio respecto de la regulación estatutaria (art. 10.2).

El Capítulo Cuarto desarrolla el régimen económico de las fundaciones de interés gallego, completando la regulación contenida en el mismo Capítulo Cuarto de la LFIG (arts. 26 a 30). Así, el Reglamento aborda la regulación de la composición del patrimonio fundacional, el contenido de la comunicación al Protectorado de los actos de disposición y gravamen, los efectos de la falta de comunicación y la actuación del Protectorado cuando constate la existencia de una reducción grave de los fondos propios de la fundación.

En cumplimiento de los principios de autonomía y menor intervención, inspiradores de la nueva regulación proyectada, y a diferencia de la regulación precedente, los actos de enajenación y gravamen de los bienes y derechos que formen parte de la dotación, de los bienes y derechos directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales o de aquellos bienes y/o derechos de importe superior al 20% del activo de la fundación que resulte del último balance aprobado, únicamente requerirán de comunicación al Protectorado. Esta comunicación deberá realizarse en el plazo máximo de un mes, contado desde el día siguiente a la fecha de su realización, con la finalidad de su constancia en el Registro de Fundaciones de Interés Gallego. La constatación por parte del Protectorado del incumplimiento de esta obligación de comunicación habilitará a éste para requerir del correspondiente patronato la información que considere precisa, debiendo ésta aportarse en el plazo improrrogable de diez días. El Protectorado, a la vista de las circunstancias concurrentes, resolverá sobre la procedencia de enmendar el defecto, sin perjuicio de la posibilidad de ejercer la acción de responsabilidad contra los patronos o de solicitar de la autoridad judicial su sustitución (art. 22 de la LFIG).

No obstante lo anterior, cuando el Protectorado aprecie en las cuentas generales de la fundación, durante dos ejercicios consecutivos, una reducción grave de sus fondos propios que ponga en riesgo la consecución de sus fines, podrá requerir del patronato la remisión de un informe sobre las medidas correctoras a adoptar, informe que deberá ser remitido en el plazo improroga-

ble de un mes. Recibido el informe o transcurrido el plazo para su remisión, el Protectorado podrá ejercer igualmente la acción de responsabilidad contra el o los patronos.

El Capítulo Quinto, dividido en dos secciones, regula el régimen de funcionamiento y actividad de las fundaciones de interés gallego. La sección primera complementa la regulación contenida en los artículos 31 a 35 de la LFIG, en relación con las actividades propias y las actividades económicas de las fundaciones, la publicidad de tales actividades y la participación de las fundaciones en sociedades mercantiles. Con carácter específico y por expresa determinación legal, el Reglamento contempla en este Capítulo el concepto de gastos de administración y las reglas para la aplicación de las rentas e ingresos de las fundaciones, contemplando expresamente la obligación de las fundaciones que dispongan de inversiones financieras temporales de elaborar un informe anual en relación con el grado de cumplimiento del Código de conducta aprobado por la Comisión Nacional de Mercado de Valores, el Banco de España y el Ministerio de Economía y Hacienda (arts. 29 a 31).

Finalmente, el artículo 30 contempla la forma y procedimiento de comunicación al Protectorado de la remuneración y autocontratación de los patronos.

La sección segunda desarrolla el régimen de contabilidad, auditoría y plan de actuación de las fundaciones de interés gallego precisando las cuestiones de carácter procedimental y los requisitos documentales a observar en el ejercicio de su actividad contable.

El Capítulo Sexto del Reglamento, dividido en tres secciones, completa, desde el punto de vista procedimental, las disposiciones legales relativas a la modificación estatutaria, fusión, escisión y extinción de las fundaciones de interés gallego.

Así, y de conformidad con lo previsto en el artículo 41 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. A tales efectos, la sección primera del Capítulo Sexto del Reglamento regula el procedimiento de modificación estatutaria, diferenciando el procedimiento de modificación voluntario (por instancia del patronato) del obligatorio (por instancia del protectorado).

Respecto de los procesos de fusión de fundaciones, el artículo 42 LFIG permite tal operación, siempre que no la haya prohibido el fundador, por acuerdo de los respectivos patronatos y con la conformidad del Protectorado. Por su parte, el artículo 43 de la LFIG autoriza la escisión de una fundación mediante la segregación de una parte de su patrimonio con la finalidad de creación de una nueva fundación o transmitirla a otra fundación preexistente. La sección segunda del Capítulo Sexto del Reglamento desarrolla el régimen de fusión y escisión de las fundaciones de interés gallego, diferenciando, igualmente, en el caso de la fusión, el procedimiento a observar cuando ésta se produce por iniciativa de los patronatos o por iniciativa del Protectorado <sup>14</sup>.

La sección tercera desarrolla las previsiones contenidas en los artículos 44 a 46 de la LFIG en relación con el procedimiento de extinción de las fundaciones de interés gallego, diferenciando los supuestos de extinción por expiración del plazo de constitución, por la íntegra realización de los fines fundacionales o por la imposibilidad material o jurídica para su realización y la extinción por instancia del Protectorado. Respecto de este último supuesto, el artículo 49 del Reglamento habilita al Protectorado para instar al patronato, en los casos en que medie causa de extinción, la necesidad de adopción del acuerdo de extinción en el plazo máximo de seis meses, con la advertencia de que, transcurrido dicho plazo, se instará de la autoridad judicial dicho acuerdo.

El Capítulo Séptimo del Reglamento aborda la regulación del Protectorado de las fundaciones de interés gallego. Esta nueva regulación responde a la necesidad de superar la tradicional confusión conceptual existente entre el Protectorado y el Registro de fundaciones de interés gallego, clarificando, en desarrollo de las previsiones contenidas en el artículo 48 de la LFIG, el ámbito funcional del referido órgano administrativo.

El diseño del nuevo ámbito competencial del Protectorado, ya contemplado en la LFIG, se enmarca en la filosofía del nuevo marco regulador del derecho fundacional, en su intento de responder a las necesidades de una mayor flexibilidad y autonomía de la actividad fundacional. En este sentido, y en línea con el carácter escasamente intervencionista de la nueva regulación legal,

---

<sup>14</sup> De conformidad con el artículo 45 del Decreto 14/2009, cuando el Protectorado considere que una determinada fundación resulta incapaz de conseguir sus fines, y otra fundación con fines análogos comunique su voluntad favorable a una fusión, siempre que no exista prohibición expresa del fundador, podrá cursar requerimiento al patronato solicitando que se lleve a cabo la fusión, otorgando un plazo no superior a seis meses para negociar el acuerdo de fusión. Transcurrido dicho plazo sin que se iniciase el procedimiento de fusión, o ante la oposición expresa del patronato requerido, el Protectorado podrá solicitar de la autoridad judicial que ordene la fusión.

el Protectorado desempeña un mayor número de funciones de asesoramiento y apoyo en detrimento de medidas de fiscalización, como consecuencia de 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.

En los artículos 52 a 59, el Reglamento de fundaciones de interés gallego efectúa una importante labor de concreción y agrupación de las funciones que el citado artículo 48 de la LFIG asigna al Protectorado. Así, en el ejercicio de las funciones de apoyo, impulso y asesoramiento, corresponderá al Protectorado:

— Asesorar e informar a las fundaciones en proceso de constitución sobre el régimen jurídico sustantivo aplicable (dotación, elaboración de estatutos y tramitación administrativa correspondiente), con el fin de que las personas promotoras de un proyecto de interés general lo puedan formalizar eficazmente.

— Asesorar a las fundaciones ya inscritas en relación con el régimen jurídico aplicable, económico-financiero y contable, en particular sobre los siguientes aspectos: a) normativa vigente que afecta al sector fundacional; b) funcionamiento y actuación del protectorado; c) expedientes relativos a la disposición y gravamen de bienes, autocontratación, modificación de estatutos, fusión, extinción y liquidación; d) elaboración de cuentas anuales, obligaciones formales de presentación de éstas y otros aspectos relacionados con la contabilidad; e) elaboración y presentación del plan de actuación, f) descripción de las actividades en cumplimiento de los fines que deban figurar en la memoria.

— Promover la realización de estudios sobre la viabilidad de las fundaciones, de acuerdo con éstas.

— Dar a conocer la existencia y las actividades de las fundaciones, sin perjuicio de la función de publicidad registral que corresponde al Registro de Fundaciones de Interés Gallego.

— Cooperar, para el servicio de interés general y de la sociedad civil, con las asociaciones de fundaciones o con otros entes análogos.

En relación con el proceso de constitución de las fundaciones de interés gallego, corresponde al Protectorado:

— Velar por el respeto de la legalidad en la constitución de la fundación.

— Informar, con carácter preceptivo y vinculante, sobre la idoneidad de los fines y sobre la adecuación y suficiencia de la dotación de las fundaciones en proceso de constitución.

— Otorgar, con autorización judicial previa, la escritura pública de constitución, mediante la persona que designe el Protectorado, en el supuesto de constitución de una fundación *mortis causa*.

— Ordenar el cese de 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 instasen la inscripción en el Registro de Fundaciones de Interés Gallego, y nombrar nuevos patronos, previa autorización judicial, que asumirán la obligación de inscribir la fundación en el referido Registro.

En relación con el patronato, el Protectorado:

— Ejercerá provisionalmente las funciones de patronato cuando falten, por cualquier motivo, todas las personas que lo constituyen.

— Concederá un plazo adicional, completará el número mínimo de patronos o instará la extinción de la fundación si aprecia su inviabilidad en el supuesto de que el número de patronos fuese inferior a tres.

— Designará a las personas que integrarán 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.

— Asumirá todas las atribuciones legales y estatutarias del patronato durante el tiempo que determine la resolución judicial de intervención temporal de la fundación.

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 tal efecto, deberá 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.

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 para Galicia. A estos efectos, el referido órgano administrativo deberá:

— 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.

— 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.

— Comprobar que las fundaciones actúen con criterios de imparcialidad y no discriminación en la determinación de las personas beneficiarias.

— Iniciar el expediente de comprobación de actividades, de conformidad con el procedimiento y efectos previstos en la Sección segunda del Capítulo VII del Reglamento.

En relación con la modificación, fusión, escisión y extinción de las fundaciones de interés gallego, el Protectorado deberá:

— Tener conocimiento de los acuerdos de modificación de estatutos que adopte el patronato y, en su caso, oponerse por razones de legalidad de forma motivada en el plazo máximo de tres meses, contado desde la notificación de la modificación. La resolución que declare la oposición tendrá carácter vinculante.

— Tener conocimiento de los acuerdos de fusión o escisión que adopte el patronato y, en su caso, oponerse por razones de legalidad de forma motivada en el plazo máximo de un mes, contado desde la notificación de los respectivos acuerdos de los patronatos. La resolución que declare la oposición tendrá carácter vinculante.

— Solicitar de la autoridad judicial la modificación de los estatutos o la fusión de las fundaciones en los supuestos contemplados en los artículos 41.3 y 42.5 de la LFIG.

— Ratificar el acuerdo del patronato sobre la extinción de la fundación cuando se haya llevado a cabo íntegramente el fin fundacional, resulte imposible su realización o concurra cualquier otra causa prevista en el acto constitutivo o en los estatutos.

— Solicitar de la autoridad judicial la extinción de la fundación en los supuestos establecidos en los números 3 y 5 del artículo 44 de la LFIG.

— Tener conocimiento de las operaciones de liquidación de la fundación y supervisarlas, en su caso, así como acordar la finalidad que se deba dar a los bienes resultantes cuando no exista previsión del fundador ni facultad del patronato.

Finalmente, y en relación con el ejercicio de acciones previstas legalmente, corresponde al Protectorado:

— Ejercer la acción de responsabilidad frente a los patronos en los supuestos en que proceda legalmente.

— Instar judicialmente el cese de los patronos por el desempeño del cargo con omisión de la diligencia debida.

— Impugnar los actos y acuerdos del patronato que resulten contrarios a la Ley o a los estatutos.

— 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. El procedimiento de intervención temporal se regula en el artículo 65 del Reglamento, único precepto integrante de la sección tercera del Capítulo VII. A tales efectos, la sección segunda del Capítulo VII del Reglamento crea un nuevo procedimiento administrativo de comprobación de actividades de la fundación (arts. 60 a 64). Dicho procedimiento se incoará de oficio cuando se constaten o existan indicios de cualquiera de las siguientes actividades: a) ausencia de justificación suficiente del cumplimiento de la obligación de destino de rentas e ingresos en la memoria anual o, en su caso, en la información complementaria suministrada por el patronato; b) reiterada falta de presentación de las cuentas; c) irregularidades en la gestión económica de la fundación; d) falta de adecuación entre las actividades propias y mercantiles realizadas y los fines fundacionales; e) inactividad de la fundación, y f) en general, el incumplimiento de las obligaciones impuestas por el ordenamiento jurídico, así como de la voluntad del fundador o de los estatutos.

Finalmente, la Sección cuarta del referido Capítulo Séptimo prevé la creación de la Comisión Técnica de coordinación del Protectorado, órgano de consulta y participación de los diferentes departamentos de la Xunta de Galicia que permitirá que, pese a la existencia de un Protectorado orgánicamente múltiple, el mismo opere con criterios unitarios. Las funciones del citado órgano, enumeradas en el artículo 69 del Reglamento, 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.

El Capítulo VIII, por expresa remisión del artículo 56 de la LFIG, regula la estructura y composición del Consejo Superior de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Galicia, órgano consultivo adscrito a la Consellería competente en materia de fundaciones creado por la LFIG, potenciando su configuración como un foro de diálogo permanente y de corresponsabilidad de las fundaciones de interés gallego y de la Administración autonómica en relación con el mundo fundacional.

Por último, el Capítulo IX del Reglamento desarrolla el régimen de las fundaciones del sector público de Galicia, complementando en este punto la regulación contenida en el Capítulo X de la LFIG y 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. La regulación proyectada presta especial atención a los aspectos procedimentales orientados a la creación, extinción, adquisición y pérdida de la representación mayoritaria de las fundaciones del sector público de Galicia.

Con el fin de contribuir a coordinar, homogeneizar y racionalizar la estructura y actuación del sector fundacional público de Galicia, el artículo 82 del Reglamento procede a la constitución de la Comisión Técnica de Coordinación de las Fundaciones del Sector Público de Galicia, órgano adscrito nuevamente al Departamento de la Administración autonómica competente en materia de fundaciones. La norma regula igualmente su composición, en la que tendrán cabida todos los departamentos de la Administración autonómica, su ámbito funcional y el régimen de funcionamiento y adopción de acuerdos.

En definitiva, y tras el análisis de su estructura y contenido, pueden señalarse como principales novedades del nuevo reglamento de fundaciones de interés gallego las siguientes:

— El amplio desarrollo de las funciones del Protectorado, partiendo de su configuración legal como un protectorado múltiple <sup>15</sup>. Así, y frente a la indeterminación sobre el ámbito funcional de este órgano existente en la normativa contenida en el Decreto 248/1992, de 18 de junio <sup>16</sup>, el Decreto 14/2009, de 21 de enero, concreta las funciones y el ámbito competencial del Protectorado, prestando especial atención a las funciones de apoyo y asesoramiento <sup>17</sup>.

— La apuesta por la eliminación de prácticas excesivamente intervencionistas y de cargas administrativas a las fundaciones de interés gallego. En este sentido, cabe resaltar la atribución de carácter supletorio respecto de las nor-

---

<sup>15</sup> De conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 47.2 de la LFIG, el Protectorado será ejercido 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 será ejercido por el departamento competente en materia de fundaciones (en la actualidad, la Consellería de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia, en los términos establecidos en el Decreto 303/2009, de 21 de mayo, por el que se establece su estructura orgánica).

<sup>16</sup> *Vid.* artículos 30 y 31 del Decreto 248/1992, de 18 de junio.

<sup>17</sup> *Vid.* Sección Primera del Capítulo VII del Decreto 14/2009, de 21 de enero (arts. 51 a 59).

mas estatutarias, a la regulación contenida en el Decreto relativa al régimen de gobierno de las fundaciones de interés gallego <sup>18</sup>.

— La configuración de mecanismos de coordinación de la actuación del Protectorado (Comisión Técnica de Coordinación del Protectorado), con la finalidad de contribuir a la mejora de la labor de asesoramiento, apoyo técnico y control de las fundaciones encomendada al Protectorado, contribuyendo, de esta forma, a la garantía del cumplimiento de la voluntad del/de los fundador/es y de los fines de interés general para Galicia a que está afectado de forma duradera el patrimonio de las fundaciones de interés gallego <sup>19</sup>.

— La regulación de la composición, organización y funcionamiento del Consejo Superior de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Galicia, creado por la LFIG <sup>20</sup>, potenciando su configuración como un foro de diálogo permanente y de corresponsabilidad de las fundaciones de interés gallego y de la Administración autonómica en relación con el mundo fundacional.

— El fomento de la transparencia de las actividades fundacionales con la finalidad de contribuir a facilitar al conjunto de la sociedad gallega una imagen fiel de la actividad de las fundaciones de interés gallego. Así, las fundaciones que cuenten con una sede electrónica publicarán en la misma la expresión de los fines fundacionales, las actividades proyectadas, así como las condiciones y requisitos de los concursos y ayudas que convoquen durante el ejercicio (art. 27). Igualmente, el Decreto contempla la obligación de presentación anual de un informe relativo al grado de cumplimiento del Código de conducta para la realización de inversiones temporales (art. 29) e introduce, asimismo, un procedimiento de comprobación de actividades de la fundación cuyo objeto será velar por el adecuado cumplimiento de los fines fundacionales de acuerdo con la voluntad del fundador y la consecución del interés general, así como la verificación de la aplicación de los recursos económicos de la fundación al cumplimiento de los fines fundacionales (arts. 60 a 64).

— La completa reglamentación de los procedimientos de modificación estatutaria, fusión, escisión y extinción de las fundaciones de interés gallego y del sector público fundacional de Galicia.

---

<sup>18</sup> *Vid.* artículo 10.2 del Decreto 14/2009, de 21 de enero.

<sup>19</sup> *Vid.* Sección Cuarta del Capítulo VII, relativa a la Comisión Técnica de Coordinación del Protectorado (arts. 66 a 69), del Decreto 14/2009, de 21 de enero.

<sup>20</sup> *Vid.* artículo 56 de la Ley 12/2006, de 1 de diciembre.

#### **IV. El Decreto 15/2009, de 21 de enero, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Fundaciones de Interés Gallego**

##### **1. *Fundamento de su aprobación***

El Capítulo VIII de la LFIG (arts. 52 a 55) regula, tal y como se establece en su Exposición de Motivos, las normas básicas de actuación del Registro de Fundaciones de Interés Gallego, que será único y establecerá los principios, los actos que se deben inscribir y la obligatoriedad de inscripción para todas las fundaciones que desarrollen principalmente sus actividades en la Comunidad Autónoma de Galicia y para aquellas otras que tengan una delegación abierta en la misma.

La regulación contenida en los preceptos citados de la LFIG constituye una mejora sustancial de las previsiones normativas precedentes. En efecto, la Ley 7/1983, de 22 de junio, de régimen de las fundaciones de interés gallego, se limitaba a señalar, en su artículo 11, que «1. *La inscripción en el Registro de Fundaciones de Interés Gallego sólo puede ser denegada si los documentos no se ajustan a las disposiciones de esta Ley. 2. El Registro es público y las certificaciones que expiden dan fe de su contenido*».

Esta regulación legal resultaba claramente insuficiente desde la óptica de la configuración de un Registro de carácter público y no meramente administrativo.

La LFIG ha venido a subsanar las lagunas legales de la regulación precedente configurando el Registro de Fundaciones de Interés Gallego como un Registro de carácter público, adscrito al Departamento de la Administración autonómica con competencias en materia de fundaciones, sin perjuicio de su configuración funcional en secciones departamentales.

La LFIG, a diferencia de la Ley 7/1983, de 22 de junio, define con claridad las funciones del Registro, no sólo a través de su proclamación formal, sino a través de la articulación de los principios registrales, entre ellos, el de publicidad registral de la vida fundacional, desde su constitución hasta su extinción, enumerando con rigor y exhaustividad el elenco de actos inscribibles. Esta nueva regulación legal se completa con la previsión de la obligatoriedad de la inscripción de la totalidad de fundaciones de interés gallego, así como de las extranjeras que posean una delegación abierta en Galicia.

En coherencia con este nuevo marco normativo, resultaba igualmente necesaria la modificación de los artículos 33 a 37 del Decreto 248/1992, de 18 de junio, reguladores del Registro de Fundaciones de Interés Gallego y vigentes tras la aprobación de la LFIG en aquellos aspectos que no resultasen contrarios u opuestos a lo establecido en la misma.

La nueva regulación del Registro de Fundaciones de Interés Gallego, dictada en desarrollo del Capítulo VIII de la LFIG, se ha abordado a través del Decreto 15/2009, de 21 de enero, regulación a la que se ha querido dotar de un carácter independiente respecto de la general sobre los aspectos sustantivos de las fundaciones de interés gallego (Decreto 14/2009, de 21 de enero), en atención a su carácter específico y claramente diferenciado, en su ámbito funcional, del órgano administrativo de apoyo, asesoramiento y control de las fundaciones de interés público (Protectorado).

En todo caso, y al margen de los aspectos puramente formales, la necesidad de la novación normativa ha venido determinada, fundamentalmente, por la insuficiente regulación que de la citada institución se efectuaba en el Decreto 248/1992, de 18 de junio, regulación que, como ya se advirtió, se reducía a cinco preceptos (arts. 33 a 37) cuyo contenido abarcaba únicamente:

— El carácter y adscripción del Registro, definido como Registro único adscrito a la Consellería de Presidencia y Administración Pública, sin perjuicio de su descentralización funcional.

— La obligatoriedad de la inscripción para las fundaciones de interés gallego y su carácter constitutivo.

— La regulación de los requisitos formales de presentación de la correspondiente documentación, los actos inscribibles y los libros de registro. En todo caso, cabe destacar que no existía previsión alguna acerca del principio de publicidad registral, más allá de lo dispuesto en el artículo 16.3, que establecía que «*La Consellería de Presidencia y Administración Pública podrá dar publicidad a los datos básicos de tales memorias (denominación, fines y patrimonio), así como a los de carácter global y estadístico que resulten del Registro de Fundaciones de Interés Gallego*». A estos efectos, el artículo 53 de la LFIG, en línea con las previsiones contenidas en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, proclama el principio de publicidad registral, estableciendo el carácter público del Registro y la efectividad de la publicidad de los actos inscritos a través de la certificación de asientos expedida por el responsable del mismo, mediante nota simple informativa o copia compulsada de los asientos y de los documentos depositados. El apartado 2 del referido precepto establece igualmente que los documentos originales depositados y los archivados podrán ser consultados tras la identificación del solicitante y la acreditación de su interés de acuerdo con lo previsto en la normativa vigente en materia de protección de datos.

Con la nueva regulación legal, lo que en puridad era un Registro meramente administrativo (se negaba el acceso a las cuentas anuales depositadas en

base a la noción de interés legítimo y al carácter reservado de todos los libros y documentos depositados, *ex art.* 25.5), ha pasado a configurarse como un verdadero Registro Público bajo la garantía plena del principio de publicidad registral.

Si bien se trata de un aspecto que por sí sólo justificaría la necesidad de la reforma, a las limitaciones a la publicidad registral se unen otras deficiencias de la regulación precedente. Así, la inexistencia de una completa regulación de la organización y funcionamiento del Registro de Fundaciones de Interés Gallego que permitiese una actuación coordinada desde el punto de vista funcional, la deficiente sistematización de la labor registral y/o la inexistencia de previsiones relativas a los procedimientos de certificación negativa de denominación.

## **2. Principales novedades del Decreto 15/2009, de 21 de enero, respecto de la regulación precedente**

El Decreto consta de un único artículo, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Fundaciones de Interés Gallego, dos disposiciones adicionales, relativas a la tramitación electrónica y acceso informático a la información registral, una disposición transitoria, relativa al régimen transitorio de los procedimientos en curso, una disposición derogatoria y dos disposiciones finales. La disposición final primera autoriza al titular de la Consellería competente en materia de fundaciones para dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo y ejecución del Decreto. La disposición final segunda contempla las previsiones relativas a su entrada en vigor, que se producía el 1 de septiembre de 2009.

El Reglamento consta de seis Capítulos y un total de 57 artículos. El Capítulo I contiene el conjunto de disposiciones generales relativas al objeto, naturaleza del Registro, acceso y principios registrales.

El Capítulo II aborda la reglamentación de la organización y funcionamiento del Registro de Fundaciones de Interés Gallego, garantizando la unidad de la actuación de las distintas secciones que configuran el mismo (tantas secciones como departamentos integren la Xunta de Galicia, en cada uno de los cuales se llevará un Registro auxiliar).

El Capítulo III establece el régimen jurídico de la inscripción, desarrollando las previsiones contenidas en la LFIG respecto de los actos y títulos inscribibles y el procedimiento de inscripción.

El Capítulo IV regula determinadas funciones complementarias del Registro de Fundaciones de Interés Gallego, entre ellas, la autorización de nom-

bre o denominación, la certificación de denominación, la certificación negativa y la reserva de denominación y la legalización de libros de las fundaciones.

El Capítulo V regula la publicidad registral en los términos ya expuestos en el apartado precedente.

Finalmente, el Capítulo VI regula la colaboración entre el Registro de Fundaciones de Interés Gallego y el Protectorado, superándose finalmente la tradicional confusión existente entre ambas instituciones.

Más allá de la garantía del principio de publicidad registral, pueden destacarse como principales novedades del Decreto 15/2009, de 21 de enero, las siguientes:

1) La ordenación detallada de la organización y funcionamiento del Registro bajo un sistema informático único que permitirá el conocimiento por parte de los Protectorados del estado de los procedimientos, de los asientos y de la situación registral de las fundaciones que tengan asignadas y la plena interconexión del Registro Único y de los auxiliares (art. 6).

2) La unificación y regulación concreta del régimen jurídico y del procedimiento de inscripción, contemplándose de forma detallada la llevanza y funcionamiento del Registro, los libros, ficheros y archivos de llevanza obligatoria.

En su artículo 5, el Reglamento viene a desarrollar las previsiones contenidas en el artículo 53 de la LFIG respecto de los principios registrales. De esta forma se desarrolla la eficacia registral mediante la determinación de los principios registrales básicos: publicidad, legalidad, legitimación, prioridad, tracto sucesivo y titulación pública.

3) La regulación *ex novo* de un principio inexistente bajo el paraguas de la regulación precedente: el de cooperación entre el Protectorado y el Registro de Fundaciones de Interés Gallego. A tales efectos, y por prescripción del artículo 57 del Reglamento, el Protectorado promoverá de oficio la inscripción en el Registro de los actos inscribibles que le sean comunicados por los patronatos de las fundaciones o respecto de los cuales hubiere otorgado su autorización, de acuerdo con lo establecido en el artículo 49 de la LFIG. Por su parte, el Registro remitirá al Protectorado los actos presentados para su inscripción sujetos al régimen de comunicación previa. En los supuestos en que el acto estuviese sujeto a autorización, el apartado 2 del artículo 57 proscribire su inscripción en tanto el Protectorado no dicte y notifique la correspondiente resolución o haya transcurrido el plazo establecido al efecto.



# Las fundaciones en la Comunidad Autónoma de La Rioja

*Antonio Fanlo Loras*

Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de La Rioja

La Comunidad Autónoma de La Rioja no ha tenido, hasta hace bien pocos años, normativa propia en materia de fundaciones, aplicándose, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 149.3 CE, la legislación del Estado (primero, la Ley de 1994 y más tarde la Ley 50/2002, de 26 de diciembre). La importancia creciente que el fenómeno fundacional tiene en las sociedades actuales, ha convertido a las fundaciones en un instrumento eficaz para encauzar la participación de la sociedad civil, junto con los poderes públicos, en la satisfacción de necesidades de interés general. Este dinamismo social ha hecho imprescindible la aprobación de normativa propia reguladora de la actividad fundacional que tenga en cuenta las peculiaridades, necesidades e intereses de la Comunidad Autónoma de La Rioja y facilite la promoción, constitución y funcionamiento de las fundaciones que realicen sus actividades en su ámbito territorial.

Éste es el punto de conexión imprescindible para el ejercicio de las competencias que La Rioja tiene reconocidas en el artículo 8.Uno.34 de su Estatuto de Autonomía. Dicho precepto le atribuye competencias exclusivas en materia de fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, sin perjuicio de las competencias que el artículo 149.1 de la Constitución reserva al Estado. El despliegue de las competencias normativas regionales ha de ejercerse, en consecuencia, en el marco de las previsiones del artículo 34 CE, así como de la normativa básica establecida por el Estado, cuya aplicabilidad queda expresamente salvada en el Estatuto de La Rioja (la calificación como «exclusiva» de la competencia regional no puede afectar a las competencias sobre materias o submaterias reservadas al Estado que se proyectarán, cuando corresponda, sobre las competencias exclusivas autonómicas con el alcance que les haya otorgado el legislador estatal con plena libertad de configuración, ha señalado la reciente STC 31/2010, de 28 de junio, relativa al Estatuto de Cataluña, en línea con su doctrina tradicional, recogida, por ejemplo, en la 341/2005, FJ 2).

En efecto, el ejercicio del derecho de fundación, de acuerdo con el artículo 34 de la Constitución, está reservado a la ley y exige que exista una finalidad de interés general, operando como límites generales los que son comunes al derecho de asociación (prohibición de aquellas fundaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito y necesidad de resolución motivada para su disolución o suspensión de actividades). De otra parte, al Estado le corresponde establecer las condiciones básicas del derecho de fundación reconocido en el artículo 34 CE y la regulación de los aspectos civiles, procesales, mercantiles y tributarios, conforme a lo establecido en el artículo 149.1, reglas 1.<sup>a</sup>, 6.<sup>a</sup>, 8.<sup>a</sup> y 14.<sup>a</sup> Estas competencias han sido concretadas por la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, y 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.

La Ley 1/2007, de 12 de febrero, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de La Rioja, respeta el esquema conceptual de la legislación estatal pudiendo advertir en ella dos partes diferenciadas: la primera, dedicada a la regulación específica del fenómeno fundacional; la segunda, dedicada a la tutela y control que la Administración regional ejerce sobre las fundaciones. En consecuencia, la ley parte del concepto de fundación para regular el procedimiento de constitución, los órganos de gobierno, su patrimonio y régimen de funcionamiento, prestando especial atención a la naturaleza y contenido de los bienes dotacionales y patrimoniales adscritos a la fundación y su modo de valoración, así como a la composición y funcionamiento del Patronato. La especial relevancia pública de los fines de interés general justifica la intervención de la Administración regional mediante el ejercicio del Protectorado y el Registro público de fundaciones de ámbito riojano.

Desde estas premisas, el Título I establece las disposiciones generales del régimen de las fundaciones cuya actividad se desarrolle principalmente en el territorio de La Rioja, como organizaciones constituidas por voluntad de sus creadores, sin ánimo de lucro, y cuyo patrimonio quede afectado a fines de interés general (art. 1). Determina, en el artículo 2, sus normas reguladoras (la voluntad del fundador, sus estatutos, la legislación básica estatal y la legislación regional de fundaciones y demás normativa aplicable) e identifica los fines y beneficiarios (art. 3). La cláusula general («fines de interés general») es acompañada de un listado de fines que, a título ejemplificativo y no cerrado, el legislador regional considera incluidos en ella (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 al desarrollo; de promoción del voluntariado; de promoción de la acción social; de defensa del

medio ambiente; 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).

En cuanto a los beneficiarios, han de ser colectivos genéricos de personas, incluidas las colectividades de trabajadores de una o varias empresas y sus familiares (art. 1.2). Los fundadores y miembros del patronato, así como sus familiares, sólo podrán serlo cuando pertenezcan a colectivos genéricos determinados de acuerdo con los Estatutos (art. 1.3). No podrán serlo las personas jurídicas singularizadas, salvo cuando tengan como finalidad exclusiva principal la conservación y gestión de bienes de patrimonio histórico español o riojano (art. 1.4).

El Título II está dedicado a la *constitución* de la fundación, remitiendo, en cuanto a la capacidad para fundar, a la legislación estatal. La constitución puede hacerse por actos «*inter vivos*» (plasmada en escritura pública, cuyos requisitos establece) o «*mortis causa*», estableciendo las peculiaridades en este último supuesto, con intervención del albacea testamentario, herederos o, en su caso, del Protectorado (art. 8). Se establece una dotación mínima de 30.000 euros (art. 10), mediante aportación dineraria (susceptible de un desembolso inicial de un 25% y el resto puede serlo aplazado en un plazo máximo de cinco años) o no dineraria (en cuyo caso se aportará tasación de los bienes por experto independiente).

El Título III regula el *gobierno* de la fundación, que se encomienda al Patronato, órgano de gobierno y representación de la misma, al que corresponde cumplir los fines fundacionales y administrar los bienes y derechos (art. 12). En cuanto a su composición, su número lo fijan los estatutos, con un mínimo de tres miembros, que podrán ser personas físicas o jurídicas. Si los Estatutos fijan un máximo y un mínimo de patronos, será el Patronato el que fije el número concreto. En el caso de las personas físicas, han de tener capacidad de obrar, no inhabilitadas para el ejercicio de cargo público. No pueden delegar su cargo de patronos, salvo que lo sean por razón del cargo que ocuparen en otras entidades o instituciones, en cuyo caso pueden serlo sus sustitutos. En el caso de las personas físicas, actuarán las personas físicas que sean sus representantes, una vez que los órganos competentes de la persona jurídica hayan aceptado expresamente el cargo de patrono. Los patronos habrán de cumplir sus funciones con arreglo al ordenamiento jurídico y a los estatutos. Los nombramientos de patronos se inscribirán en el Registro de Fundaciones de La Rioja.

En los estatutos o en la escritura fundacional se establecerá la forma de designación de la Presidencia y la Secretaría del Patronato, que son los órganos unipersonales necesarios. En ausencia de dicha regulación, los miembros del Patronato elegirán de entre ellos al Presidente (art. 14). Se establecen sus funciones, así como las del Secretario. Los estatutos podrán encomendar la gestión ordinaria administrativa a un Gerente o cargo similar, que podrá ser «persona física o jurídica» (*sic!*), de «acreditada solvencia técnica».

La Ley exige la previa aceptación formal y expresa (documento público o privado con firma legitimada por notario o comparecencia ante el Registro de Fundaciones) de los miembros del Patronato. En el caso de las personas jurídicas, la aceptación ha de hacerla el representante legal. La aceptación, como la renuncia, ha de inscribirse en el citado Registro (art. 15).

Aspecto importante es la regulación del régimen de gastos del Patronato y el principio de gratuidad de los cargos de patronos que supone la prohibición de percepción de retribuciones (art. 16). Ello no impide que se reconozca, salvo disposición en contra del fundador, el derecho a percibir compensaciones por el desempeño de su función (locomoción, manutención y estancia), dentro de las cuantías máximas previstas por la legislación tributaria de renta. Además, los patronos que presten a la fundación servicios distintos de los que implica el desempeño de su cargo de miembros del Patronato, podrán recibir una retribución adecuada, previa autorización del Protectorado.

La Ley regula el régimen de delegaciones y apoderamientos entre los miembros del Patronato, salvo que los estatutos las prohíban y que no pueden afectar a las recogidas en la ley (art. 17). Para facilitar la gestión, el Patronato puede crear comisiones ejecutivas, así como otros órganos colegiados o unipersonales, subordinados al Patronato, que puede estar integrada por patronos o por personas externas. Asimismo, se establece el régimen de sustitución y suspensión de los patronos que, en principio, será el fijado por los estatutos (art. 18). Caso de que los estatutos no lo hayan previsto, habrán de modificarse en tal sentido, pudiendo el Protectorado, en tanto ello se cumple, designar los sustitutos. El cese de los patronos se realizará de acuerdo con la legislación estatal (art. 19). La Ley fija las obligaciones de los patronos (art. 20), así como su régimen de responsabilidad, que se regirá, en este caso, por la legislación estatal (art. 21). Finalmente, se regulan en este Título el régimen de adaptación de acuerdos y las actas (arts. 23 y 24).

El Título IV regula el *patrimonio* de la fundación, integrado por la totalidad de los bienes, derechos y obligaciones que integren la dotación, susceptibles de valoración económica (art. 25). Su administración y disposición corresponde al patronato y la titularidad a la fundación. En cuanto a la naturaleza de los

bienes y derechos integrantes del patrimonio, establece reglas específicas para las inversiones realizadas con subvenciones de capital y para las aportaciones dinerarias, así como prohíbe que puedan tener participación alguna en sociedades mercantiles de responsabilidad personal, disponiendo reglas específicas para el caso de que se reciban como donaciones, herencias o legados (art. 26). Establece el régimen de enajenación y gravamen de los bienes y derechos, determinando los casos en que será necesaria la autorización previa del Protectorado (art. 27), así como el régimen de las herencias y donaciones que puedan recibir, con posible intervención del Protectorado (art. 28).

El Título V establece el régimen de *funcionamiento y actividad* de la fundación, a partir de los principios de actuación (art. 29). Así, establece el régimen de obtención de ingresos por las actividades desarrolladas, salvo que sea contrario a la voluntad fundacional (art. 30); las actividades mercantiles e industriales, coincidentes con los fines fundacionales, que sólo será posible mediante sociedades mercantiles no personalistas y previa autorización del Protectorado (art. 31); la financiación de las actividades (art. 32); el régimen administrativo, financiero y contable, donde destaca la elaboración del plan de actuación y las cuentas anuales (admite la presentación en modelos abreviados o simplificados), que serán supervisadas por el Protectorado (art. 33); determina el destino de rentas e ingresos y su modo de cálculo (art. 34) y concluye regulando el régimen de autocontratación (art. 35).

El Título VI está dedicado a la *modificación de los estatutos* y a la *fusión y extinción* de la fundación. En cuanto a la fusión (art. 37), la ley la permite, siempre que no la haya prohibido el fundador, entre las fundaciones *con fines análogos*, pudiendo el Protectorado oponerse por razones de legalidad en el plazo de tres meses. La fusión puede ser una alternativa a la liquidación, aunque requiere previa autorización del Protectorado, que puede proponer la fusión a aquellas que resulten incapaces de alcanzar sus fines. Esta regulación ha motivado que el Gobierno de la nación haya presentado recurso de inconstitucionalidad (núm. 4368/2007), en relación con los apartados 1 y 3 del artículo 37 de la Ley 1/2007, al entender que dichos apartados limitan las posibilidades de fusión de las fundaciones en contra de lo dispuesto en la Ley estatal de fundaciones (Ley 50/2002). El Gobierno de La Rioja ha rechazado el cauce del procedimiento de negociación contemplado en el art. 33.2 LOTC, razón por la que no ha podido convocarse la Comisión Bilateral de Cooperación. El alto Tribunal, mediante providencia de 5 de junio, ha admitido a trámite el citado recurso (BOE de 25 junio de 2007). La interpretación hecha por el Gobierno de la Nación es discutible, pues la restricción de la fusión a las que tengan «fines análogos» está expresamente recogida en el art. 30.4 de la Ley estatal y debiera sostenerse en una interpretación sistemática que dicha exigencia está

implícita en el apartado del artículo 30.1 de la Ley estatal, razón por la que, desde esta perspectiva, nada podría reprocharse a la ley riojana.

Dicho Título regula, asimismo, las causas y formas de extinción (arts. 38 y 39) y la liquidación con un relevante papel del Protectorado (art. 40).

El Título VII regula el *Protectorado*, órgano administrativo de asesoramiento y apoyo técnico de las fundaciones que velará por el correcto ejercicio del derecho de fundación y por la legalidad de su constitución y funcionamiento, aunque respetando su autonomía, para garantizar el cumplimiento de la legalidad y de los fines establecidos por el fundador (art. 41).

A tal objeto, la ley regula las funciones de apoyo y asesoramiento en general a las fundaciones (art. 42); las funciones en relación con el proceso de constitución (art. 43); con el Patronato (art. 44); con el patrimonio (art. 45); las relativas al cumplimiento de fines (art. 46); en relación con la modificación, fusión y extinción (art. 47); en relación con el ejercicio de las acciones legalmente previstas (acción de responsabilidad a favor de la fundación frente a los patronos; instar judicialmente el cese de los patronos; impugnar los actos y acuerdos contrarios a la ley y a los estatutos; instar de la autoridad judicial la intervención de la fundación, traslado del tanto de culpa al Ministerio Fiscal (art. 48); la intervención temporal ante graves irregularidades (art. 49) y, finalmente, regula el régimen jurídico de los actos del Protectorado (art. 50) y los recursos jurisdiccionales (art. 51).

El Título VIII final está dedicado al *Registro* de fundaciones en el que se inscribirán las que desarrollen principalmente sus actividades en La Rioja. Establece los principios registrales (carácter público y único) (art. 53); sus funciones (art. 54); la calificación y régimen jurídico de los actos de Registro (art. 55), y la obligatoriedad de la inscripción (art. 56).

La Ley se cierra con tres disposiciones adicionales relativas al régimen de las fundaciones preexistentes; la declaración de conformidad con la legislación estatal del contenido de un listado extenso de preceptos de la ley regional; y finalmente, la legislación aplicable a las fundaciones que gestionan la obra social de las Caja de Ahorro. La disposición transitoria única obliga a adaptar los estatutos de las fundaciones preexistentes a lo dispuesto en la ley regional.

En la actualidad, el ejercicio de las funciones y competencias de Protectorado de las fundaciones cuya actividad se desarrolle principalmente en el territorio de La Rioja corresponde a la *Dirección General de Justicia e Interior* (Decreto 31/2009, de 30 de junio, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Administraciones Públicas y Política Local y sus funciones, en desarrollo de la Ley 3/2003, de 3 de marzo, de organización del sector público

de la Comunidad Autónoma de La Rioja), órgano directivo al que corresponde la gestión del Registro de Fundaciones.

Paradójicamente, este Registro sigue sin contar con regulación propia actualizada y funciona con arreglo a la praxis administrativa heredada, que procede de la anterior gestión estatal, traspasada en 1996 y de otros centros directivos encargados de la gestión de las fundaciones (Real Decreto 210/1996, de 9 de febrero, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de La Rioja en materia de fundaciones, asumida por el Decreto 14/1996, de 15 de marzo, y atribuida la competencia por Orden de 10 de abril de 1996, a la entonces Consejería de Hacienda y Promoción Económica).

Esta situación explica que la actual estructura del Registro distinga entre Fundaciones Benéfico-Asistenciales (109 inscritas); Culturales (67 inscritas) y Laborales (una inscrita que es el Tribunal de Conciliación, Mediación y Arbitraje, constituida por la Administración regional y los agentes sociales, empresarios y sindicatos). Bastantes de estas fundaciones carecen en la actualidad de actividad.

Téngase en cuenta, en cuanto a las fundaciones de iniciativa pública regional, que el acuerdo de creación se regula en los arts. 53 a 56 de la Ley 3/2003, de 3 de marzo, de organización del sector público. En aplicación de esta ley, son fundaciones públicas cuya dotación es mayoritariamente regional la Fundación Rioja Salud, la Fundación Hospital de Calahorra, la Fundación Tutelar de La Rioja y la Fundación Rioja Deporte.

Otras fundaciones con participación regional son la Fundación San Millán de la Cogolla (con participación de capital privado, Caja Rioja e Ibercaja), la Fundación Centro Paleontológico Riojano de Enciso, la Fundación Práxedes Mateo Sagasta y la Fundación benéfico-social de La Rioja (FUBESOR), resultado de la fusión de varias decenas de fundaciones en procesos que se remontan a 1962 y 1964.

En cuanto a las fundaciones municipales cabe destacar la Fundación Logroño Turismo (creada por el Ayuntamiento de Logroño para la promoción del turismo) y la Fundación Museo Histórico Arqueológico Najerillense (fundación mixta integrada por el Ayuntamiento de Nájera y la Asociación de Amigos de la Historia Najerillense y el Instituto de Estudios Riojanos).



# Las fundaciones en la Comunidad de Madrid. Doctrina de los Tribunales 2009-2010

*José Luis Piñar Mañas*

Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad CEU San Pablo de Madrid

*Alicia Real Pérez*

Profesora Titular de Derecho Civil  
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. CONSTITUCIÓN DE UNA FUNDACIÓN Y REQUISITOS PARA FIJAR SU DENOMINACIÓN.—II. GESTIÓN DE LA FUNDACIÓN. ACREDITACIÓN DE LOS PODERES DEL PATRONO DELEGADO.—III. ACTIVIDADES COMERCIALES Y LEY DE MARCAS.—IV. ALCANCE DEL PROTECTORADO.—V. FUNDACIONES DE INICIATIVA PÚBLICA: 1. *Naturaleza de la fundación Lázaro Galdiano y aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público*. 2. *Capacidad de las entidades públicas para constituir fundaciones*.—VI. RÉGIMEN LABORAL DE LAS FUNDACIONES.—VII. RÉGIMEN FISCAL DE LOS DONATIVOS A FUNDACIONES.

Salvo el desarrollo normal de las actividades por parte de las fundaciones durante el año 2009 y 2010, nada hay digno de especial consideración en cuanto al marco normativo de tales instituciones en la Comunidad de Madrid.

Sí es posible, sin embargo, hacer alguna referencia a diversas sentencias de los tribunales de competencia territorial con sede en la Comunidad. Nos referimos al Tribunal Superior de Justicia y a la Audiencia Provincial. Dada la regulación de la competencia de los Juzgados y Tribunales de lo Contencioso-Administrativo (en particular, y en lo que ahora nos interesa, el art. 10 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), algunas de las cuestiones que a continuación analizaremos no hacen referencia expresa a las Fundaciones de Madrid, sino al protectorado del Estado, cuyas resoluciones, en ciertos casos, son recurribles ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid. No obstante, también nos referiremos a ellas en la medida en que analicen cuestiones que pueden ser trasladables a aquellas fundaciones.

## I. Constitución de una fundación y requisitos para fijar su denominación

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid, de 29 de mayo de 2009 (Recurso 554/2006), se enfrentó a un caso curioso. La Subdirección General de Fundaciones y Mecenazgo del Ministerio de Cultura dictó resolución el 11 de enero de 2006, confirmada por la Secretaría General Técnica mediante Resolución de 27 de febrero de 2006, por la que se desestimó el recurso de alzada interpuesto contra aquélla, en virtud de la cual rechazó la petición formulada por los interesados para que se emitiese certificado de denominación negativa a favor de la Fundación para la Defensa de la Nación Española. La resolución por la que se denegó tal solicitud, y por tanto la expedición del certificado, se basó en lo establecido en el artículo 5 de la Ley 50/2002, de Fundaciones, «advirtiendo que debía proponerse otra denominación por la cual resultara indubitado que la fundación no pertenece al Sector Público estatal ni pretende desempeñar potestades reservadas en exclusiva a ésta» (*sic*). El artículo 5.º de la Ley estatal de fundaciones constituye, según su disposición final primera, 2.b), legislación civil y es 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, cosa que no acontece con Madrid. De modo que la doctrina del Tribunal es perfectamente aplicable a las fundaciones constituidas al amparo de la Ley madrileña.

El Tribunal resalta que «la denegación se basó en un análisis conjunto de las reglas [contenidas en el art. 5.º de la Ley 50/2002] ... para llegar a la conclusión de que la incorporación en la denominación de los términos “Defensa”, que se corresponde con la denominación de un Departamento Ministerial, y “Nación Española”, que equivale a “España”, daba lugar a error o confusión en cuanto a los fines de la Fundación que en ningún caso podrían ser los propios del Ministerio de Defensa, ni identificarse con el sector público.

Y lo cierto —sigue el Tribunal— es que la denominación propuesta, al unir ambos términos, sugiere desde luego una vinculación con fines públicos evocando una actividad reservada al sector público cual es la defensa de España.

Esta confusión o error conceptual es precisamente lo que pretende eludir la regulación sobre la materia y, concretamente, el transcrito artículo 5 de la Ley 50/2002, considerando la Sala que la interpretación que de dicho precepto se hace en las Resoluciones impugnadas no resulta restrictiva, como asegura el demandante, del derecho reconocido en el artículo 34 de la Constitución

cuando, siendo ilimitadas las posibilidades denominativas, puede elegirse cualquier otra que reflejando también los fines de la Fundación no incida en las limitaciones o prohibiciones comprendidas en el precepto.

Se trata, además, no sólo de prevenir el error o la identificación con el sector público, sino también de evitar que por el carácter excluyente de la inscripción previa pueda apropiarse una Fundación de denominaciones o términos que pertenecen al acervo común y no son susceptibles de empleo en exclusiva».

Al margen de otras consideraciones, merece la pena destacar que de la Sentencia parecería desprenderse que las fundaciones no pueden desarrollar actividades reservadas al sector público, lo cual en absoluto es así.

## **II. Gestión de la fundación. Acreditación de los poderes del patrono delegado**

La Sentencia del TSJ, Sala de lo Contencioso, de 8 de julio de 2009 (Recurso 428/2007), recuerda que el artículo 13 de la Ley de Fundaciones de la Comunidad de Madrid permite al Patronato delegar sus facultades en uno o más de sus miembros.

En el caso objeto de la sentencia, «hay un Patrono Delegado de la Fundación demandante, pero no ha acreditado qué funciones le han sido delegadas, por lo que no se constata en autos si la entidad actora se ha personado o no correctamente en el presente proceso, y, en consecuencia, no ha probado que tenga capacidad procesal para actuar en el mismo. No se debe confundir la postulación procesal con la potestad de decidir actuar ante los Juzgados y Tribunales, por lo que era necesario que la entidad actora hubiera legitimado la actuación de su representante mediante la aportación de la correspondiente certificación acreditativa del acuerdo adoptado por el órgano competente y la aportación de los Estatutos para comprobar este extremo». Lo que lleva a estimar la inadmisibilidad del recurso por falta de capacidad procesal de la fundación recurrente, en base a lo establecido por el artículo 69.b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en relación con los artículos 18 y 45 de la misma ley.

## **III. Actividades comerciales y Ley de Marcas**

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 6 de febrero de 2009 (Recurso 106/2008), se refiere a la demanda interpuesta ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Madrid por la Universidad Carlos III de Madrid con-

tra una Fundación y una Asociación, acogiendo las acciones marcarias de cesación, remoción e indemnización de daños y perjuicios, incluida la publicación del fallo de la sentencia, ejercitadas contra las demandadas al estimar que el uso que efectúan de los signos «Centro de estudios Carlos III», «Carlos Tercero Centro de Formación», «Centro de estudios Carlos Tercero», así como nombres de dominio o direcciones de correo electrónico que incluyen el término «carlos iii», infringen las marcas de la demandante, en las que destaca la parte denominativa «Carlos III». La Fundación interpuso recurso de apelación ante la Audiencia, que lo estimó parcialmente, condenando a la Fundación demandada tan solo a cesar en el uso en su página web y suprimir de la misma el vínculo a la página [www.carlosiii.com](http://www.carlosiii.com) y la dirección de correo electrónico [infocarlosiii.com](mailto:infocarlosiii.com) o cualquier otro en el que predomine el término Carlos III.

En cualquier caso, lo que ahora nos interesa señalar es que también se impugnó por la Fundación la condena a indemnizar los daños y perjuicios cuantificados en la sentencia, sobre la base del 1% de su cifra de negocio —ingresos por actividad propia— durante los ejercicios 2000 a 2004, todo ello en aplicación del artículo 43.5 de la Ley de Marcas. Pues bien, admitida la infracción de la Fundación por la inclusión en su página web del vínculo a la página [www.carlosiii.com](http://www.carlosiii.com) y del correo electrónico [infocarlosiii.com](mailto:infocarlosiii.com), «resulta de aplicación el ... artículo 43.5 de la Ley de Marcas y el apelante se limita a discutir que sea aplicable dicho precepto a las Fundaciones porque no tienen cifra de negocios sino ejecución de subvenciones careciendo, por definición, de beneficios». Y la Audiencia concluye: «No se comparte el argumento expuesto por la apelante pues la indemnización fijada por el artículo 43.5 de la Ley de Marcas no se calcula sobre los beneficios del infractor sino sobre la cifra de negocios obtenida con los productos o servicios ilícitamente marcados, con independencia de que la entidad haya obtenido o no beneficios y tratándose de fundaciones la Sala comparte el criterio del Juzgado de aplicar el porcentaje del 1% a los ingresos por actividad propia, pues de otra forma nunca podría aplicarse a las fundaciones la indemnización objetivada del indicado precepto que, precisamente, trata de eludir la compleja prueba de los daños y perjuicios en el ámbito marcario».

#### **IV. Alcance del Protectorado**

De gran interés es la Sentencia del TSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso, de 24 de septiembre de 2009 (Recurso 445/2007), en la que se analiza el alcance de la función de Protectorado, en particular en lo que se refiere a la denegación por parte de éste del depósito en el Registro de Fundaciones de la Comunidad de Madrid de las cuentas de la Fundación General de la Univer-

sidad Complutense. Sentencia que viene a reiterar lo que en relación con la misma Fundación había señalado el mismo Tribunal en Sentencias de 10 de noviembre de 2006 y 23 de noviembre de 2007.

Ante una serie de incidencias relacionadas con una promoción inmobiliaria de la Fundación, el Secretario General Técnico de la Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid acordó el 29 de mayo de 2007 no depositar en el Registro la documentación contable de la Fundación correspondiente al ejercicio 2005.

La Fundación presentó demanda contra la denegación. En relación con la contabilidad, y tal como expone el Tribunal, «se alega en síntesis que de acuerdo con el artículo 21 de la Ley 1/98, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, modificado por la Ley 2/04, de 31 de mayo, y teniendo en cuenta lo expuesto en la Exposición de Motivos de tal modificación respecto a la pretensión de coordinación de la normativa autonómica con la regulación estatal, así como el artículo 25.7 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones y artículo 28.6 del RD 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de competencia estatal, ha de entenderse que, de acuerdo con tal nueva regulación, en materia de control el Protectorado actúa en dos momentos diferenciados: control formal y control material, siendo el primero expresivo del recuento físico de los documentos contables preceptivos y de que los mismos cumplen con los principios contables, normas de elaboración, formatos, modelo y estructura de cuentas, así como normas de valoración. Es por ello por lo que el Protectorado debería acceder al depósito de la documentación, sin perjuicio de que, una vez depositada y con base en razones de fondo podría llevar a cabo cualquiera de las acciones que se establecen en la Ley. Asimismo, a la vista del artículo 28.2 de la Ley de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, se entiende que el control que ejerce el Protectorado de la Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid excede de lo establecido legalmente».

El Tribunal no comparte esta opinión. Afirma, por el contrario, que «resultando plenamente aplicable a las concretas cuestiones suscitadas lo preceptuado en el artículo 21 de la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, en la redacción dada por la Ley 2/2004 de 31 mayo 2004 —Disposición Transitoria Cuarta—, lo cierto es que su párrafo 7.º establece que el Protectorado, una vez examinadas las cuentas anuales —acompañadas en su caso del informe de auditoría— “y comprobada su adecuación a la normativa vigente”, procederá a depositarlas en el Registro de Fundaciones». Teniendo en cuenta, además, que «la realización de una auditoría por entidad auditora no exime a las Fundaciones de la obligación de presentar la do-

cumentación requerida por la normativa de aplicación». Documentación que no debe referirse sólo a aspectos puntuales, y que puede requerir, si de la misma no se desprenden suficientes elementos para que el Protectorado cumpla su función de control, la presentación de «un informe global que permita una opinión o juicio sobre su desarrollo, viabilidad y repercusiones financieras, y, por lo tanto, un conocimiento sobre la concreta situación económica, financiera y patrimonial de la Fundación».

## **V. Fundaciones de iniciativa pública**

### **1. *Naturaleza de la fundación Lázaro Galdiano y aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público***

La Sentencia del TSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 27 de octubre de 2009 (Recurso 4275/2009), analiza la naturaleza de la Fundación Lázaro Galdiano y la aplicación o no a su personal de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

La cuestión gira en torno al despido de un trabajador de la fundación por una serie de incidencias y aplicando el Estatuto de los Trabajadores. El afectado presentó demanda ante el Juzgado de lo social, que fue estimada en base a que a la Fundación Lázaro Galdiano le es de aplicación el Estatuto Básico del Empleado Público. Para ello se basa en que «1) la fundación se rige por la Ley 50/02 de Fundaciones y en concreto por sus arts. 44 a 46 que tratan de las fundaciones públicas estatales y sus presupuestos están sometidos a las leyes presupuestarias anuales (p. ej. Anexo XIII de la Ley de 2008); 2) está dotada de personalidad jurídica propia distinta de la del Estado y no se corresponde con ninguna de las personas o entidades contempladas en el ámbito de aplicación, art. 1, del Convenio Único del personal laboral al servicio de la Administración General del Estado; 3) no existe convenio colectivo, nacional o autonómico, sobre museos o fundaciones, no resultando aplicable el Acuerdo sobre Cobertura de Vacíos de 8 de abril de 2007». Por su parte, la Abogacía del Estado discrepa con el anterior planteamiento, y denuncia la infracción del artículo 2.1, en relación con la disposición adicional primera, del Estatuto Básico del Empleado Público para sostener que es de aplicación el Estatuto de los Trabajadores.

El TSJ afirma por su parte que «lo que se trata de dilucidar, ... es si la Fundación constituye una Entidad de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculada o dependiente de cualquier administración pública (art. 2.1 EBEP), o si se trata de una entidad del sector público estatal no incluida en el ámbito del art. 2, que esté definida así en su normativa específica y a la que le

sea de aplicación los arts. 52, 53, 54, 55 y 59 del EBEP, conforme establece la disposición adicional primera». Lo relevante, sigue el Tribunal, es si «su constitución, estructura, dependencia y control de su gestión [de las entidades que forman parte del sector público, entre ellas la Fundación Lázaro Galdiano] se realiza con vinculación y dependencia de una Administración Pública, en cuyo caso, de conformidad con el art. 2 del EBEP, quedaría dentro de su ámbito de aplicación». El análisis del régimen de la fundación indica que la composición del Patronato Rector revela una clara vinculación y dependencia de una Administración Pública, el Ministerio de Cultura; que sus cuentas están sometidas «a las diversas leyes presupuestarias del Estado», lo que asimismo constituye «una circunstancia que pone de manifiesto una dependencia, vinculación y control por parte de la Administración Pública». En consecuencia, «si estamos ante una entidad de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculada o dependiente del Ministerio de Cultura, nos encontramos dentro del ámbito de aplicación del art. 2 del EBEP». Conclusión que se refuerza aplicando «como criterio interpretativo» el apartado e) del n.º 2 del artículo 3 de la Ley de Contratos del Sector Público de 2007. En conclusión, «resultando de aplicación el EBEP, tal y como sostiene la sentencia y la Sala comparte, debe seguirse el procedimiento sancionador en él previsto, que exige la tramitación de un expediente, a tenor de su art. 98».

Creemos que la solución final es acertada, pero no la argumentación utilizada para llegar a ella. Ante todo, la Fundación Lázaro Galdiano no es en realidad una fundación privada de iniciativa pública en las que está pensando la Ley 50/2002, de Fundaciones, sino una fundación pública, creada por Ley de 17 de julio de 1948 <sup>1</sup>. Es, pues, una entidad de derecho público a todos los efectos, sin que sea necesario acudir a los argumentos que el Tribunal utiliza. Es más, a las fundaciones privadas de iniciativa pública no les es de aplicación el Estatuto Básico del Empleado Público, pese a que se consideren integrantes del sector público, se rijan por la Ley Presupuestaria y cuenten con un Patronato que permite considerarlas de alguna manera vinculadas a la Administración (conclusión a la que también es posible llegar en el marco de la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid). En este sentido, la doctrina del TSJ es, cuando menos, confusa.

---

<sup>1</sup> Sobre ello, *vid.*, ya desde 1974, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, Civitas, Madrid, 1974, p. 209, que consideran a la Fundación Lázaro Galdiano como una de «las llamadas fundaciones públicas».

## 2. *Capacidad de las entidades públicas para constituir fundaciones*

Como es sabido, en relación con las fundaciones de iniciativa pública, y según comentábamos ya en nuestra Crónica del Anuario de 2009, según el artículo 9 de la Ley madrileña de fundaciones 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.<sup>a</sup> es de aplicación general, al amparo del art. 149.1.8.<sup>a</sup> de la Constitución, y tiene su origen en el art. 6 de la Ley 30/1994) dispone en su apartado 4 que «las personas jurídico-públicas tendrán capacidad para constituir fundaciones, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario».

Las previsiones del artículo 8 de la Ley 50/2002 (y antes del art. 6 de la Ley de Fundaciones de 1994) hicieron que por algún sector se considerase (y se considere) que es necesaria una habilitación legal ulterior para reconocer de forma expresa la capacidad de las Administraciones Públicas para crear fundaciones <sup>2</sup>. Por nuestra parte, hemos mantenido que ya la ley de 1994 permitía sin más la creación de fundaciones por la Administración (salvo que la ley lo prohíba), sin que fuese necesaria esa habilitación posterior <sup>3</sup>.

Pues bien, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso del TSJ de Madrid de 29 de diciembre de 2009 (Recurso 582/2008) acoge sin duda la postura por nosotros mantenida. El Pleno del Consejo General de Colegios de Graduados Sociales aprobó el 25 de abril de 2008 la creación de la Fundación Justicia Social del Consejo General de Colegios de Graduados Sociales. La Asociación de Graduados Sociales Ejercientes consideró nulo el acuerdo, y lo impugnó ante el TSJ. Su argumento es que el acuerdo «es nulo de pleno derecho por carecer el Consejo General de capacidad suficiente para adoptarlo». Señala que ni la Ley de Colegios Profesionales ni los Estatutos del de Graduados Sociales recogen la creación de fundaciones entre las competencias que asignan al Consejo General, por lo que al carecer el Consejo de capacidad para crear la fundación objeto del acuerdo impugnado, éste deviene nulo de pleno Derecho.

---

<sup>2</sup> VAQUER CABALLERÍA, *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios*, PONS, Madrid, 1999, con Prólogo de PAREJO ALFONSO, en el que rebate nuestra opinión previa. SOCÍAS CAMACHO, *Fundaciones del Sector Público. En especial, el ámbito sanitario*, Iustel, Madrid, 2006; CARBALLEIRA RIVERA, *Fundaciones y Administraciones Públicas*, Atelier, Barcelona, 2009.

<sup>3</sup> PIÑAR MAÑAS y REAL PÉREZ, *Derecho de Fundaciones y voluntad del fundador*, PONS, Madrid, 2000, pp. 203 y ss.

El Tribunal es tajante: «el artículo octavo de la Ley 50/02 de Fundaciones, al regular la capacidad para fundar, además de los dos requisitos resaltados en la demanda para personas físicas o jurídicas privadas de índole asociativa, establece en su número 4 que las personas jurídico-públicas tendrán capacidad para constituir fundaciones, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario, de donde resulta que el Consejo General en este caso tiene reconocida por la ley, al ser una Corporación de Derecho Público, la capacidad de crear fundaciones, capacidad que sólo cedería ante una disposición expresa en contrario de las normas que la regulan, disposición que no se identifica en la demanda ni se halla en los estatutos». Y concluye que «con claridad meridiana se desprende que la creación de la Fundación y aprobación de sus Estatutos entran dentro de las funciones y fines que tiene atribuidos el Consejo General por el RD 1415/2006 y que por lo tanto no existe vicio de capacidad alguno en el acuerdo que pudiera determinar su nulidad de pleno Derecho». Y ello teniendo en cuenta que «en el supuesto que estamos examinando el Consejo General de Colegios de Graduados Sociales actuó como Administración Pública al crear una fundación, y lo hizo dentro de la función de formación de sus asociados que le viene reconocida en sus estatutos y, además, adoptó el acuerdo fundacional en la forma igualmente en ellos establecida, por lo que no puede imputarse a éste el vicio de ausencia de capacidad que pretende la demandante».

## VI. Régimen laboral de las fundaciones

La Sentencia del TSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 20 de octubre de 2009 (Recurso 2981/2009) establece que el hecho de que el Protectorado autorice a una patrona a ser contratada por una fundación para un puesto concreto no implica que pueda rebajarse su categoría si el propio patronato la ha contratado para un puesto superior aún sin autorización expresa. Debe observarse lo establecido en la legislación laboral, que impide la modificación sustancial de las condiciones de trabajo si no concurren razones técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen. En efecto, el Tribunal señala que la autorización del Protectorado de la Comunidad de Madrid para que la actora prestara servicios como coordinadora de educación infantil en la Fundación no permite concluir como ésta pretende que no cabe asignarle el puesto de Directora Pedagógica, «pues lo cierto es que con independencia de esa autorización es la empresa (*sic*) la que la ha venido considerando como Directora, encomendándole esas funciones aún sin autorización expresa».

Por otra parte, la Sentencia de la misma Sala de 12 de marzo de 2010 (Recurso 6338/2009) se enfrenta al tema del mantenimiento de los contratos de

trabajo cuando una Asociación pase a constituirse en Fundación. El cambio de naturaleza, de asociación a fundación, no implica, a efectos laborales, el cambio de empresa, que puede ser considerado como sucesión empresarial si se dan una serie de circunstancias: «la Fundación demandada no es sino continuadora de la anterior Asociación de igual nombre, habiéndose tratado de un mero cambio de titularidad jurídica y, por ende, de un supuesto de sucesión empresarial. Varias son las pruebas obrantes en autos que corroboran lo anterior. Si se observan los diversos contratos de trabajo del actor..., se comprueba sin dificultad que el Presidente de una y otra que los firma como representante es siempre la misma persona, ..., siendo también idéntico el último domicilio de la Asociación y el que tiene la Fundación demandada. Además, del poder para pleitos..., se desprende que la Fundación... se constituyó mediante escritura autorizada en 4 de octubre de 2001, procediendo a su inscripción en el Registro de la Subdirección General de Fundaciones y Entidades Tuteladas del entonces Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales en 28 de diciembre del mismo año, que fue cuando tuvo lugar el cambio de titularidad a que antes nos referimos. Por si esto fuera poco, si bien el contrato de trabajo temporal que sirve de sustento a la tesis de la empresa se celebró en 1 de enero de 2002, con una vigencia temporal pactada desde ese mismo día, en cambio, durante el período de 1 a 31 de enero de 2002, ambos inclusive, el demandante continuó figurando de alta en el Régimen General de la Seguridad Social a nombre de la Asociación... para al día siguiente ser dado de alta por la, a la sazón, Fundación... En definitiva, se trata de la misma empresa que en un momento dado cambió de titularidad. Nada más».

## VII. Régimen fiscal de los donativos a fundaciones

La Sentencia del TSJ, Sala de lo Contencioso, de 27 de enero de 2009 (Recurso 1627/2006) se refiere a la deducción autonómica del 10% por donativos a fundaciones.

Recuerda el Tribunal que «La Ley autonómica 13/2002, de 20 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la CAM, determina lo que sigue: “Seis: Por donativos a Fundaciones. Los contribuyentes podrán deducir el 10 por 100 de las cantidades donadas a fundaciones que cumplan los requisitos de la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, y que, por razón de sus fines, estén clasificadas como fundaciones culturales y/o asistenciales, sanitarias y otras de naturaleza análoga, de conformidad con lo dispuesto en el art. 8.2, apartados a) y b) del Decreto 26/1996, de 29 de febrero, por el que se crea el Registro de Fundaciones de la Comunidad de Madrid. En todo caso, será preciso que estas fundaciones se encuentren inscritas en el

Registro de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, rindan cuentas al órgano de protectorado correspondiente y que éste haya ordenado su depósito en el Registro de Fundaciones”».

A la vista de lo anterior, «y siendo así que la AEAT ha practicado respecto del donativo acreditado en el año 2003 a la entidad Fundación Intermón Oxfam, por importe de 650 euros, la correspondiente deducción en la cuota del impuesto (162,50 euros), no procede acoger —concluye el Tribunal— la impugnación actora en este punto, que pretende añadir dicha deducción autonómica por importe de 65 euros, no aceptada por la AEAT por incorrecta, toda vez que, de la certificación de dicha Entidad aportada al efecto por el recurrente y de la documental recabada al efecto de la misma en fase de prueba no resulta acreditado el cumplimiento de los requisitos exigidos al efecto por la normativa autonómica transcrita, siendo así además que tal Fundación tiene su domicilio social en Cataluña».



# Las fundaciones en la Región de Murcia

*Manuel Fernández Salmerón*

Profesor Titular de Derecho Administrativo  
Universidad de Murcia

SUMARIO: I. LAS COMPETENCIAS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LA REGIÓN DE MURCIA EN MATERIA DE FUNDACIONES.—II. LA ORGANIZACIÓN AUTÓNOMICA EN LA MATERIA. DETERMINACIONES RELATIVAS A LAS FUNDACIONES PRIVADAS DEL SECTOR PÚBLICO REGIONAL.—III. LAS FUNDACIONES DE INICIATIVA REGIONAL EN EL CONTEXTO DEL SECTOR PÚBLICO AUTÓNOMICO. EXAMEN DE ALGÚN EJEMPLO ESPECIALMENTE CONTROVERTIDO Y ANUNCIO DE PRÓXIMAS MEDIDAS DE REAJUSTE.

## **I. Las competencias de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en materia de fundaciones**

La redacción originaria del Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia (EARM), aprobado mediante Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio, no contenía disposición alguna atributiva de competencias específicas en materia de fundaciones. Tuvo que ser la reforma operada por la Ley Orgánica 4/1994, de 24 de marzo, la que las incluyera entre las de carácter *exclusivo* en el apartado 25 <sup>1</sup> del artículo 10, en los siguientes términos: *corresponde a la Comunidad Autónoma de Murcia la competencia exclusiva en las siguientes materias: 26. Fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en la Comunidad Autónoma.*

Una vez asumida estatutariamente la transferencia efectiva a la Comunidad Autónoma de tan amplios poderes se materializó mediante el Real Decreto 372/1995, de 10 de marzo, el cual hacía efectivo dicho traspaso competencial desde el 1 de marzo de 1995, disponiendo, como viene siendo habitual en este tipo de instrumentos, un cálculo sobre los medios personales y financieros necesarios para su materialización, así como añadiendo una relación de las fundaciones por entonces radicadas o que ejercían su actividad en el territorio de la Comunidad Autónoma.

---

<sup>1</sup> Que pasó a ser definitivamente el 26 a partir de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/1998, de 15 de junio.

## II. La organización autonómica en la materia. Determinaciones relativas a las fundaciones privadas del sector público regional

Por lo que se refiere específicamente a las fundaciones privadas de iniciativa pública<sup>2</sup>, conviene destacar que la CARM detectó ya en un momento próximo a la transferencia efectiva de las competencias en esta materia, según hemos analizado *supra* en el apartado primero, la existencia de algunas disfuncionalidades que afectaban al modo en que el ejercicio de las mismas venía organizado.

En efecto, por Decreto 28/1997, de 23 de mayo, se intentó solucionar algunas disfunciones advertidas en materia de fundaciones. No obstante, la norma era más ambiciosa e intentaba resolver las dificultades detectadas tanto en el ámbito general de la intervención pública en materia de fundaciones, como en el específico sector de las de iniciativa pública regional. No obstante, la propuesta en ambos casos era siempre la misma: la conveniencia de transitar desde un modelo concentrado en cuanto a la titularidad y ejercicio de las funciones de Protectorado sobre las fundaciones de competencia de la CARM, que venía recayendo en la Consejería de Presidencia, a otro «descentralizado en el que cada Consejería ejerza el Protectorado respecto de las fundaciones relacionadas con sus competencias», lo que «puede coadyuvar decisivamente para conseguir una mayor cercanía sectorial entre la Administración y las Fundaciones»<sup>3</sup>. El cambio se operó con carácter general y en el sentido indicado en el artículo 1 de dicho Decreto. Se puede comprobar en la exposición que sigue<sup>4</sup>, con ejemplos, la realidad de este sistema descentralizado en la asunción de las funciones de patronazgo sobre las fundaciones de la Región de Murcia<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> Algún autor las ha denominado, con acierto, fundaciones privadas «en mano pública» (M. VAQUER CABALLERÍA, *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios sanitarios*, Marcial Pons, Madrid, 1999), aunque se trata de una terminología de escaso eco doctrinal y legislativo, siendo, por el contrario, de más frecuente acogida en dichos ámbitos la mencionada en el texto de fundaciones «de iniciativa pública».

<sup>3</sup> Exposición de Motivos del Decreto 28/1997, de 23 de mayo.

<sup>4</sup> *Infra*, apartado III.

<sup>5</sup> En la práctica el sistema se encuentra más desagregado aún, en la medida en que la función de patronazgo no suele tampoco desempeñarse materialmente por los titulares de las correspondientes Consejerías, siendo frecuente la delegación en órganos inferiores. *Vid.*, por ejemplo, al respecto la Orden de la Consejería de Turismo y Cultura, de 4 de abril de 2001, por la que se delega el ejercicio de competencias en materia de fundaciones culturales en la Secretaría General. En el ámbito de las fundaciones «asistenciales» las mudanzas en la atribución del ejercicio de esta importante función pública han sido mayores. En un primer momento, se atribuyeron a «los titulares de los centros directivos de la Consejería de Sanidad y Política Social que sean competentes en razón a los fines perseguidos por la respectiva fundación, las fun-

Todo ello, como enfatizaba la Exposición de Motivos de la propia norma, «sin perjuicio de que el Registro de Fundaciones sea único para todo el ámbito de la Comunidad Autónoma, siguiendo así el modelo de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General». A estos efectos, el artículo 2 del Decreto dispone que «1. Se establece el Registro de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, que será único para todo el ámbito de dicha Comunidad y que dependerá de la Consejería de Presidencia, adscribiéndose a la Secretaría General de dicho Departamento [...] 2. El funcionamiento del Registro de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia se regulará reglamentariamente mediante Decreto»<sup>6</sup>.

En el caso específico de las fundaciones de iniciativa pública regional, la cuestión planteaba perfiles propios en cuanto que «la posibilidad legal de que las personas jurídico-públicas puedan constituir fundaciones, ha dado lugar a que diversos Departamentos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia hayan creado fundaciones, en cuyos órganos de gobierno participan los titulares de las Consejerías implicadas y otros altos cargos pertenecientes a las mismas, lo que provoca una incompatibilidad entre las funciones que los mismos vienen llamados a desempeñar en su doble condición de patrono y protector»<sup>7</sup>.

En consecuencia, con dicho diagnóstico la norma parte de la consideración de que para la garantía de «la independencia del Protectorado en el ejer-

---

ciones del Protectorado de las fundaciones que desarrollen principalmente sus actividades en el ámbito de la Comunidad Autónoma, con excepción de aquellas en cuyo órgano de gobierno participen altos cargos de la Comunidad Autónoma» (Orden de 7 de julio de 1997, dictada en ejecución directa del Decreto 28/1997, de 23 de mayo, hasta el punto de condicionar su entrada en vigor a la de éste); más tarde, la competencia se delegó en la Secretaría Sectorial de Acción Social, Menor y Familia de la Consejería de Trabajo y Política Social (Orden de 26 de julio de 1999); en un tercer momento, lo fue en la Dirección General de Política Social de dicho departamento (Orden de 22 de noviembre de 2000); finalmente, en la actualidad la misma recae en la Secretaría Sectorial de Acción Social de la Consejería de Trabajo, Consumo y Política Social (Orden de 29 de julio de 2003).

<sup>6</sup> Remisión normativa que ha quedado inactuada hasta el momento.

<sup>7</sup> Exposición de Motivos del Decreto 28/1997, de 23 de mayo. Resulta en todo caso llamativa la identificación entre las «personas jurídico-públicas» y los «Departamentos» de la Administración Pública regional, dado que, como es bien sabido y salvo que este último término se interprete al margen del uso corriente, estas unidades organizativas carecen de tal personalidad jurídica, conclusión extraíble de lo dispuesto en el artículo 2.1 de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia: «La Administración General de la Comunidad Autónoma, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, actúa con personalidad jurídica única».

cicio de sus competencias es preciso atribuir el mismo, en este tipo de fundaciones, a un órgano con superioridad jerárquica sobre los altos cargos integrantes de los Patronatos de las Fundaciones con participación de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, requisito que concurre en el Vicepresidente». En resumen, como regla el protectorado corresponde a la Consejería que, por razón de la materia, se encuentre vinculada a la fundación, excepto en el caso de que ésta cuente con participación de la Comunidad Autónoma en sus órganos de gobierno, en calidad de patrono, supuesto en el que dicho protectorado corresponde al Vicepresidente del Gobierno regional.

Pero sólo recientemente, una vez decidida la reordenación jurídico-organizativa de la Administración Pública regional mediante la aprobación de dos importantes leyes, el legislador murciano ha introducido algunas reglas, por lo demás bastante elementales, aplicables a este tipo de fundaciones, en la disposición adicional primera de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. En la misma se establece que: «1. Las fundaciones constituidas, mayoritariamente o en su totalidad, por aportaciones de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, se rigen por el Derecho privado y por la normativa específica que les resulta de aplicación». Así como que «2. El Consejo de Gobierno aprobará la constitución de las fundaciones a que se refiere el apartado anterior, su dotación económica, los estatutos, y la designación de los miembros que, en representación de la Comunidad Autónoma, vayan a formar parte de su patronato».

Ninguna peculiaridad reseñable introduce pues la regulación de régimen jurídico murciana por lo que se refiere a la disciplina de las fundaciones de iniciativa pública autonómica, sin que la frase remisiva «por la normativa específica que les resulta de aplicación» añada nada que no se encuentre ya predeterminado por el ordenamiento jurídico. De hecho, los límites de aplicación que pudieran suscitar mayores dificultades, los referidos a la contratación pública, deben extraerse de la normativa estatal al respecto, esto es, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) y demás disposiciones, asimismo estatales, de desarrollo. De conformidad con la misma, como es ya sabido, junto a las Entidades Públicas Empresariales que hayan sido creadas para satisfacer necesidades de interés general que *tengan* carácter industrial o mercantil y las sociedades mercantiles en las que la participación pública, directa o indirecta, sea superior al 50% del capital social, siempre que la misma se haya creado para satisfacer necesidades de interés general que tengan carácter industrial o mercantil, 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 carác-

ter de permanencia, esté formado en más de un 50% por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades comparten la consideración de *entes del sector público* a efectos de sujeción a la disciplina sobre contratación pública <sup>8</sup>.

### III. Las fundaciones de iniciativa regional en el contexto del sector público autonómico. Examen de algún ejemplo especialmente controvertido y anuncio de próximas medidas de reajuste

Lo cierto es que, como viene sucediendo en la mayor parte de las Comunidades Autónomas, en la CARM el sector público regional en términos económicos ha venido progresivamente engordándose con un número creciente de fundaciones, hasta convertirse —y en este punto sigue sin existir novedad o particularidad murciana alguna— en la opción organizativa prevalente de determinadas actividades y exponente máximo de la tan traída y llevada «huida del Derecho Administrativo», en cuyos perfiles y manifestaciones esenciales no entraremos en esta sede por razones obvias.

En este sentido, en 2010 la cantidad de fundaciones privadas con representación de la CARM en sus órganos de gobierno es ciertamente considerable. A partir de la propia información suministrada por la Administración regional <sup>9</sup>, éstas son las siguientes, agrupadas por sectores. En el de fundaciones «*docentes*» <sup>10</sup> se incluyen: la «Fundación de Instituto de la Comunicación»; la «Fundación Séneca. Centro de Coordinación de la Investigación» <sup>11</sup>; la «Fun-

---

<sup>8</sup> En esencia, dicho sometimiento se contrae a pocas reglas: 1.ª) dichos entes sólo celebran contratos privados; 2.ª) no obstante, en su celebración y adjudicación deberán observar los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación (art. 176 LCSP), y 3.ª) deben aprobar unas *instrucciones internas*, cuya finalidad consiste en asegurar la efectividad de tales principios y que el contrato se adjudique en todo caso a la oferta económicamente más ventajosa. Dichas instrucciones deberán estar accesibles para todos los interesados en participar en los procedimientos de adjudicación de contratos regulados por ellas, así como publicarse en el *perfil de contratante* de la entidad en cuestión (art. 42 LCSP).

<sup>9</sup> Sobre la que hemos detectado llamativas faltas de actualización que ponemos de manifiesto oportunamente a continuación, siempre hasta donde ha alcanzado nuestro conocimiento.

<sup>10</sup> Se comprobará a continuación que tal adjetivación viene empleada en un sentido muy lato e incluso en algunos casos resulta complejo identificar ninguna actividad fundacional vinculada, directa ni indirectamente, con la docencia.

<sup>11</sup> «La Fundación asumirá los fines y tendrá atribuidas las funciones propias de la gestión del Plan Regional de Investigación, Desarrollo Tecnológico y del Conocimiento y, en cuanto Centro de Coordinación de la Investigación, servirá de instrumento a la Administración regio-

dación Integra»; la «Fundación Instituto Euromediterráneo de Hidrotecnia»<sup>12</sup>; la «Fundación Agencia Regional de Gestión de la Energía de Murcia»; la «Fundación Escuela de Práctica Jurídica San Isidoro de Cartagena»; la «Fundación para la Formación e Investigación Sanitaria»; la «Fundación Instituto de Estudios Económicos de la Región de Murcia», así como la «Fundación *Cluster* para la Protección y la Conservación del Mar Menor»

Entre las que vienen denominadas fundaciones «*culturales*» pueden identificarse, en cambio, estas otras: la «Fundación Mariano Ruiz Funes»; la «Fundación Amigos del Casino de Murcia»; la «Fundación Orquesta Sinfónica de la Región de Murcia», y la «Fundación Teatro Romano de Cartagena». Entre las «*asistenciales*», la «Fundación Hospital de Cieza»<sup>13</sup> y la «Fundación para la tutela y la defensa judicial de adultos».

En cambio, y como tales fundaciones de iniciativa privada, se encuentran meramente bajo el protectorado de la Consejería de Presidencia algunas otras. Entre las fundaciones «*deportivas*» se mencionan las siguientes: la «Fundación Real Murcia C.F.»; la «Fundación Polígono Cartagena F.C.» y la «Fundación Vedruna». Como fundaciones «*de cooperación al desarrollo*» pueden relacionarse éstas: la «Fundación Española de Ayuda a las Misiones»; la «Fundación *Polaris* de Cooperación y Ayuda al Desarrollo». Por último, se incluyen bajo el pro-

---

nal para llevar a cabo actuaciones coordinadas de carácter paralelo o específico de cada sector [...] Igualmente la Fundación tiene por objeto informar, asesorar, apoyar y colaborar con los diversos sectores relacionados o interesados en la investigación, el desarrollo tecnológico y el fomento del conocimiento y los recursos humanos, con el fin de favorecer la necesaria coordinación entre dichos sectores».

El citado sobrenombre de «Centro de Coordinación de la Investigación» que recibe esta fundación fue en su día sustituido por el todavía más confuso de «Agencia Regional de Ciencia y Tecnología». Denominación de «agencia» que, como se puede comprobar seguidamente, comparten otros entes fundacionales de iniciativa autonómica. Acerca de la manifiesta inadecuación de esta forma de personificación jurídico-privada para la adjudicación de los fondos regionales destinados a la investigación, de ordinario en régimen de concurrencia, volvemos sucesivamente en el texto.

<sup>12</sup> Este peculiar ente recibe en la actualidad la denominación de «Fundación Euromediterránea del Agua» y, como se indica en su propia web (<http://www.f-iea.es/>), su creación «tiene su origen en la Recomendación 1471/2000 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de fecha 25 de septiembre de 2000, aprobada posteriormente por su Comité de Ministros en Respuesta adoptada en la 748.<sup>a</sup> reunión de Delegados de Ministros el 3 de abril de 2001», habiéndose constituido el 23 de julio de ese mismo año.

<sup>13</sup> También clasificada como «*sanitaria*». Aunque nacido como el exponente murciano de la flexibilización de las formas organizativas en la Sanidad pública española, al modo de los —por este mismo motivo— célebres Hospitales de Manacor o Alcorcón, en la actualidad recibe el nombre de «Hospital de la Vega Lorenzo Guirao» y ha perdido en 2009 su naturaleza fundacional privada.

tectorado de esta Consejería las fundaciones de «*fomento de la economía*» y «*desarrollo tecnológico*», ambas categorías ciertamente minoritarias <sup>14</sup>.

Pues bien, del heterogéneo conjunto de fundaciones pertenecientes al primero de los grupos examinados (las que cuentan a la CARM entre sus patronos), tal vez merezca destacarse, desde el punto de vista del respeto a las garantías que el ordenamiento jurídico administrativo atribuye a los ciudadanos frente a la actuación de las Administraciones Públicas, la «Fundación Séneca. Agencia Regional de Ciencia y Tecnología». En efecto, esta entidad tiene entre sus funciones esenciales la de distribuir los fondos regionales destinados al fomento de la investigación científica, lo que implica de suyo que las convocatorias conlleven la necesaria asignación de recursos públicos escasos entre una pluralidad de solicitantes en régimen de concurrencia excluyente.

Que el ejercicio de tan importante función de asignación de fondos públicos en procedimientos competitivos se lleve a cabo por parte de una persona jurídica privada conlleva muy importantes —e indeseables— consecuencias, con independencia, claro está, de cuáles sean la trayectoria y la práctica habitual de la institución en el ejercicio de tan sensible misión, la cual en absoluto prejuizamos <sup>15</sup>. Lo cierto es que ninguna de las exigencias preceptuadas por nuestras normas en materia de procedimiento administrativo (requisitos de publicidad oficial, plazos de subsanación, comunicaciones, etc.) o control (recursos administrativos y, sobre todo, control judicial contencioso-administrativo de sus resoluciones), rigen en el desarrollo de la actividad desplegada por esta fundación; como tampoco lo hace, en consecuencia, ninguno de los principios y técnicas construidos durante decenios para desplegar con la mayor

---

<sup>14</sup> No obstante, como se señala en el texto, nos hemos limitado a mencionar algunas de las fundaciones cuyo protectorado ha asumido la CARM. Lógicamente, son muchas otras las incardinables en este grupo, correspondiendo el protectorado sobre las mismas, tal y como ya vimos que dispuso el Decreto 28/1997, de 23 de mayo, a Consejerías distintas de la de Presidencia y, destacadamente, a las de Educación, Formación y Empleo (para más información puede consultarse la URL: [http://www.carm.es/neweb2/servlet/integra.servlets.ControlPublico?IDCONTENIDO=907&IDTIPO=140&RASTRO=c77\\$m](http://www.carm.es/neweb2/servlet/integra.servlets.ControlPublico?IDCONTENIDO=907&IDTIPO=140&RASTRO=c77$m)) y Cultura y Turismo (para más información puede consultarse la URL: [http://www.carm.es/neweb2/servlet/integra.servlets.ControlPublico?IDCONTENIDO=7411&IDTIPO=100&RASTRO=c791\\$m](http://www.carm.es/neweb2/servlet/integra.servlets.ControlPublico?IDCONTENIDO=7411&IDTIPO=100&RASTRO=c791$m)). Otros departamentos ejercen el protectorado sobre un número menor de fundaciones. Así, las de carácter «*medioambiental*» y «*agrícola*» (una sola de cada especie hasta el momento: «Desarrollo Sostenible» y «Tierra Integral», respectivamente) se encuentran vinculadas a la Consejería de Agricultura y Agua; las de «*investigación*» (de nuevo, una sola: «Fundación *Ars civilis*») a la Consejería de Universidades, Empresa e Investigación; las de «*defensa del consumidor*» a la Consejería de Sanidad y Consumo (nuevamente, una: «Instituto Murciano de Consumo»).

<sup>15</sup> Es más, si se permite trasladar la propia experiencia personal, en mi calidad de asiduo solicitante (y beneficiario) de líneas de financiación promovidas por esta Fundación, no he detectado nunca caso alguno de arbitrariedad.

eficacia y penetración posibles dicho control de la actividad administrativa (desviación de poder, interdicción de la arbitrariedad, etc.), lo que muy seguramente no resulte razonable y suponga una amputación de garantías jurídicas difícilmente justificable.

Por último, conviene aludir a la reciente previsión de «adelgazamiento» del sector público autonómico murciano motivada por la grave situación de crisis que vive el país, el cual, inevitablemente, afectará de manera no desdeñable a las fundaciones dependientes de la Administración regional. En efecto, como presunta manifestación de una enérgica política de austeridad, el Presidente de la Comunidad Autónoma, Ramón Luis Valcárcel, anunciaba en una reciente comparecencia en la Asamblea Regional <sup>16</sup> la reducción en un 30% del centenar, prácticamente, de entes dependientes de la CARM, entre personas jurídico-públicas (organismos autónomos, consorcios, etc.), y privadas (sociedades o fundaciones). La solución para tal reducción no pasará siempre, sin embargo, por la radical supresión del ente en cuestión, sino que, según los casos, la misma consistirá bien en la extinción, bien en la absorción por otros entes.

Pero lo más llamativo del discurso del Presidente regional tal vez sea su advertencia de que con tamaña reducción organizativa no se verán afectados en modo alguno los servicios y actividades que los entes suprimidos vengan desarrollando, los cuales quedarán en todo caso garantizados, sin que los ciudadanos, en consecuencia, adviertan de modo significativo —cabe pues presumir— la anunciada amputación de la Administración Pública autonómica. Advertencia que nos remite ya inevitablemente al plano de la racionalidad política, porque de tales manifestaciones sólo pueden extraerse dos consecuencias alternativas: o bien la absoluta superfluidad o ineficacia de las entidades a extinguir y, en consecuencia, la verificación de una política organizativa muy poco cuidadosa con el presupuesto público, o bien la escasa entidad esta vez de los fines asignados a las mismas. *Tertium non datur*.

---

<sup>16</sup> 15 de junio de 2010.

# Las fundaciones en la Comunidad Foral de Navarra

*Martín M.<sup>a</sup> Razquin Lizarraga*

Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad Pública de Navarra

SUMARIO: I. NORMATIVA SOBRE FUNDACIONES.—II. JURISPRUDENCIA SOBRE FUNDACIONES.

## I. Normativa sobre fundaciones

La actividad normativa sobre fundaciones ha sido muy escasa durante el año 2009. Solamente la Ley Foral 17/2009, de 23 de diciembre, de modificación de diversos impuestos y otras medidas tributarias (BON núm. 160, de 29 de diciembre) recoge algunas disposiciones aplicables a las fundaciones, puesto que modifica dos preceptos de la Ley Foral 10/1996, de 2 de julio, reguladora del régimen tributario de las fundaciones y de las actividades de patrocinio.

El artículo 9 de la Ley Foral 17/2009 modifica los artículos 22 y 25.1 de la Ley Foral 10/1996. El primero de ellos hace referencia a la compensación de las bases liquidables negativas con las bases liquidables positivas de los quince años inmediatos y sucesivos, y el segundo procede a dar una definición de la cuota líquida señalando que se entiende como «la resultante de minorar la cuota íntegra en el importe de las deducciones y bonificaciones establecidas en el Impuesto sobre Sociedades».

Por otra parte, el Gobierno de Navarra, mediante Acuerdo de 26 de enero de 2009 (BON de 13 de febrero de 2009), ha creado la fundación pública «Fundación Instituto Navarro de las Artes Audiovisuales y la Cinematografía (INAAC)».

## II. Jurisprudencia sobre fundaciones

En este último período se han dictado dos Sentencias por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en las que se aborda la materia de las fundaciones. Se trata de las Sentencias de 29 de diciembre de 2008 y de 16 de marzo de 2009. En ambas sentencias se

aborda el mismo asunto, consistente en la valoración de los méritos por servicios prestados por los aspirantes a los puestos de trabajo de facultativo especialista en anatomía patológica del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea. En relación con dicho proceso selectivo se debate la valoración de los méritos de un aspirante que ha prestado servicios en una fundación, en concreto, la Fundación Hospitalaria Calahorra. Es importante determinar si dicha Fundación es una fundación privada o, por el contrario, se ha creado como un organismo público, dado que la puntuación por los servicios prestados varía en función de dicho parámetro.

La cuestión central se examina en el fundamento de derecho segundo de la Sentencia de 28 de diciembre de 2008 que versa sobre si la Fundación es un organismo público o una fundación privada. Por el recurrente se alega que es una fundación privada y que por tanto se han valorado erróneamente los méritos de otro aspirante al considerar que los servicios fueron prestados en una Administración Pública.

Esta Sentencia dice así:

«La parte actora se ha aquietado, en su apelación, respecto al pronunciamiento señalado en el tercer punto, es decir, sobre la admisión a efectos valorativos de los cursos de doctorado, pero interesa la revocación de la Sentencia de instancia respecto a la admisión de la valoración de los servicios prestados en la Fundación Hospitalaria Calahorra como servicios prestados en centro perteneciente a la Administración Pública. Y ello al entender que la Sentencia apelada se equivoca al considerarla como Administración Pública, puesto que la Fundación es de naturaleza privada y por lo tanto, los servicios prestados en ella debieran computarse como desarrollados en hospital privado.

Es interesante apreciar cómo en el recurso de alzada presentado por la recurrente, la argumentación que se empleó para combatir inicialmente la valoración de méritos fue la de afirmar que el “Hospital Fundación Calahorra” era un centro sanitario privado “...con quien, pueden suscribirse los convenios o conciertos a que se refieran los artículos 94 y siguientes de dicha Ley (50/1998)...” Y ha sido después, ya en demanda, como también ahora en sede de apelación, donde la pretensión mantenida por la actora se aferra al argumento jurídico de que la Fundación Hospital Calahorra ha sido constituida al amparo de la Ley 30/1994 de Fundaciones y por lo tanto ha de ser considerada como centro privado, con los efectos ya expuestos. Pero no es cierto que esta Fundación se haya constituido en la forma señalada por la representación de la Sra. Laura; por el contrario, es indudable que esta Fundación Hospital Calahorra se constituyó como hospital público del INSALUD al amparo del art. 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre y

el R. Decreto 29/2000, de 14 de enero. Y como esta ley 50/1998 de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, establece en su artículo 111.2.º fue constituido como “organismo público, adscrito al Instituto Nacional de la Salud”, que posteriormente pasó a depender de la Comunidad Autónoma de La Rioja. Por lo que la alusión efectuada a lo dispuesto en el art. 2.2.º de la Ley 30/1992, por la recurrente y ahora apelante, debe mantenerse, sí, pero en el sentido contrario a lo argumentado. No cabe duda ninguna de que la Fundación Hospital de Calahorra pertenece a la Administración Pública.

No sólo debe destacarse cómo la argumentación desarrollada por la Magistrada de instancia es plenamente ajustada a Derecho en este punto y debe ser confirmada en todos sus aspectos, en contra de lo afirmado por la representación de la Sra. Laura, sino que además es de absoluta justicia subrayar cómo la fundamentación jurídica de la resolución administrativa, que desestimó el recurso de alzada, tiene pleno acierto jurídico.

Por todo ello, debe confirmarse la Sentencia impugnada en este concreto apartado, con desestimación de la apelación presentada por la Sra. Laura».

La Sentencia de 16 de marzo de 2009 se limita a transcribir este fundamento de derecho segundo y, en definitiva, a confirmar el carácter de organismo público de la Fundación Hospitalaria Calahorra.



# El Derecho de Fundaciones en la Comunidad Autónoma del País Vasco

*Edorta Cobreros Mendazona*

Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad del País Vasco

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LOS ÓRGANOS RESPONSABLES DEL REGISTRO DE FUNDACIONES.—III. EL RÉGIMEN GENERAL DE SUBVENCIONES AL TERCER SECTOR EN EL ÁMBITO DE LA INTERVENCIÓN SOCIAL.—IV. JURISPRUDENCIA: 1. *El transcurso del plazo para resolver y notificar la inscripción registral tiene carácter desestimatorio.* 2. *No hay arbitrariedad en la transformación de una Sociedad Anónima Pública en Fundación.*

## I. Introducción

En la anterior Crónica analizábamos con detenimiento el panorama normativo al que están sometidas las Fundaciones en la Comunidad Autónoma del País Vasco. Y lo hacíamos, obviamente, a partir de la Ley de Fundaciones del País Vasco y de dos decretos que la desarrollan (el Reglamento del Protectorado y el del Registro de Fundaciones), e intentando contrastarlo —para su mejor comprensión— con la normativa estatal.

Más concretamente, se trataba de la *Ley de Fundaciones del País Vasco* 12/1994, de 17 de junio <sup>1</sup>, modificada en dos ocasiones: la primera, por 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, por la Ley 7/2007, de 22 de junio,

---

<sup>1</sup> Recuérdese que esta Ley —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 (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.

de Asociaciones de Euskadi, que añade una nueva disposición adicional cuarta, relativa al régimen de las Fundaciones constituidas por personas jurídicas públicas. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo que entonces analizamos eran el Decreto 100/2007, de 19 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del Protectorado de Fundaciones del País Vasco, y el Decreto 101/2007, de 19 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Fundaciones; y ambos 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.

Este panorama normativo no ha sido modificado y aquel análisis sigue siendo perfectamente válido.

En esta *Crónica*, entonces, daremos cuenta únicamente de dos innovaciones reglamentarias y sendos pronunciamientos jurisprudenciales que desde entonces se han producido.

## II. Los órganos responsables del Registro de Fundaciones

Sobre las disposiciones que regulan el Protectorado de las Fundaciones del País Vasco ya vimos que éste se ejerce por la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco, a través del Departamento de Justicia.

Pues bien, como consecuencia de la renovación gubernamental (tras las últimas elecciones autonómicas) se ha producido la lógica reestructuración departamental y, en lo que se refiere al Departamento responsable de las Fundaciones, éste se denomina ahora Departamento de Justicia y Administración Pública <sup>2</sup> y en su Viceconsejería de Régimen Jurídico se ubica la Dirección de Registros Administrativos y de Régimen Local, a la que se le atribuye, entre otras materias, el «régimen general de las fundaciones de competencia de esta Comunidad Autónoma y Protectorado y Registro de las mismas» <sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> *Vid.* el Decreto 2/2009, de 8 de mayo, del Lehendakari, de creación, supresión y modificación de los departamentos de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco y de determinación de funciones y áreas de actuación de los mismos (modificado por el Decreto 20/2009, de 30 de julio); y, por lo que ahora más interesa, el Decreto 472/2009, de 28 de agosto, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Justicia y Administración Pública, modificado por el Decreto 57/2010, de 23 de febrero, en un aspecto directamente relacionado con el Registro de Fundaciones.

<sup>3</sup> Artículo 26.1.b), en la redacción dada por el Decreto 57/2010, citado en la nota anterior.

### III. El régimen general de subvenciones al tercer sector en el ámbito de la intervención social

En el ámbito regulador de la actividad subvencional, ha entrado en vigor una disposición reglamentaria de destacada importancia para las Fundaciones del País Vasco (mejor, para algunas de ellas). Se trata del Decreto 649/2009, de 29 de diciembre, por el que se regulan *las subvenciones para el fomento de actividades del tercer sector en el ámbito de la intervención social en el País Vasco*, cuyo objeto es, precisamente, la regulación del *marco general de ayudas y subvenciones* que el Gobierno vasco, a través del Departamento de Empleo y Asuntos Sociales, otorgue a las entidades de iniciativa social sin ánimo de lucro, para contribuir a la financiación de actividades que desarrollen en el ámbito de los servicios sociales y, en general, la intervención social.

No procede aquí un análisis detallado de esta disposición, pero sí —al menos— debía quedar indicada su importancia.

### IV. Jurisprudencia

Ciñéndonos exclusivamente a los casos relativos a Fundaciones del ámbito autonómico vasco, podemos mencionar dos pronunciamientos: el primero —del Tribunal Supremo—, referido a denegación de inscripción registral; el segundo —del TSJPV—, referido a la transformación de una empresa pública en Fundación.

#### 1. *El transcurso del plazo para resolver y notificar la inscripción registral tiene carácter desestimatorio*

Recordando algunos aspectos del régimen legal de la inscripción de las fundaciones, tenemos: A) Que 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). B) Que 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). C) Que existe una Comisión Asesora del Protectorado 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 im-

prescindible para la inscripción de la fundación (arts. 40.2 LFPV y 36.4 RRPV). D) Que 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 la *Crónica* del pasado año ya dimos cuenta, a estos efectos, de la STSJPV de 25 de octubre de 2004. Pues bien, interpuesto recurso de casación contra esta Sentencia, el Tribunal Supremo (Sala Tercera, Sección 6.<sup>a</sup>), en su Sentencia de 17 de febrero de 2009, rec. núm. 910/2005, ratificará la corrección de la interpretación efectuada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Bilbao, en relación con el carácter desestimatorio del transcurso del plazo —que hemos visto que era de seis meses— establecido en la Ley vasca de Fundaciones para proceder a la (reglada) inscripción de cualquier Fundación.

## **2. *No hay arbitrariedad en la transformación de una Sociedad Anónima Pública en Fundación***

La STSJPV (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.<sup>a</sup>), de 17 de febrero de 2010, rec. núm. 633/2009, resuelve un recurso planteado por un determinado Sindicato contra un Decreto del Gobierno Vasco donde, por lo que aquí interesa, los recurrentes tachaban de arbitraria la transformación de NEIKER (Instituto Vasco de Investigación y Desarrollo Agrario), que era una Sociedad Anónima Pública, en una Fundación.

A este respecto, la Sentencia —que desestimaré el recurso en su integridad— dirá:

«El hecho de que NEIKER, como sociedad anónima pública, se encontrara ya en el ámbito del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, no excluye que la Administración, que el Gobierno Vasco, pueda alterar la naturaleza, en concreto, desde la perspectiva en la que se mueve el debate en el expediente y en los autos, también en el ámbito del sector público, en concreto en relación con una fundación del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, estando a lo recogido en el Texto Refundido de la Ley de Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco, en su art. 7.4.b) y la regulación de las fundaciones del sector público que incorporan los nuevos artículos 23 bis, 23 ter y 23 quáter, que inicialmente fueron incorporados por la Disposición Final Sexta de la Ley 5/2006, de 17 de noviembre de Patrimonio de Euskadi, y que como antes hemos referido, reproduce la Disposición Final Sexta del Texto Refundido de la Ley de Patrimonio de Euskadi, aprobado por Decreto Legislativo 2/2007».

# El régimen jurídico de las Fundaciones en la Comunidad valenciana

*Juan Francisco Mestre Delgado*

Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Valencia

SUMARIO: I. EL TÍTULO COMPETENCIAL: LAS PREVISIONES DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA.—II. LA EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN AUTONÓMICA EN MATERIA DE FUNDACIONES.—III. LOS ASPECTOS PRINCIPALES DE LA REGULACIÓN DE LAS FUNDACIONES EN LA COMUNIDAD VALENCIANA: 1. *El ámbito de aplicación de la Ley valenciana*. 2. *Respecto a los fines y los beneficiarios de la Fundación*. 3. *La personalidad jurídica*. 4. *El domicilio. El caso de las Fundaciones extranjeras*. 5. *Las reglas sobre la constitución de las Fundaciones*. 6. *Sobre el gobierno de la Fundación*. 7. *Sobre el régimen económico de las Fundaciones*. 8. *Sobre la modificación, fusión, extinción y liquidación de las Fundaciones*.—IV. LAS REGLAS SOBRE EL PROTECTORADO Y EL REGISTRO DE FUNDACIONES.—V. LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO.—VI. UNA CONSIDERACIÓN FINAL.

## I. El título competencial: las previsiones del Estatuto de Autonomía

El artículo 31.23 del Estatuto (en su redacción inicial, conforme a la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio) atribuía competencia exclusiva a la Generalidad valenciana en la materia «fundaciones y asociaciones de carácter docente, cultural, artístico, benéfico-asistencial y similares que desarrollen principalmente sus funciones en la Comunidad».

El artículo 49.1.23 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, modificado mediante Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, atribuye competencia exclusiva sobre la materia «fundaciones y asociaciones de carácter docente, cultural, artístico y benéfico asistencial, de voluntariado social y semejantes, cuyo ámbito principal de actuación sea la Comunitat Valenciana».

La previsión estatutaria, semejante a la de la mayoría de los Estatutos de primera generación, respeta inequívocamente los criterios de la jurisprudencia constitucional en materia de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de fundaciones. Como es conocido, la materia «fundaciones» no se encuentra expresamente contemplada en la Constitución, aunque esta circunstancia no significa, como ha recordado la jurisprudencia constitucional (más recientemente, en la STC 341/2005, de 21

de diciembre) que el Estado carezca de competencias en relación con el derecho de fundaciones proclamado en el artículo 34 de la Constitución: «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 (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».

En los primeros Estatutos se incorporó la competencia exclusiva sobre fundaciones y asociaciones de carácter docente, cultural, artístico, benéfico, asistencial y similares, en tanto desarrollen principalmente sus funciones en cada una de ellas (así, en los de País Vasco, Andalucía, Cataluña, Canarias y Galicia, además del valenciano) en una formulación que adquirió relevancia constitucional (STC 48/1988, de 22 de marzo) y que posteriormente se integró en el artículo 2.f) de la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre (se refería a la competencia exclusiva sobre «fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en la Comunidad Autónoma»).

## **II. La evolución de la regulación autonómica en materia de Fundaciones**

Como ha sucedido en otros ordenamientos autonómicos, en la Comunidad valenciana las primeras regulaciones en materia de Fundaciones fueron de carácter concreto y fragmentario, estrictamente apegadas a las previsiones estatales, atendiendo a aspectos puntuales, como son, en particular, el Registro de Fundaciones y Asociaciones Docentes y Culturales Privadas y Entidades Análogas (Decreto 146/1983, de 21 de noviembre), el Registro de Fundaciones (Decreto 15/1991, de 21 de enero), la obra benéfico-social de las cajas de ahorros con domicilio social en la Comunidad valenciana (Decreto 215/1993, de 23 de noviembre), el Registro y Protectorado de Fundaciones de la Comunidad Valenciana (Decreto 60/1995, de 18 de abril, modificado por el Decreto 42/1996, de 5 de marzo, y por el Decreto 208/1996, de 26 de noviembre) y el Registro de Fundaciones Benéfico-Asistenciales y Laborales (Decreto 116/1995, de 6 de junio).

Caracterizaba esta inicial regulación su vinculación con regulaciones específicas estatales, que la normativa valenciana desplazaba en virtud de la competencia autonómica, pero dentro del mismo concreto modelo uniforme.

En el año 1998 se produjo la primera regulación de alcance general de las fundaciones en la Comunidad valenciana. La Ley 8/1998, de 9 de diciembre, afrontó por primera vez esta tarea. En su Exposición de Motivos se reconoce la «visión fragmentaria de la materia fundacional» que caracterizó la regulación anterior, y arriesga una declaración general sobre la finalidad perseguida: «establecer el régimen jurídico de las fundaciones de la Comunidad Valenciana; facilitar su actividad, atendiendo a la realidad sociológica valenciana; y, asimismo, procurar que las fundaciones cumplan, respetando siempre su autonomía, los fines de interés general para cuya satisfacción fueron creadas».

La Ley 8/1998 ha sido objeto de dos reformas, de distinta intensidad y alcance. La primera, efectuada mediante la Ley 11/2002, de 23 de diciembre (DOGV del 31), de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat valenciana (esto es, mediante el expediente de una ley de acompañamiento a la de Presupuestos, criticable como técnica de modificación o reforma indiscriminada del ordenamiento en términos generales, por afectar a las exigencias de seguridad jurídica, certeza y conocimiento del Derecho; la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha precisado, como es conocido, el alcance de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, especificando que en él tienen cabida, además de las determinaciones que constitucionalmente se reservan a las mismas, aquellas decisiones que se encuentren vinculadas con la política económica del Gobierno, subrayando que cualquier otra decisión del Legislador no puede incluirse en este tipo de Ley, que durante algunos años incluía en sus disposiciones adicionales reformas de todo tipo de regulaciones; por ello, y en la medida en que las denominadas leyes de acompañamiento incurren en estos mismos caracteres, resultan acreedoras del mismo reproche técnico jurídico), que presentaba un carácter específico, «con el fin de corregir concretas lagunas que su aplicación práctica había puesto de manifiesto». Se trataba, como refleja la Exposición de Motivos, de modificar tres aspectos puntuales: el régimen aplicable a los incrementos en la dotación fundacional, el destino de las rentas e ingresos y la incorporación de una excepción al modelo general de la documentación que conforma el sistema de rendición de cuentas anuales ante el Protectorado en razón de los medios y el volumen de la Fundación.

La segunda reforma, de alcance más amplio, se contiene en la Ley 9/2008, de 3 de julio (DOGV de 10 de julio). Su motivación principal, según confiesa

en la Exposición de Motivos, es la necesidad de adaptar el ordenamiento valenciano en la materia a las modificaciones producidas en la regulación de las Fundaciones por la legislación estatal, y en especial por las Leyes 49/2002 y 50/2002, de manera que la finalidad perseguida no se concreta en «una profunda reordenación del régimen jurídico fundacional valenciano», sino que pretende «de forma primordial, iniciar el proceso para la acomodación del marco normativo valenciano en materia de fundaciones». Aunque «eso sí, se aprovecha para incorporar un nuevo Título, el III, con tres artículos, para clarificar, siquiera mínimamente, las peculiaridades en la constitución y en el régimen jurídico de las fundaciones del sector público de la Generalitat».

La regulación general de las Fundaciones en el ámbito valenciano se completa con el Decreto 139/2001, de 5 de septiembre, por el que se desarrolla la Ley de Fundaciones.

### **III. Los aspectos principales de la regulación de las Fundaciones en la Comunidad valenciana**

#### **1. El ámbito de aplicación de la Ley valenciana**

a) Como ya se ha hecho notar, el criterio de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Fundaciones, conforme a lo establecido en la jurisprudencia constitucional, se ha vinculado al ámbito territorial en el que la fundación desarrolle principalmente sus funciones, de forma que cuando se proyectan en el ámbito de una Comunidad Autónoma la competencia para la regulación y ejecución corresponde a ésta. En esta línea debe situarse la competencia que atribuye a la Comunidad valenciana el vigente artículo 49.1.23 del Estatuto.

b) La Ley valenciana de Fundaciones ha delimitado su ámbito de aplicación para los casos del ejercicio del derecho de fundación por sujetos privados (las determinaciones a las que me refiero no resultan aplicables a las fundaciones del sector público de la Generalitat, supuesto en el que no existe disponibilidad alguna, ya que todas las Fundaciones constituidas por entes del sector público valenciano se rigen por la legislación de Fundaciones valenciana, como se especifica más adelante) en función de tres criterios que, dentro del marco de la previsión general a la que se refería la jurisprudencia constitucional, completan la determinación del alcance de la Ley. De esta forma, quedan sujetas a la citada Ley: «a) las fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en el territorio de la Comunitat Valenciana; b) las delegaciones de las fundaciones extranjeras que actúen principalmente en el territorio de la Comunitat Valenciana, y c) las fundaciones que se inscriban en el Registro de

Fundaciones de la Comunitat Valenciana para desarrollar una de sus actividades principalmente en el extranjero» (art. 1.2).

Es claro, de esta forma, que inicialmente la voluntad del fundador resulta el elemento esencial para la determinación del régimen aplicable a la fundación. Es la regla que establece la Ley valenciana de Fundaciones, al especificar (art. 1.3) que «para determinar la sumisión a la presente Ley se estará a lo que, sobre el ámbito territorial en que hayan de desarrollar principalmente sus actividades, determinen los Estatutos de la fundación», en la misma línea que especificó la Ley estatal, conforme a los criterios acuñados por la jurisprudencia constitucional. Aunque no debe prescindirse, sin perjuicio del inicial protagonismo de la voluntad del fundador, de la realidad de la actuación de la Fundación.

Es éste un extremo que presenta consecuencias relevantes desde la perspectiva de la regulación de la modificación de los Estatutos de la Fundación y de la de la fusión de Fundaciones. El artículo 29 de la Ley estatal (al que se remite, salvo en lo que se refiere a su apartado 4, el art. 23.1 de la Ley valenciana) contempla la posibilidad de la modificación de los Estatutos, en términos generales, cuando «resulte conveniente en interés» de la Fundación (apartado 1), y de forma específica «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» (apartado 2), subrayando el Legislador en ambos casos que tal posibilidad es admisible salvo, respectivamente, «que el fundador lo haya prohibido» o que «para éste supuesto el fundador haya previsto la extinción de la Fundación». La regla general es la del protagonismo de la voluntad del fundador, aunque las nuevas circunstancias pueden justificar la modificación estatutaria. A nuestros efectos, es claro que la modificación puede alterar, de manera sobrevenida, el sometimiento de la Fundación a la regulación que inicialmente resultaba aplicable.

## **2. *Respecto a los fines y los beneficiarios de la Fundación***

Siendo uno de los extremos principales de la regulación del derecho de fundación, la Ley valenciana ha seguido fielmente los criterios de la Ley estatal en este aspecto (obvio es señalar que la regulación contenida en el art. 3 de la Ley estatal a este respecto resulta de aplicación general), bien mediante la incorporación al texto legal de los criterios materiales de aquélla, bien mediante remisiones expresas a la ley estatal. Así sucede, destacadamente, con la determinación de los beneficiarios de la finalidad fundacional (a tal efecto, establece el art. 3.2 de la Ley valenciana que «se estará a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 3 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Funda-

ciones») y con la regulación de las finalidades que quedan prohibidas (el art. 3.4 de la Ley valenciana, salvo la especificación de que la relación con los parientes hasta el cuarto grado inclusive incluye tanto las relaciones de consanguinidad como las de afinidad, reproduce literalmente el art. 3.3 de la Ley estatal).

En esta línea, el Legislador valenciano ha completado la regulación estatal con la introducción de criterios de especificación de los fines de interés general que las fundaciones en el ámbito valenciano pueden perseguir válidamente. Ha establecido, de esta forma, que debiendo perseguir las fundaciones fines de interés general, se consideran tales, además de los previstos en la legislación estatal (ya nos consta que el art. 3 es de aplicación general) y bien que con carácter meramente enunciativo (como sucede en la regulación estatal) «los de estudio, promoción y defensa del patrimonio natural y cultural valenciano y de la lengua valenciana; el estudio y divulgación de la historia valenciana; los de apoyo a un modelo de desarrollo sostenible; la promoción del mundo rural; los de fomento de la economía o de la investigación; los de apoyo a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres; la defensa de los principios estatutarios, y cualesquiera otros de naturaleza análoga» (art. 3.1). El mismo criterio se ha empleado al establecer las excepciones a la prohibición general de constituir fundaciones cuya finalidad principal consista en beneficiar al fundador o a los patronos, o a personas jurídicas singularizadas (que sientan en la misma forma la Ley estatal y la valenciana); la ley estatal excluye de dicha prohibición las fundaciones cuya finalidad exclusiva o principal sea la conservación y restauración de los bienes que regula la Ley del Patrimonio Histórico Español y cumplan las obligaciones y cargas que en ella se fijan (en especial los deberes de visita y exposición pública) y la Ley valenciana incluye en la excepción las fundaciones cuya finalidad exclusiva o principal sea la conservación y restauración de los bienes a que se refiere la Ley valenciana del Patrimonio Cultural valenciano (la Ley valenciana omite referencia expresa al cumplimiento de los deberes que impone la legislación sectorial, como hace la Ley estatal; pero es poco relevante, ya que los deberes derivan de la ley sectorial respectiva, que despliega sus efectos propios, cuando ahora nos referimos a la admisibilidad de fines fundacionales en el concreto marco de la excepción citada); debe recordarse que el apartado 4 del artículo 3 no es de aplicación general, sino sólo a las fundaciones de interés estatal.

Finalmente, la Ley valenciana ha incorporado un criterio específico de selección de los beneficiarios por parte de las Fundaciones. En los términos del apartado 3 del artículo 3, la selección ha de efectuarse «democráticamente con criterios de imparcialidad, no discriminación y objetividad, de acuerdo con las bases, normas o reglas que se elaboren para su selección», añadiendo que «las

Fundaciones deberían dar, a tal efecto, la mayor publicidad e información a sus propios fines y actividades».

Esta previsión, específica en el Ordenamiento valenciano, pretende subrayar la determinación general de la finalidad fundacional; en los términos del artículo 3.2 de la Ley estatal (al que se remite el art. 3.2 de la Ley valenciana) debe beneficiar a colectividades genéricas de personas, de forma que el sentido del precepto de la Ley valenciana trata de subrayar la caracterización objetiva de los beneficiarios. Aunque posiblemente la redacción del precepto pudiera suscitar innecesarias dudas interpretativas, en particular las que derivan de los términos empleados (en especial, «democráticamente», «imparcialidad, no discriminación y objetividad»), que parecen más bien pensados para la actuación de las fundaciones del sector público valenciano.

### 3. *La personalidad jurídica*

La Ley estatal ha establecido, bien que con efectos limitados a las fundaciones de interés estatal, que éstas adquieren personalidad jurídica una vez que se inscribe la Escritura Pública de constitución en el correspondiente Registro de Fundaciones, inscripción que constituye, por tanto, un requisito constitutivo sin el cual la Fundación no adquiere personalidad jurídica. La Ley se ha preocupado por especificar que la inscripción registral sólo puede denegarse cuando la escritura no se ajuste a las prescripciones de la Ley (art. 4.1, que no es de aplicación general), añadiendo en el artículo 11.2 que tampoco procede la inscripción de la Fundación cuando exista una disposición en los Estatutos contraria a la Ley que afecte a la validez constitutiva.

La Ley valenciana de Fundaciones ha mantenido este criterio general, subrayando el referido carácter constitutivo de la inscripción en el Registro de Fundaciones de la Comunidad valenciana (art. 4.1), y especificando que la denegación de la inscripción puede producirse por las dos causas previstas en la Ley estatal: una, consistente en que la escritura de constitución no se ajuste a las prescripciones de la Ley; la otra describe como causa de denegación de la inscripción «cuando alguna disposición de los estatutos de la fundación o manifestación de la voluntad del fundador sea contraria a la presente ley y afecte a la validez constitutiva de la fundación», añadiendo que «si no afectara a dicha validez, se tendrá por no puesta».

En cualquier caso, interesa resaltar que la Ley valenciana ha especificado la necesidad de cumplimentar el requisito de la motivación en la adopción de la decisión de no inscribir la Fundación. Parece claro, por demás, que en términos de proporcionalidad resulta preciso facilitar la subsanación de los eventua-

les defectos o infracciones en que incurra la Escritura de constitución y sólo, si no se subsanasen, procedería finalmente la denegación de la inscripción.

#### 4. *El domicilio. El caso de las Fundaciones extranjeras*

a) Concretando para su ámbito de aplicación la regla general establecida en el artículo 6 de la Ley estatal (de aplicación general) la Ley valenciana ha establecido que las fundaciones que desarrollen principalmente su actividad dentro del territorio de la Comunidad valenciana deben estar domiciliadas en el mismo (art. 5), especificando que el domicilio social debe fijarse «en el lugar donde se encuentre la sede de su órgano de gobierno, que deberá radicar en el ámbito territorial en donde vaya a desarrollar principalmente sus actividades» (art. 5.2), concretando de esta forma la previsión de la Ley estatal conforme a la cual «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» (art. 6.2).

b) La Ley regula igualmente, en sentido semejante al establecido en la Ley estatal, el régimen aplicable para la determinación del domicilio de las fundaciones que, siendo nacionales, y encontrándose inscritas en el Registro de Fundaciones de la Comunidad Valenciana, desplieguen «una de sus actividades principales en el extranjero». Ante tal supuesto, el domicilio social debe fijarse «en la sede del órgano de gobierno dentro del territorio de la Comunidad Valenciana» (art. 5.3).

c) En cuanto a las Fundaciones extranjeras «que ejerzan principalmente sus actividades en la Comunidad Valenciana», el artículo 6 (en el mismo sentido que fija el art. 7, apartados 1 y 2, de la Ley estatal, que es un precepto de aplicación general) fija la obligación de «establecer una delegación en territorio valenciano e inscribirse en el Registro de Fundaciones». La exigencia es igualmente esencial para la válida actuación de la Fundación; conforme a lo establecido en el artículo 7.3 de la Ley estatal, la sanción aplicable al incumplimiento de la misma es la prohibición de utilizar la denominación de Fundación.

La inscripción en el Registro puede denegarse (la forma verbal empleada en el precepto —«podrá»— no es equivalente a una posibilidad, de libre elección, sino como una habilitación de la potestad), de forma motivada, tanto si los fines que persigue la fundación no son de interés general (la Ley estatal especifica que tal ausencia de interés general ha de valorarse «con arreglo al ordenamiento español») como «cuando no estén válidamente constituidas con arreglo a su ley personal». La Ley valenciana (tampoco la estatal) no especifica

ninguna consecuencia, desde la perspectiva de la inscripción registral, en el caso de que no se observe la exigencia del establecimiento de una delegación en el territorio valenciano (la delegación, conforme establece el artículo 7.4 de la ley estatal, se somete al Protectorado —en nuestro caso— de la Administración valenciana, y se rigen por el régimen jurídico aplicable a las Fundaciones españolas, y de forma específica para las valencianas), aunque parece claro que el incumplimiento de esta regla ha de determinar la denegación de la inscripción.

### 5. *Las reglas sobre la constitución de las Fundaciones*

a) La regulación que efectúa la Ley valenciana sobre las reglas de constitución de Fundaciones se alinea con las previsiones de la Ley estatal, tanto por razones sistemáticas como de contenido material.

En lo sustancial, el esquema general de la capacidad para constituir fundaciones se concreta en torno al reconocimiento de la capacidad de fundar en la disponibilidad tanto de personas físicas como jurídicas, y en este último caso, tanto de las personas jurídico-públicas como privadas.

Las personas físicas pueden constituir fundaciones tanto por actos *inter vivos* como *mortis causa*; en ambos casos, es preciso instrumentarlo cumpliendo los requisitos exigidos en la Ley para la escritura de constitución, que especifica la Ley valenciana (art. 9) en forma muy semejante a la estatal, bien que con alguna especificidad; en especial, ha introducido dos singularidades en la regulación del contenido de la Escritura de constitución, frente a las determinaciones de la Ley estatal, y tres previsiones específicas en la regulación del contenido de los Estatutos. Se trata de lo siguiente:

En lo que se refiere a la Escritura de constitución, la Ley valenciana ha añadido, con respecto al modelo estatal, la necesidad de especificar no sólo la dotación y la valoración de la misma, sino también su procedencia [art. 9.c)], que es un extremo no especificado en la Ley estatal. También ha exigido que en la citada escritura se incorpore «la certificación del Registro de Fundaciones de la Comunitat Valenciana acreditativa de no hallarse inscrita, o pendiente de inscripción, ninguna otra fundación con denominación idéntica o semejante a la de la que se pretende constituir» (aspecto en el que insiste la Ley valenciana al regular los estatutos, como se indica seguidamente, que se integran a su vez en la escritura de constitución).

Por lo que se refiere a los Estatutos, la primera especificidad atiende a los requisitos de la denominación de la Fundación. Sobre la necesidad de identificar la denominación, la Ley valenciana ha añadido que en la misma deben figurar

las palabras «Fundación de la Comunitat Valenciana» o «Fundació de la Comunitat Valenciana», que —como se especificó en el contenido de la Escritura de constitución, y ahora se insiste en ello— «no podrá coincidir, o asemejarse de manera que pueda crear confusión, con ninguna otra previamente inscrita en el Registro de Fundaciones de la Comunitat Valenciana». No obstante, las singularidades de la regulación en materia de denominación no se limitan a las indicadas; añade el artículo 10.a) de la Ley valenciana, en su segundo párrafo, y con un carácter aparentemente más didáctico que prescriptivo, una suerte de formulación o indicación sobre los aparentemente dos modelos admisibles en los que volcar o verificar el cumplimiento de la regla sentada en el párrafo primero del mismo precepto: la denominación Fundación o Fundació (en función de la lengua elegida por el fundador) puede hacerse seguir, a elección del fundador, bien por la referencia «de la Comunidad Valenciana» (o, en la lengua valenciana, «de la Comunitat valenciana») y después su denominación específica (lo que la Ley denomina, en un caso, «la denominación que la individualice», y en otro «su individualidad»), o bien por la denominación específica seguida a su vez de la formulación «de la Comunidad valenciana» (o «de la Comunitat valenciana»), instrumentación que puede hacerse, a su vez, empleando guiones.

La segunda singularidad se vincula con la determinación de los fines que debe perseguir la Fundación. La Ley estatal exige que se determinen los fines fundacionales en los Estatutos; la Ley valenciana añade que, además de ello, se especifiquen «las actividades encaminadas a su cumplimiento».

La tercera regla específica que incorpora la Ley valenciana se refiere a la necesidad de identificar en los Estatutos «las causas de su extinción y el destino de los bienes y derechos resultantes de su liquidación, en los términos previstos en el apartado 2 del artículo 26 de esta Ley».

Además de lo indicado, tanto en la Ley estatal como en la valenciana se prevén otras determinaciones que deben lucir en los Estatutos; así, la adopción de acuerdos por mayoría (art. 13.1); el número de patronos que debe ser como mínimo de tres (art. 13.1); en su caso, la designación del presidente (art. 13.6); la existencia de un gerente y de otros cargos con funciones consultivas o meramente ejecutivas (art. 14); en su caso, la prohibición de delegación de facultades del Patronato (art. 15.1) o la posibilidad de atribuir facultades al Protectorado de la Generalitat Valenciana en el caso de Fundaciones sometidas a otros protectorados que persigan fines de interés general valenciano (disposición adicional primera), entre otras.

b) Sobre la dotación de la fundación, el artículo 11 de la Ley valenciana se remite a lo establecido en el artículo 12 de la Ley estatal, aunque añade una regulación específica que, en lo sustancial, resulta semejante a lo establecido en

la Ley estatal. El apartado 1 del artículo 11, tras la remisión que efectúa, reproduce en lo sustancial los apartados 3, 4 y 5 del artículo 12 de la Ley estatal.

## **6. *Sobre el gobierno de la Fundación***

La regulación que incorporan los artículos 13 a 18 de la Ley valenciana se encuentra estrechamente apegada a lo que establecen los artículos 14 a 18 de la Ley estatal, tanto en lo que se refiere al mínimo (tres) de patronos como a la capacidad de serlo (tanto personas físicas como jurídicas; la Ley valenciana es específica que las personas jurídicas pueden ser tanto públicas como privadas), a los requisitos, límites, derechos y obligaciones que les corresponden, subrayando que ejercen el cargo gratuitamente, sin que en ningún caso puedan percibir retribución por el desempeño de su función, sin perjuicio del derecho a ser reembolsados de los gastos debidamente justificados que les ocasione el desempeño de su función.

## **7. *Sobre el régimen económico de las Fundaciones***

El Capítulo IV del Título I de la Ley valenciana incluye en la regulación del régimen económico de las Fundaciones la regulación tanto del patrimonio como del régimen financiero y del régimen contable y presupuestario. Como ya se ha indicado en otros aspectos, la regulación valenciana se integra con naturalidad en el marco de regulación de la Ley estatal.

Las previsiones específicas sobre el patrimonio que contiene el artículo 19 especifican algunas previsiones de las contenidas en la Ley estatal. Así, la exigencia de que la fundación sea la titular de todos los bienes y derechos integrantes de su patrimonio, y la prohibición de que cuenten con participación en sociedades mercantiles en las que deban responder personalmente de las deudas sociales. Lo mismo sucede con la regulación de la enajenación y gravamen de los bienes de la fundación que contempla el artículo 22 (en clara sintonía con la regulación del art. 21 de la Ley estatal) y que se caracteriza por la exigencia de justificación, tanto de la necesidad o conveniencia como de la inversión prevista de la contraprestación, del necesario carácter oneroso, y del sometimiento a previa autorización del Protectorado.

En lo que se refiere al régimen financiero, la Ley establece que la Fundación se financia fundamentalmente con los recursos que provengan de su patrimonio (es la idea que se encuentra en el origen de la fundación) y, en su caso, con otros que pueda allegar, como ayudas, subvenciones, donaciones o herencias. Se contempla también la posibilidad de obtener ingresos mediante

el cobro de precios a sus beneficiarios (precisamente porque la ausencia de ánimo de lucro que caracteriza a las fundaciones no impone ninguna regla de gratuidad en su actuación). También se prevé la posibilidad de obtener rendimientos mediante el ejercicio de actividades mercantiles o industriales.

De los ingresos netos y de los resultados que se obtengan por tales conceptos se impone a la fundación que destine a la realización de los fines fundacionales al menos el 70%.

La regulación sobre el régimen contable y presupuestario (art. 21) resulta en lo sustancial semejante a la que establece el artículo 25 de la Ley estatal.

#### **8. *Sobre la modificación, fusión, extinción y liquidación de las Fundaciones***

Con carácter general, la Ley valenciana resulta sumamente respetuosa con las determinaciones de la Ley estatal, de forma que las reglas que incorpora conforman una adecuada ordenación de la materia.

Tras la remisión que efectúa el apartado 1 del artículo 23 a la legislación estatal, impone la exigencia de que se haga constar la modificación en escritura pública, que deberá inscribirse en el Registro de Fundaciones; con carácter previo se exige la previa notificación al Protectorado, que podrá oponerse a la modificación.

Por otro lado, el artículo 24 completa la regulación sobre la fusión de Fundaciones, prevista con carácter general en el artículo 30 de la Ley estatal. La Ley valenciana especifica que la fusión puede realizarse de dos formas: por la absorción por una Fundación de otra u otras, que se extinguen, o mediante la creación de una nueva Fundación. Por lo que se refiere a la extinción, el artículo 25 de la Ley se remite íntegramente a lo establecido en los artículos 31 y 32 de la Ley estatal.

### **IV. Las reglas sobre el Protectorado y el Registro de Fundaciones**

A) En el ámbito de aplicación de la Ley de Fundaciones de la Comunitat Valenciana, el Protectorado lo ejerce la Generalitat Valenciana, a quien corresponde el ejercicio de las funciones que describe el artículo 29, dentro del marco que caracteriza al Protectorado en su tarea de velar por el correcto ejercicio del derecho de fundación y por la legalidad de la constitución y funcionamiento de las Fundaciones (art. 34.1 de la Ley estatal, que es de aplica-

ción general en virtud de lo establecido en el art. 149.1.1 de la Constitución, en los términos de la disposición adicional primera de aquella Ley).

Destacan entre estas funciones, por lo tanto, las vinculadas con velar por el efectivo cumplimiento de los fines fundacionales y por la integridad, suficiencia y rentabilidad del patrimonio fundacional [apartados e) y f) del art. 29], que se completa con su función de garantizar la legalidad de las modificaciones estatutarias, y de las fusiones y extinción de las Fundaciones [art. 29.g)] y con la de adoptar medidas provisionales y velar por el cumplimiento de las obligaciones de los Patronos [art. 29.d)]. Pero también le corresponden tareas de asesoramiento, tanto a los patronos de las fundaciones en proceso de inscripción como a las fundaciones ya inscritas [apartados c) y h) del art. 29]. Le corresponde también llevar el Registro de Fundaciones de la Comunitat Valenciana.

B) El Registro de Fundaciones de la Comunitat Valenciana depende del Protectorado [art. 31].

En el Registro deben inscribirse las fundaciones que quedan comprendidas en el ámbito de aplicación de la Ley valenciana; en él debe efectuarse el depósito y archivo de los documentos que al efecto contempla la legislación valenciana; y también le corresponde la legalización de los libros que deben llevar las fundaciones (art. 31 de la Ley).

El Registro es público, pudiendo realizarse las actividades registrales en cualquiera de los dos idiomas oficiales en el territorio de la Comunidad Valenciana.

## V. Las fundaciones del sector público

La reforma de la Ley de Fundaciones efectuada por la Ley 9/2008 pretendió incorporar las previsiones de la Ley estatal 50/2002. Realmente lo hizo, asumiendo en lo sustancial las mismas determinaciones que contiene la Ley estatal, aunque proyectadas sobre las fundaciones del sector público valenciano.

Las previsiones en materia de fundaciones de mano pública de la Ley estatal, contenidas en los artículos 44 a 46 (no son aplicables, en virtud de lo establecido en la disposición adicional tercera, a las fundaciones públicas sanitarias), resultan únicamente aplicables a las fundaciones de competencia estatal (disposición final primera), como especifica el propio rótulo del Capítulo XI de la Ley («fundaciones del sector público estatal») y reiteran los tres preceptos que lo componen.

De esta forma, el Legislador valenciano ha incorporado la regulación estatal en materia de fundaciones del sector público, sin especiales adaptaciones —más allá de las vinculadas al propio ámbito de aplicación de la Ley—. El análisis comparativo de los preceptos de la Ley estatal (arts. 44 a 46) y de la Ley valenciana (arts. 33 a 35) lo pone de manifiesto con claridad.

A los efectos de la Ley, son fundaciones del sector público tanto las que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, del Consell o de los entes del sector público valenciano, como aquellas cuyo patrimonio fundacional, con carácter de permanencia, esté formado en más de un 50% por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.

La constitución de estas Fundaciones, así como cualesquiera decisiones que afecten de forma relevante a las mismas, exige autorización mediante Acuerdo del Consell.

Las reglas generales que establece la ley en relación al procedimiento exigible para la constitución de estas fundaciones son, en lo sustancial, parejas a las que contempla la Ley estatal. No obstante lo anterior, es preciso destacar que la Ley valenciana se diferencia de la estatal en un concreto aspecto, de suficiente relevancia en mi criterio, consistente en no haber incluido en su regulación uno de los requisitos que fija la Ley estatal (art. 45.2) para la creación de estas fundaciones: el legislador estatal especificó que en el expediente de autorización de la fundación debe incluirse, entre otros requisitos, una memoria «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». Este requisito presenta una especial trascendencia y relevancia para el enjuiciamiento de la corrección jurídica de la decisión pública de constituir una fundación. Se trata de un requisito que no incorpora el legislador valenciano, ya que en el artículo 34.4 de la Ley se exigen otros requisitos (informes sobre la adecuación a la legalidad de los estatutos; acreditación de la realidad de la aportación dineraria o relación de bienes y derechos que conformen la aportación no dineraria; memoria económica en la que se justifique la suficiencia de la dotación) pero no el de la memoria a la que me refiero.

Es preciso hacer mención, igualmente, a una regla específica sobre capacidad para constituir fundaciones. La Ley estatal sentó la regla de la capacidad para hacerlo tanto de las personas físicas como de las personas jurídicas, y en este caso tanto de las públicas como de las privadas. En el caso de las personas jurídico-públicas, estableció que cuentan con dicha capacidad siempre que sus normas reguladoras no estableciesen lo contrario; esta previsión se reproduce

en la Ley valenciana (art. 7.2) que ha añadido una limitación específica, de buena factura técnica en mi criterio: conforme a la misma, la constitución de fundaciones por personas jurídico-públicas no puede comportar el establecimiento de servicios públicos cuya prestación, en régimen de fundación, no se encuentre especialmente prevista.

La Ley valenciana añade dos reglas más que delimitan el ámbito de estas fundaciones. Por un lado, se sienta la regla conforme a la cual «no podrán ejercer potestades públicas» [art. 35.1.a)]; por otro, se establece que «únicamente podrán realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades del sector público valenciano fundadoras, coadyuvando a la consecución de los fines de las mismas, sin que ello suponga la asunción de competencias propias, salvo previsión legal expresa» [art. 35.1.b)].

Como la actuación ordinaria de cualquier Fundación se rige por el Derecho privado, la Ley se ha preocupado por especificar tres reglas en punto al régimen jurídico aplicable a tales Fundaciones. Una se refiere al control financiero, auditoría de cuentas y contabilidad; conforme a la misma rige a estos efectos la Ley de Hacienda Pública de la Generalitat (art. 35.3). Otra atiende a la selección del personal que prestará sus servicios en la Fundación; debe realizarse «con sujeción a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de la correspondiente convocatoria» (art. 35.4). La tercera atiende al régimen de contratación aplicable a estas Fundaciones; la Ley se remite a lo establecido en la legislación de contratos del sector público. El artículo 3.1.f) de la Ley de Contratos del Sector Público establece 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 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades». De esta forma, en su actividad contractual se proyectan los principios de la contratación pública. No obstante, lo relevante desde la perspectiva contractual consiste en determinar si las fundaciones de mano pública pueden o no recibir encargos o adjudicaciones directas de actividades que constituyen el objeto de los contratos públicos. La determinación de esta cuestión exige manejar los criterios del Derecho comunitario europeo de la contratación pública, vinculados especialmente a la cuestión de qué se considera ente instrumental o medio propio a tales efectos, conforme a los criterios generales que ha recogido el artículo 3.3.b) de la Ley de Contratos, y que se refieren a las relaciones de control y dependencia de los entes instrumentales con el ente matriz, en la forma en que lo ha interpretado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. A nuestros efectos, el criterio general aplicable en el ámbito de las sociedades mercantiles consiste en que la titularidad del

capital social debe ser exclusiva en manos de sujetos jurídico-públicos, gozando correlativamente de una presunción contraria a la condición de ente instrumental la participación, siquiera minoritaria, de capital privado. Sobre ello deben valorarse los aspectos referidos a quién designa a los responsables y quién controla la actuación del ente instrumental.

## VI. Una consideración final

La información que suministran los repertorios de jurisprudencia da cuenta de una escasa litigiosidad en materia de Fundaciones en la Comunidad Valenciana. Son ciertamente escasas las resoluciones judiciales producidas desde la asunción de competencias sobre la materia por parte de la Comunidad. Ello no significa que las Fundaciones en la Comunidad sean pocas; posiblemente destacan las Fundaciones de mano pública, cuya constitución se ha incrementado sustancialmente, alcanzando su utilización para la organización de eventos concretos (así, la organización de la visita del Papa a Valencia).

Sin perjuicio de lo anterior, es destacable el interés en promocionar en la Comunidad el fenómeno fundacional; lo ilustra bien a las claras la Resolución de 14 de abril de 2009 (DOCV de 21 de abril de 2009) de la Dirección General de Relaciones con Les Corts y Secretariado del Consell, por la que se dispone la publicación del Convenio Marco de colaboración entre la Consejería de Justicia y Administraciones Públicas y la Asociación Española de Fundaciones para fortalecer el sector fundacional en la Comunitat Valenciana, de fecha 3 de marzo de 2009, cuyo objeto consiste en «colaborar en la consecución de sus objetivos comunes, para fortalecer el sector fundacional en la Comunitat Valenciana y con ello, el conjunto de la sociedad Valenciana», añadiéndose que «esta colaboración se podrá plasmar, entre otras, en las siguientes líneas de trabajo:

— Promover el conocimiento del sector fundacional valenciano y su mejor comunicación con el conjunto de la sociedad, fomentando la transparencia a través de estudios y publicaciones sobre las características y actividades del sector;

— Promover la profesionalización de las fundaciones y de su personal para contribuir al mejor logro de sus fines y al mejor cumplimiento de sus obligaciones;

— Promover la participación del Consejo Autonómico de Fundaciones de la Comunitat Valenciana como órgano representativo del sector fundacional en esta Comunitat, e interlocutor con las Administraciones Públicas, me-

diante su presencia en los correspondientes órganos consultivos, como el Consejo Superior de Fundaciones;

— Promover la comunicación mutua para procurar el mejor cumplimiento de los objetivos comunes en beneficio de la sociedad».



## CRÓNICA DE LA UNIÓN EUROPEA



# Crónica de la Unión Europea

*Rosa Gallego García*

Subdirectora. Asociación Española de Fundaciones

SUMARIO: I. ESTATUTO DE FUNDACIÓN EUROPEA.—II. IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO.—III. REVISIÓN DE LAS NORMAS FINANCIERAS APLICABLES AL PRESUPUESTO GENERAL DE LA UNIÓN EUROPEA.—IV. PROGRAMA DE ESTOCOLMO: UNA EUROPA ABIERTA Y SEGURA QUE SIRVA Y PROTEJA AL CIUDADANO.

## I. Estatuto de Fundación Europea

### *Antecedentes:*

*2001*

El Centro Europeo de Fundaciones pone de manifiesto ante la Comisión Europea la necesidad de establecer una figura jurídica específica para fundaciones.

*2001-2*

La Comisión Europea constituye un Grupo de Expertos de alto nivel en Derecho de Sociedades, con el fin de estudiar las tendencias y necesidades para la creación de un nuevo modelo regulatorio para sociedades en la Unión Europea.

*Mayo 2003*

La Comisión Europea presenta su plan de acción para el Derecho de Sociedades y la mejora del gobierno corporativo, en el que se prevé estudiar la viabilidad de un Estatuto de Fundación Europea.

*Septiembre 2005*

El informe del Grupo de Expertos en medidas y acciones para promover el papel de las fundaciones y del sector no lucrativo en el incremento de la financiación para la investigación y el desarrollo insta a la Comisión a considerar la preparación de una regulación para el Estatuto de Fundación Europea para su adopción por el Consejo Europeo y el Parlamento.

*Diciembre 2005 - Marzo 2006*

La consulta de la Comisión sobre prioridades para la reforma de la legislación europea en materia de Sociedades y de buen gobierno corporativo especifica la necesidad de acometer un estudio de viabilidad sobre el Estatuto de Fundación Europea. Las fundaciones, aproximadamente un 33% de las entidades consultadas, urgieron a la Comisión a realizar dicho estudio.

*Julio 2006*

El informe del Parlamento Europeo sobre las perspectivas en materia de Derecho de Sociedades solicita a la Comisión que continúe elaborando legislación comunitaria para otras formas jurídicas como la Fundación Europea.

*Otoño 2007*

Se inicia el estudio de viabilidad sobre el Estatuto de Fundación Europea con una duración de once meses.

*Febrero 2009*

La Dirección General de Mercado Interior y Servicios publica el estudio de viabilidad sobre un posible Estatuto de Fundación Europea <sup>1</sup> e inicia la correspondiente consulta pública.

La resolución <sup>2</sup> del Parlamento Europeo sobre economía social de 19 de febrero especifica que existe la necesidad de un Estatuto de Fundación Europea que asegure que las fundaciones se benefician de un tratamiento no discriminatorio en la legislación sobre mercado interior.

***Avances en el último año:****Resultados de la consulta pública* <sup>3</sup>

El 10 de noviembre de 2009 la Comisión Europea publicó los resultados de la consulta pública sobre el Estatuto de Fundación Europea realizada entre febrero y mayo de dicho año.

---

<sup>1</sup> [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/eufoundation/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/company/eufoundation/index_en.htm)

<sup>2</sup> <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2009-0062+0+DOC+XML+V0//ES>

<sup>3</sup> [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/eufoundation/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/company/eufoundation/index_en.htm)

La consulta llevada a cabo por la Dirección General de Mercado Interior y Servicios tenía por objetivos:

- Obtener reacciones sobre el estudio de viabilidad realizado el año anterior y sobre la necesidad de un Estatuto de Fundación Europea.
- Recabar información concreta sobre los problemas a los que se enfrentan las fundaciones cuando realizan sus actividades en más de un país miembro de la Unión.

La consulta, realizada a través de dos cuestionarios, obtuvo 226 respuestas procedentes de 27 países. España fue el segundo país por número de respuestas con 34.

Un 87% de respuestas procedieron de fundaciones y de otras entidades sin ánimo de lucro. Se incluyen también en ese porcentaje las respuestas de las asociaciones de fundaciones, así como de otras entidades pertenecientes a la economía social.

La figura de un Estatuto de Fundación Europea recibió el apoyo de la mayoría de los participantes en la consulta, aunque debe señalarse que dicho apoyo fue menor por parte de las autoridades nacionales y de las asociaciones empresariales que respondieron a la misma.

De las respuestas a la consulta se extraen los elementos fundamentales que en opinión de los participantes el Estatuto debería contemplar:

- Ser una figura lo más completa posible que refiera a las normativas nacionales en una minoría de casos.
- Tener como obligatorios para la fundación europea los fines de interés general (sobre una lista abierta de los mismos).
- Establecer una dotación fundacional inicial.
- Las actividades deben tener dimensión europea, desarrollándose al menos en dos países de la Unión.
- La fundación europea no tendrá miembros, aunque si se permitirán determinadas formas de participación, cuyo funcionamiento estará recogido en sus propios estatutos.
- La supervisión deberá ser llevada a cabo por las autoridades comunitarias o alternativamente se contempla la posibilidad de que sea delegada a los Estados miembros.
- La obtención de ingresos mediante el desarrollo de actividades económicas deberá ser permitido siempre y cuando éstas sean complementarias de

la actividad principal y/o cuando los beneficios derivados de las mismas sean invertidos en el desarrollo de actividades de la fundación.

- También se debe considerar la transparencia en materia contable, financiera y en información sobre actividades.

En relación con el tratamiento fiscal, los participantes en la consulta respondieron que el objetivo debería ser la obtención de un tratamiento no discriminatorio, es decir, una Fundación Europea debería ser tratada de la misma forma que las fundaciones del Estado Miembro en el que opere.

*Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Distintos tipos de empresa»*<sup>4</sup>

El 23 de diciembre de 2009 el Comité Económico y Social Europeo, en su Dictamen «Distintos tipos de empresa» (Dictamen de iniciativa), manifiesta su satisfacción por los resultados del estudio de viabilidad para un Estatuto de la Fundación Europea y solicita a la Comisión que concluya la evaluación de impacto a comienzos de 2010, presentando una propuesta de reglamento que permita a las fundaciones de ámbito europeo operar en pie de igualdad en el mercado interior.

*Comunicado conjunto del Centro Europeo de Fundaciones y DAFNE (Donors and Foundations networks in Europe)*<sup>5</sup>

El 30 de noviembre de 2009, las dos organizaciones europeas representantes de más de cinco mil fundaciones emitieron un comunicado conjunto en el que expresaban su satisfacción por el resultado de la consulta pública, en la que una mayoría de las respuestas apoyaban la creación de un Estatuto de Fundación Europea.

*Anuncio del Comisario de Mercado Interior y Servicios*<sup>6</sup>

El 13 de enero de 2010, el Comisario de Mercado Interior y Servicios, D. Michel Barnier, en la audiencia ante el Parlamento Europeo en la que presentó sus prioridades de trabajo, señaló su intención de restaurar la fe de los ciudadanos en el proyecto europeo y en la necesidad de poner de nuevo en el

<sup>4</sup> DO C 318 de 23.12.2009. p. 22.

<sup>5</sup> <http://www.efc.be/SiteCollectionDocuments/EuroepanStatueUpdated.pdf>

<sup>6</sup> <http://www.europarl.europa.eu/wps-europarl-internet/frd/vod/player?eventCode=20100113-1801-SPECIAL&language=en&byLeftMenu=researchotherevents&category=SPECIAL&format=wmv#anchor1>

corazón del mercado interior a aquellos que viven en él: los ciudadanos, los consumidores y las empresas.

En la práctica esta declaración de intenciones se concretó en su compromiso de considerar una serie de nuevas iniciativas entre las que se encuentra dotar a las fundaciones y otras instituciones filantrópicas de un estatuto europeo.

*Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Estatuto de la Fundación Europea»<sup>7</sup>*

El 28 de abril, el Comité Económico y Social Europeo aprobó el Dictamen sobre el Estatuto de la Fundación Europea (Dictamen de iniciativa). Entre las recomendaciones generales y conclusiones cabe destacar:

- «El análisis de las necesidades y oportunidades confirma que es preciso formular un proyecto de legislación empresarial para las fundaciones en Europa, a fin de ofrecerles un instrumento adaptado que facilite sus actividades en el mercado interior...»
- «... El CESE insta a la Comisión a que presente una propuesta de reglamento sobre un Estatuto de la Fundación Europea que apoye las actividades de utilidad pública, para su posterior adopción por el Consejo y el Parlamento Europeo».
- «El CESE considera que el Estatuto de la Fundación Europea constituye un instrumento esencial para acercar Europa a sus ciudadanos y lograr que estos ocupen un lugar preponderante en el mercado interior».
- «El CESE considera que el Estatuto de la Fundación Europea puede ser un nuevo mecanismo de gran utilidad para respaldar el bien común y la acción ciudadana en Europa, así como para abordar en la UE las principales cuestiones socio-económicas y las necesidades más acuciantes en ámbitos como el conocimiento y la innovación, la investigación médica, la atención sanitaria, los servicios sociales, el medio ambiente, el desarrollo regional, el empleo, la formación profesional, la conservación del patrimonio natural y cultural, la promoción de las artes y la diversidad cultural, así como la cooperación y el desarrollo internacionales».
- «Para hacerlo más eficaz y atractivo, el nuevo Estatuto deberá sentar unas reglas claras y completas en lo referente a su establecimiento, funcionamiento y supervisión, así como hacer gala de una verdadera dimensión europea. Ser-

---

<sup>7</sup> INT/498 Estatuto de la Fundación Europea.

virá para facilitar las actividades, las donaciones y la cooperación transfronterizas por medio de un instrumento eficaz de gestión del interés público, a la vez que proporcionará una etiqueta reconocida en el ámbito europeo».

Legislación aplicable:

- La propuesta de Estatuto concerniría a las distintas fuentes legislativas aplicables: el Reglamento de la Unión Europea sobre el Estatuto de Fundación Europea, los propios estatutos de las fundaciones europeas y otras leyes nacionales y de la UE.

- Si bien es necesario que la legislación sobre el Estatuto sea exhaustiva, también deberá ser clara y simple con el fin de facilitar a las fundaciones europeas su cumplimiento y a los responsables en materia de supervisión a realizar su cometido.

- La propuesta de Estatuto deberá crear un marco para la creación, funcionamiento y asunción de responsabilidades por parte de las fundaciones europeas. En sus posibles ámbitos de actuación (creación, inscripción, cometido, capital, domicilio social, personalidad jurídica, capacidad jurídica, responsabilidad de la dirección, transparencia y requisitos de responsabilidad), la legislación ha de ser exhaustiva y no podrá remitir a las leyes nacionales. Esto garantizará la unidad, la claridad y la seguridad que este Estatuto deberá proporcionar a terceras partes, socios y donantes.

- Por lo que respecta a la supervisión de las fundaciones europeas podría delegarse en órganos competentes en los Estados miembros, sobre la base de una norma consensuada para el Estatuto de la Fundación Europea en relación con los requisitos de registro, notificación y supervisión formulados en el Reglamento sobre el Estatuto.

- Para aquellos asuntos no cubiertos por la legislación sobre el Estatuto, podrán ser aplicables también las disposiciones previstas en otras leyes comunitarias o de los Estados miembros.

- Por lo que respecta al ámbito impositivo, la competencia para determinar el tratamiento fiscal de las fundaciones europeas recae en la autoridad fiscal competente del Estado miembro donde tribute la fundación en cuestión.

- Los Estados miembros de la UE deparan un trato fiscal especial a las fundaciones con finalidad de utilidad pública. Se considera que una diferencia del trato fiscal entre las entidades de utilidad pública o bien común nacionales y las extranjeras podría entrar en conflicto con el Tratado CE, en particular por lo que se refiere a donaciones y herencias, impuestos sobre donaciones para legados y donaciones, e ingresos de procedencia extranjera. Por este motivo, la

Fundación Europea también deberá poder beneficiarse de aquellas ventajas fiscales concedidas por los legisladores nacionales a las fundaciones residentes, incluida la exención del impuesto sobre la renta, los impuestos sobre sucesiones y donaciones, y los impuestos sobre el valor o la transferencia de sus activos.

- En lo referente al trato fiscal de los fundadores/donantes de las fundaciones europeas, cualquier fundador/donante se beneficiará de la misma deducción o crédito fiscal que si la donación hubiera sido realizada a una organización de utilidad pública en el Estado miembro del donante.

- Por lo que respecta a los impuestos indirectos, el CESE solicitó a la Comisión en un dictamen sobre el tema «Distintos tipos de empresa» que animara a los Estados miembros a estudiar la posibilidad de conceder medidas compensatorias a las empresas sobre la base de su utilidad pública comprobada o de su contribución constatada al desarrollo regional.

#### *Apoyo del presidente del Consejo Europeo al Estatuto de Fundación Europea*

En su discurso el 2 de junio de 2010, dirigido a los participantes en la Semana de las Fundaciones organizada por el Centro Europeo de Fundaciones, el presidente del Consejo Europeo, Herman Van Rompuy, calificó el Estatuto de Fundación Europea como una iniciativa sensata y que el Consejo espera con interés.

## **II. Impuesto sobre el Valor Añadido**

La Dirección General de Fiscalidad y Unión Aduanera y en concreto la unidad de IVA está realizando una revisión del funcionamiento de las exenciones de carácter social para organismos públicos y entidades sin fin de lucro.

Como parte de esta revisión, en otoño de 2009 comisionó a la consultora Copenhagen Economics un estudio para evaluar el impacto de las posibles soluciones a los problemas que la aplicación del IVA presenta para las entidades que persiguen fines de interés general y a sus actividades.

Las posibles soluciones que la Comisión Europea contempla son las siguientes:

- Realización de cambios sustanciales en el funcionamiento del IVA, en particular ampliando las actividades bajo el alcance del impuesto con el fin de incluir a la mayoría de las actividades (este tipo de sistema es el utilizado por

países como Australia y Nueva Zelanda) y restringir las exenciones previstas en el artículo 132 de la Sexta Directiva sobre IVA.

- Otra posibilidad es introducir la opción de que los sujetos pasivos opten por estar exentos o gravados; este mecanismo ya ha sido probado en los servicios bancarios.

- Una tercera opción sería encontrar la solución fuera del sistema del IVA. Los Estados miembros podrían ampliar ámbito de aplicación o implantar sistemas de restitución. Este sistema para algunos tipos de entidades fue puesto en marcha en Dinamarca en el año 2006.

Este estudio deberá estar terminado a finales de 2010 y le seguirá una consulta pública dirigida a todos los grupos de interés.

Se espera una propuesta legislativa en 2011.

En una reunión mantenida por representantes del tercer sector europeo el 3 de junio de 2010 con D. Steve Bill, Jefe de Gabinete del Comisario de Fiscalidad y Unión Aduanera, D. Algirdas Semeta, se informó de la decisión de la Comisión Europea de revisar en su totalidad la operativa del IVA y producir un Libro verde antes de diciembre de 2010.

### **III. Revisión de las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión Europea**

Del 19 de octubre al 18 de diciembre de 2009 la Comisión llevó a cabo una consulta pública con motivo de la segunda revisión que cada tres años se realiza de las normas financieras y sus normas de implementación aplicables al presupuesto general de la UE. Esta regulación contiene las normas financieras que deben respetarse para asegurar que los fondos comunitarios son gastados con eficacia y eficiencia para el propósito marcado por las autoridades legislativas y presupuestarias de la Unión Europea.

La consulta, abierta a todas las partes interesadas, se considera una fuente de contribuciones esencial para reformar la gestión de los fondos de la UE en la próxima década. Los nuevos programas de fondos de la UE entrarán en vigor cuando finalice el actual marco financiero plurianual en 2013.

Los principales objetivos de esta reforma son facilitar el acceso a las subvenciones de la UE y mejorar la tramitación de contratos y subvenciones.

Con el fin de facilitar las contribuciones, la Comisión identificó dos temas fundamentales en la consulta, que en su opinión podían afectar de forma más

directa a los receptores de fondos europeos (contratistas, beneficiarios de subvenciones y otros socios):

- concesión de subvenciones;
- tratamiento por la Comisión de los expedientes de financiación.

El informe sobre los resultados de la Consulta fue publicado el 28 de mayo de 2010 <sup>8-9</sup>, y recoge las propuestas de la Comisión para facilitar el uso de los fondos europeos mediante la reducción de los procesos administrativos y la reducción de costes para los beneficiarios de fondos europeos. Estos resultados serán compartidos con el Parlamento Europeo y el Consejo, para su revisión y aprobación. El proceso legislativo debería completarse a finales de 2011.

Entre las medidas propuesta por la Comisión destacan las relativas a:

- Mejora de información sobre convocatorias y de los mecanismos para la justificación de la cofinanciación, así como desarrollo de reglas específicas para aclarar el tratamiento de las aportaciones en especie.

- Disminución de los procedimientos administrativos con el fin de minorar los costes en los que los beneficiarios de financiación de la UE deben incurrir para la obtención y justificación de la misma. Para ello se trabajará en fortalecer el actual sistema de cantidades fijas o cantidades a tanto alzado.

- Sobre la aplicación de la regla del beneficio cero y procedimiento de solicitud en este sentido la propuesta de la Comisión mantendrá el régimen de «coste real» pero se clarificarán y se unificarán criterios sobre la aplicación del mismo. Además tratará de mejorar los procesos de solicitud de los fondos que deberán estar incluidos en el reglamento, pero dejando a la autoridad concedente una serie de opciones para su elección.

- Subvenciones de bajo importe, intereses de prefinanciación y garantías. Como seguimiento de la revisión de las reglas financieras realizada en el año 2006, la Comisión propone duplicar el límite para considerar una subvención como de bajo importe pasando de los 25.000 € actuales a 50.000 € de acuerdo con el principio de proporcionalidad. Se espera que esta medida satisfaga las peticiones realizadas por los participantes con respecto al principio de proporcionalidad entre el coste de ejecución y el riesgo. En relación con los problemas derivados de los intereses generados por la prefinanciación, la Comi-

---

<sup>8</sup> [http://ec.europa.eu/budget/library/consultations/FRconsult2009/consultation\\_paper\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/budget/library/consultations/FRconsult2009/consultation_paper_en.pdf)

<sup>9</sup> [http://ec.europa.eu/budget/library/consultations/FRconsult2009/Final\\_Report\\_Fin-Reg\\_review\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/budget/library/consultations/FRconsult2009/Final_Report_Fin-Reg_review_en.pdf)

sión propondrá una simplificación de los procesos relativos a esta cuestión; en particular se sugerirá la supresión de la obligación de generar prefinanciación y de recuperar los intereses correspondientes generados por los beneficiarios, salvo que así se determine en acuerdos de delegación. En materia de garantías y avales se tratará de reducir los costes administrativos y económicos, dejando en la medida que sea posible alternativas a las autoridades concedentes.

— Disminución de subvenciones de administración y subvenciones en cascada. La Comisión propondrá la revisión del principio de disminución de subvenciones para gastos de administración en cuatro años, en lugar de cancelar definitivamente esta forma de financiación. La Comisión también tendrá en cuenta las preocupaciones expresadas por los participantes en la consulta, especialmente por las Organizaciones no Gubernamentales, sobre las subvenciones en cascada; así propondrá eliminar algunas de las restricciones que les afectan, en particular cuando la redistribución de fondos sea su área principal de trabajo.

#### **IV. Programa de Estocolmo: una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano**

El Programa de la Unión Europea sobre justicia, inmigración y seguridad interior, fue aprobado por el Consejo Europeo el 2 de diciembre de 2009. Como parte de dicho Programa, la Dirección General de Justicia e Interior hizo público, el 2 de julio de 2010, un documento para discusión en la Tercera Conferencia «Enhancing Transparency and Accountability of the Non-Profit Sector» celebrada en Bruselas. El documento incluye una serie de medidas de carácter voluntario que se recogerían en una comunicación de la Comisión, con el fin de aumentar la sensibilización de estas organizaciones en relación con el riesgo de ser utilizadas para la financiación de actos terroristas, así como para animarles a revisar sus mecanismos de control interno.

Los elementos principales recogidos en la nota se refieren a:

- Principios fundamentales de buenas prácticas para organizaciones sin ánimo de lucro.
- Buen gobierno.
- Transparencia y responsabilidad.
- Relaciones con donantes.
- Relaciones con beneficiarios.
- Información sobre actividades sospechosas.

## RESEÑA DE JURISPRUDENCIA



# Jurisprudencia sobre fundaciones

*María Natalia Mato Pacín*

Profesora Ayudante de Derecho Civil  
Universidad Carlos III de Madrid

## I. Sentencias del Tribunal Supremo

### **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 10 de marzo de 2010**

[Ref. Instel: §299958]

IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES: NO COINCIDENCIA ENTRE FINES DE LA ENTIDAD Y DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA: EXENCIÓN IMPROCEDENTE.

El Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto por la *Fundación Institut de Recerca de L'Hospital de la Santa Creu i Sant Pau* por considerar que no se cumplen los requisitos exigidos en el artículo 42.1.a) de la Ley 30/1994 para conceder la exención en el Impuesto sobre Sociedades. Efectivamente, aunque los rendimientos obtenidos por la explotación económica de investigaciones científicas y técnicas por encargo o por la organización de cursos y seminarios de estudios se destinan a los fines de la Fundación, es necesario, además, que exista una coincidencia esencial, básica y fundamental entre los fines de la entidad y los de la actividad económica en concreto, circunstancia que no se aprecia en el supuesto de hecho.

### **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 17 de febrero de 2010**

[Ref. Instel: §298990]

IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES: EXENCIÓN DE LOS RENDIMIENTOS DERIVADOS DE EXPLOTACIONES ECONÓMICAS: IMPROCEDENTE.

Los rendimientos que obtiene la *Fundación Escola D'Alta Direcció/Administració de Barcelona* derivados de la prestación de servicios de enseñanza a terceros no están exentos del Impuesto sobre Sociedades en la medida en que constituyen una explotación económica. Aún sin haber una doctrina jurisprudencial clara al respecto, la interpretación de los artículos 5.2 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, en relación con el artículo 349.1 del Reglamento correspondiente, debe ir en el sentido de entender que toda explotación económicamente desarrollada por una entidad exenta —en este caso, una fundación privada—, está sujeta al Impuesto aun cuando fuere realizada para la consecución de sus objetivos o finalidades específicas. Esta afirmación

no se ve afectada por la Ley 30/1994, que viene a ratificar que los rendimientos derivados del ejercicio de explotaciones económicas o del capital mobiliario e inmobiliario estuvieron siempre fuera de la exención.

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 27 de enero de 2010**

[Ref. Iustel: §298379]

[En el mismo sentido: STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 4 de marzo de 2010]

RÉGIMEN TRIBUTARIO ESPECIAL: PARTICIPACIÓN MAYORITARIA EN SOCIEDADES MERCANTILES: CONTRIBUCIÓN AL MEJOR CUMPLIMIENTO DE LOS FINES DE INTERÉS GENERAL NO PROBADA: NO CONCURRE.

El Tribunal Supremo ratifica la sentencia recurrida, negando la aplicación de los beneficios fiscales regulados en la Ley 30/1994 por la no concurrencia de uno de los requisitos previstos en el artículo 42.1.c) de la misma para los casos en los que fundaciones son titulares, directa o indirectamente, de participaciones mayoritarias en sociedades mercantiles. Así, no puede considerarse que la participación de la *Fundación Antoni Serra Satamans* en una sociedad anónima de mera tenencia de bienes coadyuve al mejor cumplimiento de los fines de interés general de la Fundación en la medida en que las meras expectativas de revalorización de unos solares no pueden considerarse contribución económica a los fines de interés general. En cuanto a los efectos del silencio positivo de la Administración respecto de la acreditación de los requisitos, éstos están supeditados, en todo caso, a que se cumplan las condiciones exigidas.

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 9 de diciembre de 2009**

[Ref. Iustel: §298369]

IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES: EXENCIÓN DE RENDIMIENTOS DERIVADOS DE EXPLOTACIONES ECONÓMICAS: NO EXISTE PRUEBA DE QUE LA EXENCIÓN GENERE COMPETENCIA DESLEAL: EXENCIÓN PROCEDENTE.

No ha lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia que confirma la procedencia de la exención en el Impuesto sobre Sociedades de la *Fundación Vidal i Barraquer* en relación con los rendimientos obtenidos en la docencia de psicología y en las ocupaciones complementarias de «servicio de publicaciones», «actividades científicas» y «biblioteca». Según el artículo 48.2 de la Ley 30/1994, los requisitos que tienen que concurrir para que los rendimientos por explotaciones económicas de las entidades acogidas a la misma puedan verse exentos son la coincidencia con el objeto o finalidad de la persona jurídica, la indeterminación de los destinatarios y el hecho de que no generen competencia desleal. Respecto de este último, cuestionado por la parte recurrente, no basta para su prueba alegar que con el reconocimiento de la

exención se generaría competencia desleal por otorgarle una posición ventajosa respecto del resto de competidores que operan en el mercado, sino que resulta indispensable expresar las razones por las que se realiza tal afirmación, describiendo el mercado afectado, su estructura, modo de funcionamiento, así como la posición del beneficiario dentro del mismo.

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), de 29 de octubre de 2009**

[Ref. Iustel: §295734]

INSCRIPCIÓN MARCAS: CONFUSIÓN CON YA EXISTENTES: NO RELEVANTE LA CESIÓN DE LA SOLICITANTE DEL USO DEL NOMBRE A LA FUNDACIÓN EN SU CONSTITUCIÓN: DENEGACIÓN PROCEDENTE.

No se considera procedente la inscripción de las marcas «*Colección de Arte Catalán Carmen Thyssen-Bornemisza*» y «*Colección Carmen Thyssen-Bornemisza*» por la semejanza existente con las ya existentes «*Fundación Colección Thyssen-Bornemisza*», «*Museo Thyssen-Bornemisza*» así como con el nombre comercial «*Fundación Colección Thyssen-Bornemisza*», titularidad de la Fundación de la misma denominación. Dada la evidente similitud de las marcas —sólo diferenciadas en la referencia a una persona física en un caso y jurídica en otro— y la manifiesta relación entre las áreas comerciales, es altamente probable la confusión entre quien consume los productos y servicios. A todo ello no afecta el hecho de que el nombre comercial y la marca de la Fundación puedan derivar de una licencia de uso de su nombre a favor de la Fundación hecha por la solicitante de la inscripción de las marcas como parte del negocio unilateral constitutivo de la Fundación y de aportación de patrimonio fundacional, siendo las posibles cuestiones al respecto, en todo caso, objeto de un procedimiento ante la jurisdicción civil.

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 20 de julio de 2009**

[Ref. Iustel: §295210]

REALIZACIÓN DE OPERACIONES MERCANTILES SUJETAS AL IMPUESTO SOBRE ACTIVIDADES ECONÓMICAS: COMPATIBILIDAD CON NATURALEZA DE ENTIDAD SIN ÁNIMO DE LUCRO. EXENCIÓN IMPUESTO DE SOCIEDADES: NO OBJETO ESPECÍFICO DEL FIN FUNDACIONAL: IMPROCEDENTE.

Se estima el recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado en relación a la liquidación girada en concepto de Impuesto sobre Sociedades respecto a las actividades mercantiles llevadas a cabo por una fundación. La Ley 30/1994 permite que, de forma directa o indirecta, las fundaciones realicen tareas mercantiles o industriales sin que dejen, por ello, de ser entidades sin fines lucrativos siempre que tales actividades estén encaminadas a satisfacer los fines de interés general. Sin embargo, ello no implica que automáticamente proceda la exención del

Impuesto sobre Sociedades respecto de los rendimientos de estas operaciones. En virtud del artículo 48.2 de la Ley 30/1994, sólo quedan exonerados de dicho impuesto aquellos resultados que se obtengan en el ejercicio de las actividades que constituyan su objeto social o finalidad específica. Aunque el fin de la *Real Fundación Patronato de la Vivienda de Sevilla* sea atender la demanda de viviendas de aquellos sectores de la sociedad cuyos recursos económicos no les permiten acceder a otras ofertas públicas o privadas, ciertas operaciones de construcción y venta de viviendas en régimen libre exceden del objeto específico del fin fundacional y la exención podría llegar a producir alteraciones en el régimen de libre competencia.

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 13 de julio de 2009**

[Ref. Iustel: §295145]

IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES: COINCIDENCIA ENTRE ACTIVIDAD ECONÓMICA Y FINALIDAD ESPECÍFICA DE LA ENTIDAD NO PROBADA: EXENCIÓN IMPROCEDENTE.

Entiende el órgano jurisdiccional que la exención prevista en el artículo 48.2 de la Ley 30/1994 requiere, no sólo la coincidencia entre la entidad y la actividad económica desarrollada, sino también la acreditación de una coincidencia esencial entre esta actividad económica y los fines desarrollados por la entidad, acreditación que no se ha llevado a cabo en el caso del supuesto de hecho.

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), de 2 de junio de 2009**

[Ref. Iustel: §292171]

LEGITIMACIÓN DEL PRESIDENTE: ACUERDO DEL ÓRGANO COMPETENTE: EXISTENCIA. MODIFICACIÓN DE ESTATUTOS POR CAMBIO DE DOMICILIO SOCIAL: NO NECESARIA PROPIEDAD DE LA FUNDACIÓN: PROCEDENTE.

Aprueba el Tribunal la existencia de legitimación del Presidente de la fundación para el ejercicio de acciones judiciales de la misma dado que consta escritura de poder en la que le son delegadas todas las facultades del Patronato. En cuanto al fondo, entiende el órgano jurisdiccional que es conforme a Derecho la modificación estatutaria referida al cambio de domicilio de la fundación a un inmueble cuyo uso le es cedido gratuita e indefinidamente para su utilización de acuerdo con los fines fundacionales en la medida en que ni la Ley de Fundaciones andaluza ni el Reglamento de Fundaciones de competencia estatal establecen la necesidad de domiciliar la fundación en un inmueble de su propiedad. Este acuerdo sobre el cambio de domicilio es un acto distinto e independiente del acto de enajenación del inmueble donde se ubicaba el domicilio original de la persona jurídica, acto de cuyas posibles irregularidades, en su caso, conoce la jurisdicción civil y no la contencioso-administrativa.

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª), de 17 de febrero de 2009***[Ref. Iustel: §288574]*

NEGATIVA INSCRIPCIÓN DE UNA FUNDACIÓN: NO APLICACIÓN SILENCIO POSITIVO: ILICITUD DE LA FINALIDAD: AFECTACIÓN A LA VALIDEZ CONSTITUTIVA DE LA FUNDACIÓN: PROCEDENTE.

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la Universidad del País Vasco respecto de la negativa de la inscripción de la *Fundación Clínica Odontológica*. El silencio positivo al que se refiere el artículo 37.2 de la Ley de Fundaciones del País Vasco se refiere exclusivamente a autorizaciones o aprobaciones en relación con fundaciones ya constituidas y no es, por tanto, aplicable al acto de inscripción de una fundación en el Registro correspondiente. Respecto de la causa de denegación, el órgano jurisdiccional aprecia la ilicitud del fin de la entidad en la medida en que de los Estatutos se desprende que el objeto de la misma es la impartición de clases prácticas correspondientes a asignaturas del Plan de estudios de la titulación de Odontología, hecho que, por tratarse de una titulación universitaria de carácter oficial y validez en todo el territorio nacional, vulnera la Ley Orgánica de Universidades. No puede ser de aplicación el artículo 3 de la Ley 12/1994, de Fundaciones del País Vasco, que permite tener por no puesta toda disposición contraria a la Ley puesto que, tratándose de la ilicitud de la finalidad, afecta a la validez constitutiva de la Fundación.

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), de 30 de junio de 2008***[Ref. Iustel: §282013]*

INSCRIPCIÓN DE FUNDACIÓN: AUSENCIA DE AUTORIZACIÓN PARA EL EMPLEO DE UN TÉRMINO: EXISTENCIA DE RESOLUCIÓN APROBATORIA DE TAL USO PREVIA AL TRASPASO DE COMPETENCIAS A OTRA ADMINISTRACIÓN: ACTO DECLARATIVO: DENEGACIÓN IMPROCEDENTE.

El Tribunal desestima el recurso de casación interpuesto por el Principado de Asturias contra la sentencia que acuerda proceder a la inscripción de la *Fundación Universidad Laboral* en el Registro de Fundaciones Docentes y Culturales de Interés General del Principado de Asturias. La falta en la solicitud de inscripción de la autorización de la Consejería correspondiente para el empleo del término «Universidad» se entiende subsanada por la existencia de una resolución de la Dirección Provincial del Ministerio de Educación y Ciencia según la que se acuerda autorizar este término, aunque esta autorización sea previa a las transferencias de funciones y servicios de la Administración del Estado al Principado en materia de enseñanza, en la medida en que se trata de un acto declarativo de derechos vinculante para la Administración mientras no se revise.

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 19 de junio de 2008**

[Ref. Iustel: §281478]

DONACIÓN «MORTIS CAUSA» PARA CONSTITUIR UNA FUNDACIÓN CANÓNICA: INEFICACIA CIVIL POR NO OBSERVAR SOLEMNIDADES: NO OBJETO DE RECURSO DE CASACIÓN: NO PRONUNCIAMIENTO.

El Tribunal Supremo no se pronuncia, por no ser objeto del recurso, sobre la cuestión principal, esto es, la eficacia de una donación «*mortis causa*» efectuada por un sacerdote para la constitución de una fundación. La posible validez canónica del documento de Fundación-donación por el que se constituye la *Fundación Canónica Familia Barbadillo González*, cuyo patrimonio está formado por determinados títulos valores donados por el otorgante, no implica, a juicio de la instancia anterior, la validez civil del mismo en tanto en cuanto el Código de Derecho Canónico no es fuente del Derecho español y las donaciones «*mortis causa*» se rigen por las solemnidades dispuestas en el artículo 620 del Código civil. Aunque el Código de Derecho Canónico disciplina las propias instituciones de la Iglesia Católica, sin perjuicio de su inscripción en el correspondiente Registro de Entidades Religiosas para adquirir plena personalidad jurídica civil, hay que distinguir las fundaciones erigidas en forma canónica de un negocio jurídico mediante el que se dispone de determinados bienes para la constitución o aumento del patrimonio de las mismas, negocio éste propio del Derecho civil. Así, ante la ineficacia jurídica, en su caso, de aquellas disposiciones patrimoniales que no se ajusten al ordenamiento civil, sería posible un cumplimiento voluntario por parte de los herederos, lo que se consideraría como una obligación de orden moral pero no jurídico.

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 6 de febrero de 2008**

[Ref. Iustel: §275588]

[En el mismo sentido: STS (Contencioso-Administrativo) de 7 de febrero de 2008]

IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES: NO EXENCIÓN AUTOMÁTICA POR SER ENTIDAD SIN ÁNIMO DE LUCRO: NECESARIA LA COINCIDENCIA CON EL FIN FUNDACIONAL Y LA AUSENCIA DE AFECTACIÓN A LA LIBRE COMPETENCIA: EXENCIÓN IMPROCEDENTE.

Entiende el Tribunal que no procede la exención del Impuesto sobre Sociedades por las actividades de enseñanza superior llevadas a cabo por la *Fundación para la Investigación y el Desarrollo de Estudios*. El hecho de que se trate de una entidad sin ánimo de lucro, entidad incluida dentro de los sujetos beneficiarios de privilegios fiscales, no implica automáticamente que los resultados en el ejercicio de una explotación económica ajena a la actividad principal pero que se aplican al cumplimiento de los fines contemplados en los Estatutos de la Fundación estén exentos en el Impuesto de Sociedades en el sentido del artículo 48.2 de la Ley 30/1994. En el caso concreto, la

negativa a la exención se fundamenta en la falta de coincidencia entre la explotación económica de la enseñanza de educación superior y el objeto o finalidad específica de la entidad, así como en la injustificada posición ventajosa que se podría generar con la concesión de beneficios fiscales adicionales frente a otros operadores económicos con ánimo de lucro en el referido mercado.

## II. Sentencias de la Audiencia Nacional

### **Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), de 2 de diciembre de 2009**

[JUR 2009\496272]

FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO ESTATAL: COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN CIVIL SALVO ACTOS ADMINISTRATIVOS DEL PROTECTORADO.

Se revoca la sentencia de instancia por no ser el orden jurisdiccional contencioso-administrativo el competente para decidir sobre una entrega dineraria sin contraprestación realizada por la *Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales*. Aún tratándose de una Fundación del sector público estatal, no se está ante un organismo público ni ente público de otra naturaleza ni asume competencias administrativas a no ser que una ley lo establezca expresamente, siendo la jurisdicción civil la esencial para enjuiciar su actividad salvo que se trate de la actividad administrativa del Protectorado, órgano que no interviene en la cuestión controvertida.

### **Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 23 de julio de 2008**

[RJCA 2008\421]

PROTECCIÓN DE DATOS: FICHEROS CREADOS Y GESTIONADOS POR FUNDACIÓN DE NATURALEZA PÚBLICA: FICHEROS PÚBLICOS: INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CORRESPONDIENTE.

Se estima el recurso interpuesto por la *Fundación Hospital Alcorcón* solicitando la cancelación de la inscripción en el Registro General de Protección de Datos de una serie de ficheros para proceder a su inscripción en el Registro de Ficheros de Datos Personales de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid por considerar que la naturaleza de los referidos ficheros es pública y no privada. Se basa el Tribunal en que el órgano creador y que gestiona los mismos, la *Fundación Hospital Alcorcón*, es una entidad pública de la Comunidad Autónoma de Madrid a pesar de que no ejerza ninguna potestad de esta naturaleza atendida su norma de creación, estatutos y normativa sobre fundaciones.

**Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª), de 21 de abril de 2008**

[JUR 2008\197261]

IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES: INCUMPLIMIENTO REQUISITOS: ACTIVIDADES DIRIGIDAS A UN NÚCLEO CONCRETO DE PERSONAS: EXENCIÓN IMPROCEDENTE.

La Sala desestima el recurso interpuesto por la *Fundación Canónica Stadium Casablanca de Zaragoza*, mediante el que se solicita que le sean aplicados ciertos beneficios fiscales recogidos en la Ley 30/1994. A pesar de ser posible la aplicación de esta ley a la entidad religiosa en virtud de los Acuerdos Económicos suscritos con la Santa Sede, la explotación económica de instalaciones deportivas y de escuelas y servicios de perfeccionamiento del deporte llevada a cabo por la persona jurídica en cuestión no cumple con los requisitos recogidos en el artículo 48.2 de la referida norma. Además de los relacionados con el cumplimiento de los fines y la competencia desleal, la Audiencia hace un especial hincapié en la necesidad de generalidad en los colectivos de destinatarios: los beneficiarios de la *Fundación Canónica Stadium Casablanca de Zaragoza* no son una generalidad heterogénea sino que se trata de un núcleo muy concreto de personas que son las únicas que pueden acceder a los distintos servicios dispensados mediante una contraprestación.

**Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 17 de abril de 2008**

[JUR 2008\170916]

IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES: NO SOLICITUD DE LA ENTIDAD INTERESADA Y DISTORSIÓN DE LA COMPETENCIA: EXENCIÓN IMPROCEDENTE.

La Audiencia analiza la actividad llevada a cabo por la *Fundación Instituto Agustín de Betancourt* —realización de proyectos de investigación por peticiones de entidades públicas y empresas privadas— en aras a determinar la procedencia o no de la aplicación de la exención en el Impuesto de Sociedades. Entiende el órgano jurisdiccional que no se trata de una actividad que constituya el objeto social o finalidad de la Fundación, sino de una explotación económica cuyos rendimientos no se pueden acoger a la exención en el impuesto puesto que no se cumplen los requisitos necesarios, entre ellos, la solicitud por parte de la entidad interesada. Uniendo a este razonamiento el efecto potenciador de la competencia desleal que produciría el trato privilegiado, concluye la Audiencia que no se trata de una entidad sin ánimo de lucro incluida en la Ley 30/1994 en lo que a beneficios fiscales se refiere.

### III. Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia

#### **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.<sup>a</sup>), de 17 de febrero de 2010**

[JUR 2010\146359]

CONVERSIÓN DE SOCIEDAD ANÓNIMA PÚBLICA EN FUNDACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO: FORMA JURÍDICA ADECUADA: PROCEDENTE. MODIFICACIÓN SUPUESTOS REVERSIÓN: INCLUSIÓN DE UN NUEVO SUPUESTO: DECRETO DEL GOBIERNO: POSIBLE DESVIACIÓN DE BIENES DE LA FUNDACIÓN: COMPORTAMIENTO MERAMENTE FUTURO E HIPOTÉTICO: MODIFICACIÓN PROCEDENTE.

El Tribunal Superior de Justicia declara conforme a Derecho las modificaciones que contiene, respecto de la *Sociedad Pública NEIKER, Instituto Vasco de Investigación y Desarrollo Agrario*, el Decreto impugnado. Dejando a un lado ciertas reclamaciones de carácter laboral y en relación a la conversión de la sociedad anónima pública en fundación, respalda el órgano jurisdiccional la posibilidad de que se altere la naturaleza de la entidad hacia esta otra, una fundación del sector público de la Comunidad Autónoma Vasca. Tras la incorporación de la posibilidad de las fundaciones del sector público, parece ser ésta la forma jurídica que más se ajusta a las necesidades y características de la actividad del supuesto de hecho teniendo en cuenta que, junto a los elementos esenciales de este tipo de persona jurídica, el concepto tradicional de fundación como patrimonio ha dado paso a otro en el que la organización adquiere una mayor importancia.

Esta conversión es la causa desencadenante de la necesidad de revisión de lo dispuesto en Decretos anteriores respecto de la reversión de los servicios y bienes afectos en caso de pérdida de la condición de sociedad pública, como adaptación y anticipo a las situaciones que a futuro podrían darse en relación con las normas de funcionamiento de una fundación. Si bien la parte recurrente alude a una potencial y futura desviación de los bienes de la Fundación en base a la inclusión de un nuevo supuesto de reversión automática —el Decreto del Gobierno—, a juicio de la Sala, hipotéticos comportamientos futuros irregulares por parte de la Fundación no son soporte para justificar una infracción del artículo 35.5 de la Ley 12/1994, de Fundaciones del País Vasco, ni del artículo 7 de la Ley de Patrimonio del mismo ámbito territorial, sino que deberán ser tratados, en su caso, con los mecanismos existentes al efecto en Derecho.

#### **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.<sup>a</sup>), de 21 de diciembre de 2009**

[JUR 2010\84351]

IMPUESTO SOBRE BIENES INMUEBLES: NECESARIA GRATUIDAD DE LOS MIEMBROS DEL ÓRGANO DE GOBIERNO DE LA FUNDACIÓN: CARGO DE PRESIDENTE RETRIBUIDO COMO APODERADO GENERAL DE LA ENTIDAD: EXENCIÓN IMPROCEDENTE.

Desestima el Tribunal el recurso interpuesto por la *Fundación Semana Verde de Galicia* por entender que no concurren los requisitos exigidos en la Ley 49/2002 para la exención en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles, concretamente el relativo a la gratuidad del cargo de patrono, representante estatutario y miembro del órgano de gobierno, sin perjuicio del reembolso de los posibles gastos ocasionados por el desempeño de su función. Dado que no es posible disgregar dentro de la actuación del Presidente qué funciones realiza en qué condición, el hecho de que la retribución del mismo sea por su condición de apoderado general de la Fundación no impide considerar como incumplido el requisito analizado.

**Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9.ª), de 24 de septiembre de 2009**

[LA LEY 257924/2009]

DEPÓSITO DOCUMENTACIÓN CONTABLE: CONTROL ADECUADO POR PARTE DEL PROTECTORADO: DEFICIENCIAS NO SUBSANADAS: DENEGACIÓN PROCEDENTE.

Considera la Sala justificada la denegación del depósito de la documentación contable de la *Fundación General de la Universidad Complutense de Madrid* ante la ausencia de determinados extremos no subsanados por la entidad. No se aprecia en este hecho una infracción por parte del Protectorado ejerciendo un control que exceda del legalmente establecido puesto que, para el cumplimiento de sus funciones, es necesario que dicho órgano examine y requiera la subsanación de las omisiones o deficiencias existentes en la documentación contable de la Fundación. Esta falta de subsanación, por otra parte, no se entiende suplida por la realización de una auditoría externa, más cuando en el inventario presentado sólo figura una parte de los bienes, derechos y obligaciones que se recogen en el balance, sin mención alguna al resto. Por último, la misma objeción merece la ausencia del informe referente al desarrollo y viabilidad de la operación inmobiliaria llevada a cabo por la Fundación, recomendado dada la importancia cuantitativa de la misma.

**Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y lo Penal, Sección 1.ª), de 17 de septiembre de 2009**

[JUR 2009\453402]

RESPONSABILIDAD DE PATRONOS: INAPLICACIÓN ANALÓGICA DE LA LSA: AUSENCIA DE SIMILITUD JURÍDICA Y DE LAGUNA LEGAL: INEXISTENCIA.

El Tribunal desestima el recurso de casación interpuesto por la sociedad *Poniente 44, S.A.*, propietaria de un local arrendado a la *Fundació D'Estudis Socials i Econòmics de Catalunya*, mediante el que se ejercita una acción de responsabilidad contra los patronos y el administrador de hecho de dicha Fundación en base a la normativa de las sociedades anónimas. Como consecuencia del impago de las rentas correspondientes y una vez resuelto el contrato de arrendamiento, la sociedad reclama las rentas vencidas y adeudadas por la Fundación llegando a un acuerdo transaccional de reco-

nocimiento de deuda, deuda que, sin embargo, no se llega a satisfacer produciéndose en cambio la disolución de la entidad sin ánimo de lucro, así como la dimisión de todos los miembros de su Patronato.

Entiende el Tribunal que no cabe la aplicación analógica a los patronos de las fundaciones de las normas aplicables a los administradores de las sociedades anónimas en lo que a la acción de responsabilidad individual y la acción de incumplimiento de deberes sociales se refiere (arts. 133, 135 y 262 LSA). Por una parte, por las claras diferencias existentes entre las fundaciones y las sociedades anónimas, resaltando la persecución de fines de interés general y la ausencia de ánimo de lucro por parte de las primeras. Por otra, la analogía requiere, además de la similitud jurídica, una verdadera laguna legal respecto del supuesto contemplado, laguna que no se advierte en la normativa aplicable a una eventual responsabilidad individual de los patronos frente a terceros, esto es, no sólo la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundacions de Catalunya, sino también el Código Penal o, en última instancia, las reglas generales de responsabilidad civil contenidas en el Código Civil.

**Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª), de 29 de mayo de 2009**

[JUR 2009\371220]

DENEGACIÓN DE CERTIFICADO DE DENOMINACIÓN: EXISTE CONFUSIÓN EN CUANTO A LOS FINES DE LA ENTIDAD: PROCEDENTE.

Entiende el Tribunal como ajustada a Derecho la resolución mediante la que se deniega la expedición del certificado de denominación a favor de la *Fundación para la defensa de la nación española*. Según lo dispuesto en el Reglamento del Registro de Fundaciones, aprobado por el Real Decreto 384/1996, de 11 de noviembre, así como en el artículo 5 de la Ley 50/2002, de Fundaciones, la incorporación de los términos «defensa» y «nación española» da lugar a confusión en cuanto a los fines de la Fundación, sugiriendo una vinculación con fines públicos y evocando una actividad reservada al sector público.

**Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 19 de marzo de 2009**

[JT 2009\982]

[En el mismo sentido: STSJ Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 26 de febrero de 2009]

IMPUESTO SOBRE BIENES INMUEBLES: SÓLO SE EXCLUYE DE LA EXENCIÓN LOS BIENES AFECTOS A EXPLOTACIONES ECONÓMICAS NO EXENTAS DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES: EL ARRENDAMIENTO NO ES EXPLOTACIÓN ECONÓMICA: EXENCIÓN TOTAL PROCEDENTE.

Se estima el recurso de apelación interpuesto por la *Fundació Privada Clapes-Gallent* en relación con la denegación de exención total en el Impuesto sobre Bie-

nes Inmuebles de una finca ocupada en un 22% por la propia Fundación para el uso de su actividad fundacional y el restante 78% por otras entidades arrendatarias que llevaban a cabo otras actividades. Entiende el órgano jurisdiccional que, según el artículo 15.1 de la Ley 49/2002, artículo que recoge una exención mucho más amplia que su antecesor en la Ley 30/1994, únicamente se excluyen de la exención los bienes de las entidades sin fines lucrativos afectos por estas entidades a explotaciones económicas no exentas del Impuesto sobre Sociedades, habiendo desaparecido la excepción relativa a los bienes cedidos a terceros mediante contraprestación. El arrendamiento no es considerado legalmente como explotación económica y es irrelevante el hecho de que el arrendatario afecte o no dicho inmueble a una actividad económica y la naturaleza de la misma.

**Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 6 de marzo de 2009**

[JUR 2009\250028]

NATURALEZA FUNDACIÓN: FINANCIACIÓN AL 100% POR EL ESTADO: ENTIDAD DE DERECHO PRIVADO PERO SUJETA A LA LEY DE CONTRATACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

Al hilo de la determinación de la jurisdicción competente para conocer de un recurso contra la resolución de un concurso público, se analiza la naturaleza de la *Fundación Canaria Puertos de Las Palmas*, entidad cultural y educacional de carácter privado, sin ánimo de lucro, reconocida de interés general en el Registro de Fundaciones canarias y participada al 100% por el Estado. Tanto de la legislación comunitaria como de la nacional se desprende que, entre otras entidades, las fundaciones del sector público deberán someterse a las prescripciones de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas si su actividad está mayoritariamente financiada o gestionada por las Administraciones públicas u otras entidades de Derecho público o sus órganos de administración están compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por aquéllas. Así, a pesar de que la Fundación referida se rija por normas de Derecho privado —Ley 50/2002— y por sus Estatutos, lo relevante para concluir la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa es la naturaleza del acto impugnado, dentro de un procedimiento materialmente administrativo.

**Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), de 28 de enero de 2009**

[JUR 2009\211375]

IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES: PRESENTACIÓN FUERA DE PLAZO DE LA MEMORIA ANUAL: INCUMPLIMIENTO REQUISITOS: EXENCIÓN IMPROCEDENTE.

Se declara la inadmisibilidad de las alegaciones de la fundación recurrente contra la negativa a la aplicación a la misma del Régimen Fiscal para entidades sin fines lucrativos para el Impuesto sobre Sociedades. La normativa al efecto, la Ley 49/2002,

es clara respecto de la exigencia de la elaboración de una memoria anual, así como de su presentación en el plazo de siete meses desde la fecha de cierre del ejercicio. Una presentación extemporánea implica, por tanto, el incumplimiento de uno de los requisitos exigidos para la aplicación del régimen especial.

**Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 23 de enero de 2009**

[LA LEY 2425/2009]

DESTINO DE BIENES DE UNA FUNDACIÓN EXTINGUIDA: CAMBIO DE USO POR EL AYUNTAMIENTO MEDIANTE PLAN DE ORDENACIÓN URBANÍSTICA: MODIFICACIÓN JUSTIFICADA.

Se desestima el recurso contra un Decreto de ordenación urbanística de la Junta de Castilla y León que recae sobre una serie de terrenos propiedad, en su momento, de la *Fundación Docente Rodríguez Celis*, extinta en la actualidad. El hecho de que, tal y como acordó el Patronato de la misma, los bienes fueran adjudicados al Municipio con el fin de destinarlos a fines docentes y culturales con carácter obligatorio no implica que estos bienes afectos anteriormente a los fines fundacionales se encuentren excluidos de la ordenación urbanística que proceda. Así, las fincas de una fundación como las de una persona física o jurídica pública o privada están sometidas al planeamiento urbanístico y, por tanto, su uso y destino puede ser modificado siempre y cuando dicha modificación no sea caprichosa, arbitraria o irracional entendiendo, en el presente caso, que el cambio de uso de los citados terrenos a uno público para la construcción de viviendas de protección oficial está justificado.

**Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 29 de diciembre de 2008**

[JUR 2009\159776]

NATURALEZA FUNDACIÓN: NO CONSTITUIDA AL AMPARO DE LA LEY 30/1994: NO ENTE PRIVADO: ORGANISMO PÚBLICO.

El Tribunal confirma íntegramente la resolución administrativa inicialmente recurrida acerca del proceso de selección de personal de la *Fundación Hospitalaria Calahorra*, resolución en la que se valoran servicios prestados por uno de los candidatos en dicha Fundación y comisiones vinculadas como servicios prestados en un centro perteneciente a la Administración Pública. Además de estimar conforme a Derecho la discrecionalidad del Tribunal calificador en la toma de decisión, se zanja la problemática acerca de la naturaleza de la Fundación Hospitalaria en cuestión: esta persona jurídica no puede ser considerada como centro privado por no haber sido constituida al amparo de la Ley 30/1994 sino como organismo público adscrito al Instituto Nacional de la Salud en base a la legislación administrativa correspondiente.

**Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 3 de diciembre de 2008**

[JUR 2009\117043]

COMPATIBILIDAD DE FUNCIONES PÚBLICAS CON OTRAS ACTIVIDADES: FUNDACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO: RÉGIMEN DE LA LEY DE LA FUNCIÓN PÚBLICA: NO PROCEDENTE.

Encuentra el Tribunal incompatible el ejercicio por parte de la recurrente de docencia universitaria, así como de la labor privada de asesoramiento jurídico en la *Asociación de personas con discapacidad intelectual de Galicia*, con la actividad pública principal de la misma como abogada en la *Fundación Galega para a tutela de adultos*. Partiendo de la autorización expresa, tanto en la Ley 30/1994, como en la 50/2002, de Fundaciones de ámbito estatal, para la creación de fundaciones del sector público estatal y, en concreto, de su regulación en la Ley 12/2006, de Fundaciones de interés gallego, cuyo artículo remite la contratación del personal al servicio de este tipo de fundaciones a las disposiciones de la Ley de Función Pública de Galicia, se puede concluir que las actividades de la recurrente se incardinan en el sector público. Esto implica su sujeción a un sistema en el que la incompatibilidad es la regla general y la compatibilidad la excepción, apreciándose la primera respecto tanto del ejercicio de la función docente —que puede suponer un menoscabo del cumplimiento de sus funciones principales— como de la actividad de asesoramiento privado en un ámbito relacionado con sus funciones públicas —lo que puede dar lugar a conflictos de intereses.

**Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), de 20 de junio de 2008**

[JUR 2008\283499]

IMPUESTO DE SOCIEDADES: NO ACREDITADA EXPLOTACIÓN ACTIVIDAD DOCENTE: EXENCIÓN PROCEDENTE. ACREDITADOS INGRESOS POR CUOTAS COMO CONTRAPRESTACIÓN DE SERVICIOS Y POR CESIÓN DE ALUMNOS EN PRÁCTICAS: EXENCIÓN IMPROCEDENTE.

Se estima en parte el recurso interpuesto por la *Fundación Antonio de Nebrija* respecto de la liquidación del Impuesto sobre Sociedades en relación con los rendimientos derivados de la actividad de la enseñanza, la prestación de determinados servicios a cambio de cuotas así como de la cesión de alumnos en prácticas mediante convenios de colaboración con empresas o entidades. Mientras que en el primer caso no se puede hablar de rendimientos sino de aportaciones lucrativas a la Fundación, puesto que no está demostrada la existencia de una organización de recursos humanos y materiales que acredite la explotación económica de una actividad de enseñanza, sí se entienden como rentas sujetas y no exentas las obtenidas en los restantes supuestos: tanto a través de las cuotas —forma indirecta de contraprestación de servicios que no constituyen el fin social de la entidad— como a través de la cesión de alumnos en prácticas obtiene la Fundación un rendimiento sujeto a tributación.

**Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), de 8 de julio de 2008***[JUR 2008\315414]*

PATRONATO: CESE Y NOMBRAMIENTO DE NUEVOS MIEMBROS POR AYUNTAMIENTO: NO PREVISTO NOMBRAMIENTO POR RAZÓN DE CARGO: NULIDAD ACUERDOS.

Se estima el recurso contra los acuerdos del Pleno del Ayuntamiento mediante los cuales se cesa a los demandantes como miembros del Patronato de la *Fundación Privada Patronato Residencia Geriátrico y Centro de Día de Tossa de Mar* por haber cesado en los cargos por los que fueron nombrados y se procede al nombramiento de otros miembros en su sustitución. No existe una mención específica de que su designación originaria fuera por razón del cargo. A esto se une que, ni en la carta fundacional de la mencionada persona jurídica, creada por el Consistorio como fundador y sujeta a la Ley 5/2001, de Fundaciones de Cataluña, consta una reserva para la renovación de miembros del Patronato en lo que al derecho y manera de proceder a la designación, cese y renovación de los mismos se refiere, ni en los Estatutos se contempla que deban integrarse en el mismo por razón del cargo. Asimismo, el Ayuntamiento tampoco puede designar al Presidente de la Fundación puesto que no sólo no está previsto tal hecho en los Estatutos, sino que se contempla la elección por y entre los miembros del Patronato.

**Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), de 26 de marzo de 2008***[JT 2008\543]*

*(En el mismo sentido: SSTSJ Madrid de 26 de mayo y 29 de octubre de 2008)*

IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES: NO ES SUFICIENTE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE FUNDACIONES: NECESARIA LA ACREDITACIÓN COMO ENTIDAD SIN FINES LUCRATIVOS ANTE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA: EXENCIÓN IMPROCEDENTE.

Se desestima el recurso de la *Fundación de Apoyo a la Historia del Arte Hispano* respecto a la liquidación provisional del Impuesto sobre Sociedades. Se basa el Tribunal en la ausencia del requisito de acreditación ante la Delegación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria correspondiente de su condición de entidad sin fin lucrativo beneficiaria de exenciones fiscales, tal y como exige el artículo 46 de la Ley 30/1994. El hecho de que haya tenido lugar la inscripción de entidad en el Registro especial de Fundaciones y haya sido reconocida como Fundación cultural no es suficiente para obtener la exención fiscal solicitada sino que debe acreditarse tal condición por parte de la Administración tributaria.

**Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.<sup>a</sup>), de 3 de marzo de 2008**

[LA LEY 171640/2008]

MODIFICACIÓN DE ESTATUTOS: ALTERACIÓN FUNCIONES ADMINISTRADOR RESPETANDO SU EXISTENCIA: MODIFICACIÓN PROCEDENTE.

Entiende la Sala conforme a Derecho la modificación de los Estatutos acerca de las competencias de la figura del administrador de la *Fundación S. Fernando Rey de España y S. Francisco de Asís de la Casa Zayas Calvache*. La voluntad de la fundadora ha sido respetada en lo que a la existencia del administrador general vitalicio se refiere —nombrado por disposición testamentaria— en tanto en cuanto éste continúa en el ejercicio de sus funciones que sólo se han visto modificadas. Dado que las competencias de este administrador se determinan en la redacción de los Estatutos efectuada por el primer Patronato y no en el título constitucional, está facultado el órgano de gobierno y representación, en interés de la Fundación, para acordar la modificación de las mismas.

**Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.<sup>a</sup>), de 27 de febrero de 2008**

[JUR 2009\21696]

CONCESIÓN DE MARCA: NO CONFUSIÓN CON EL ÁMBITO DE ACTUACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: FUNDACIÓN COMO COOPERANTE CON EL INTERÉS GENERAL.

La Sala entiende que la concesión de la marca *Museo Galego da Emigración* a la *Fundación Sotelo Blanco* no incurre en ninguna prohibición absoluta recogida en la Ley 17/2001, de Marcas, en la medida en que las palabras que incluye dicha marca no determinan que cualquier actividad que se desarrolle bajo tal denominación corresponda automáticamente al ámbito exclusivo de actuación de una Administración Pública, especialmente cuando la titularidad de la marca corresponde a una fundación, persona jurídica que, por su configuración legal y tal y como lo ha entendido el Tribunal Constitucional, tiene un innegable peso como coadyuvante en la satisfacción del interés general.

#### IV. Sentencias de las Audiencias Provinciales

**Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11.<sup>a</sup>), de 2 de febrero de 2010**

[LA LEY 19837/2010]

VULNERACIÓN DEL DERECHO AL HONOR: MANIFESTACIONES ACERCA DE UNA FUNDACIÓN QUE CONSTITUYEN UNA INTROMISIÓN ILEGÍTIMA: EXISTENCIA.

Respecto de las declaraciones vertidas por una periodista en un programa de televisión acerca de la *Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales*, confirma el

Tribunal la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho al honor de esta última. Aunque el derecho al honor puede ser limitado por los derechos a informar y a expresarse libremente, los profesionales de la información no están protegidos cuando faltan a la verdad ni cuando provocan el deshonor de las personas con insidias o ataques innecesarios. Estos rasgos son los que se desprenden de las referidas declaraciones —que constituyen una información y no una mera opinión— acerca de la dependencia económica de un partido respecto de la citada Fundación, por ser afirmaciones inveraces que atentan contra el honor, buen nombre y prestigio de la persona jurídica al imputarla una actividad que no sólo vulneraría sus Estatutos en cuanto al objeto y fines que en ellos se definen, sino que también quebrantaría lo previsto en el régimen electoral. En cuanto al restablecimiento del derecho, y en función del medio en el que se difundieron las manifestaciones analizadas, se sustituye la condena de difusión de la resolución en dos periódicos de ámbito nacional y dos de ámbito catalán por la divulgación en el concreto medio y programa o similar.

**Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 18.ª), de 22 de septiembre de 2009**

[JUR 2009\452862]

[En el mismo sentido: SAP Madrid (Sección 10.ª), de 22 de enero de 2010]

LEGITIMACIÓN PARA ACCIÓN DE RESOLUCIÓN CONTRACTUAL: EXISTENTE.

Se reconoce la legitimación activa de la *Fundación Alday* para extinguir un contrato de arrendamiento por expiración de término. No se aprecia vulneración de la Ley 50/2002, de Fundaciones, ni la equivalente del País Vasco al no constar ningún indicio de irregularidades en la inscripción del Presidente de dicha fundación en el Registro de Fundaciones del País Vasco ni en la constitución del Patronato.

**Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 2.ª), de 23 de diciembre de 2008**

[JUR 2009\286282]

RETRIBUCIÓN A FUNDACIÓN POR EJERCICIO DE TUTELA: PATRIMONIO SUFICIENTE DEL TUTELADO: PROCEDENTE.

La Audiencia estima adecuada la concesión de una retribución a favor de la *Fundación Tutelar Feclen* en virtud de los artículos 26 de la Ley 50/2002, de Fundaciones, y 274 del Código Civil, según los cuales la Fundación —tutora de un incapaz— puede percibir ingresos por sus actividades siempre que ello no implique una limitación injustificada del ámbito de sus posibles beneficiarios y el patrimonio del tutelado lo permita, tal y como acontece en el supuesto en cuestión.

## V. Otras resoluciones

### **Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 18 de enero de 2010**

[Ref. Iustel: §603430]

INSCRIPCIÓN DE ESCRITURA DE ACEPTACIÓN Y ADJUDICACIÓN DE HERENCIA: DISPOSICIÓN POR PARTE DE LA HEREDERA DE BIENES DE UN LEGADO A UNA FUNDACIÓN NO CONSTITUIDA: NECESIDAD DE RESOLUCIÓN JUDICIAL PARA DECLARAR LA NULIDAD DEL LEGADO: NEGATIVA PROCEDENTE.

Respecto de la negativa del Registrador de la Propiedad a la inscripción de una escritura de aceptación y adjudicación de herencia por observar irregularidades en la misma relacionadas con la entrega por parte de la heredera de los legados y con la liquidación del Impuesto de Sucesiones, la DGRN, valorando los documentos que habían podido ser examinados por el funcionario calificador, ratifica la misma. La única interpretación de la disposición testamentaria en la que se ordena un legado a favor de una fundación en constitución no es la que establece la obligación por parte de los herederos testamentarios de concluir el proceso fundacional sino que, faltando declaración explícita del testador acerca de su voluntad de crear la fundación, puede tratarse de una disposición que haya de quedar ineficaz por ordenarse a favor de una persona que resulta inexistente por la propia inactividad del testador. No obstante, y a pesar de que la fundación no llegara a constituirse, la heredera no puede disponer de bienes que integran este legado en la medida en que la nulidad del mismo deber ser declarada por una resolución judicial declarativa y no por la sola afirmación de la heredera. En cuanto a las cuestiones fiscales, deben tenerse por cumplidos los requisitos con el documento firmado por el Liquidador del impuesto que acredite su pago o nota al pie del título en la que conste la presentación de la autoliquidación correspondiente.

### **Dictamen de la Abogacía del Estado de 30 de julio de 2009**

[JUR 2009\287084]

INTERPRETACIÓN TESTAMENTO: BIENES PERTENECIENTES AL ESTADO Y NO A LA FUNDACIÓN. NATURALEZA: FUNDACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO ESTATAL.

De la interpretación del testamento, según la regla de la supremacía de la voluntad real del testador, se desprende la existencia de dos realidades diferenciadas: la *Fundación Museo Cerralbo* y el Museo propiamente dicho, constituido éste por el conjunto de obras artísticas que el causante lega al Estado y siendo la primera, por tanto, un mero medio jurídico instrumental para la gestión del Museo. A pesar de que en el propio testamento se dota a la Fundación de los medios económicos necesarios para cumplir el fin para el que se constituyó, éstos no son suficientes, habiendo sufragado el Estado los gastos derivados de la gestión y administración del Museo a través de derechos y rentas sobre bienes del Museo que corresponden en propiedad al Estado y

no a la entidad sin ánimo de lucro. El hecho de que la principal y más importante fuente de ingresos de la entidad provenga del Estado lleva a concluir, según el artículo 44 de la Ley 50/2002, su naturaleza de fundación del sector público estatal.

**Informe de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía de 27 de noviembre de 2008**

[LA LEY 1729/2008]

CONCEPTO DE «PODERES ADJUDICADORES» EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO EN RELACIÓN CON LAS FUNDACIONES: ACLARACIÓN DE «FINANCIACIÓN MAYORITARIA» Y CUESTIONES RELACIONADAS.

Al hilo del concepto de «poderes adjudicadores» de la Ley de Contratos del Sector Público en relación con las fundaciones, tanto pertenecientes al sector público como privado, sujetas a la Ley 10/2005, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma Andaluza, se plantean una serie de cuestiones encaminadas a determinar los entes que pueden ser considerados como «poderes adjudicadores». Así, ha de entenderse «financiación mayoritaria» en el sentido usual de «más de la mitad» y que aquellas prestaciones derivadas de contratos de carácter sinalagmático negociados libremente por las partes están excluidas de ser consideradas financiación pública. En cuanto al período de referencia, se estima que debe efectuarse la calificación de entidad adjudicadora sobre una base anual teniendo en cuenta el ejercicio presupuestario en que se inicia el procedimiento de ejecución de un contrato determinado. Respeto a aquellas fundaciones no clasificadas como fundaciones del sector público por la Ley andaluza de fundaciones, podrán tener asimismo la consideración de poderes adjudicadores a los efectos de la Ley de Contratos del Sector Público si cumplen los requisitos de financiación anteriormente expuestos.

**Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 24 de enero de 2008**

[Ref. Iustel: §602989]

INSCRIPCIÓN DE DONACIÓN A FUNDACIÓN EXTRANJERA: NO SE ACREDITA LA EXISTENCIA DE FINES DE INTERÉS GENERAL CON ARREGLO AL ORDENAMIENTO ESPAÑOL: IMPROCEDENTE.

La DGRN acuerda confirmar la calificación del Registrador que deniega la inscripción de la escritura de donación a una fundación de interés privado de nacionalidad panameña. Al ser una persona jurídica constituida con arreglo a la legislación de otro Estado, según el artículo 7 de la Ley 50/2002, deberá estar sujeta a un control previo de legalidad ineludible para que la escritura otorgada a su favor pueda acceder al Registro de la Propiedad, debiendo acreditar ante el Registro de Fundaciones correspondiente que ha sido válidamente constituida con arreglo a su ley personal y pudiendo ser denegada la inscripción si no cumple con la exigencia constitucional del fin de interés general.



# Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 17 de septiembre de 2009: responsabilidad de patronos frente a terceros

*María Natalia Mato Pacín*

Profesora Ayudante de Derecho Civil  
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. SUPUESTO DE HECHO Y FALLO.—III. RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS PATRONOS.—IV. POSIBILIDAD DE LA APLICACIÓN ANALÓGICA DE LA LSA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD.—V. AUSENCIA DE LAGUNA LEGAL: APLICACIÓN DE LAS REGLAS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.—VI. RECAPITULACIÓN.

## I. Introducción

El Tribunal Superior de Justicia catalán, en su Sentencia de 17 de septiembre de 2009, niega la aplicación analógica a los patronos de las fundaciones de las normas que afectan a los administradores de las sociedades anónimas, en lo que a la acción de responsabilidad individual y la acción de incumplimiento de deberes sociales se refiere [arts. 133, 135 y 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA), respectivamente].

La sentencia que nos ocupa versa, por tanto, sobre el régimen de responsabilidad civil de los patronos de las fundaciones, régimen escuetamente regulado en la normativa, tanto estatal como autonómica y que, dada la creciente importancia y presencia en el mercado de este tipo de personas jurídicas en los últimos años, puede dar lugar a ciertos interrogantes cuya resolución merece un análisis detenido.

Dentro de las potenciales responsabilidades que se pueden generar como consecuencia de las relaciones de las fundaciones con otros sujetos —y siendo las fundaciones personas jurídicas que, por tanto, actúan a través de los miembros que componen su órgano de gobierno y representación—, la cuestión que se plantea en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se centra en la responsabilidad de los patronos frente a terceros. Si hemos calificado de «escueta» la regulación de la responsabilidad del Patronato en la normativa espa-

ñola sobre fundaciones, respecto al tema concreto de la responsabilidad de los patronos frente a terceros puede afirmarse que, en el momento de dictarse la resolución comentada, existe un silencio legal, silencio que lleva a plantear la posibilidad de aplicar analógicamente la normativa sobre responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles de capital contemplada en la LSA.

Así, el interés de esta resolución radica en las cuestiones que se abordan al hilo del análisis de la concurrencia o no de los presupuestos para la aplicación de la analogía al caso concreto:

- Por una parte, como paso necesario para precisar la existencia de «identidad de razón», se examinan comparativamente los elementos caracterizadores de ambos tipos de personas jurídicas, fundaciones y sociedades anónimas, centrándonos en los fines de interés general y en la ausencia de fin de lucro, elementos esenciales de las primeras. La trascendencia de este análisis está conectada con la evolución que ha sufrido la figura fundacional en los últimos tiempos y su evidente aproximación, tanto de hecho como de Derecho, en algunos puntos, a las sociedades mercantiles de capital. Tal y como tendremos ocasión de analizar en detalle, las fundaciones han pasado de ser consideradas un patrimonio estático a operar en el mercado con criterios más cercanos al mundo empresarial que a la beneficencia, transformación que ha tenido también repercusiones a nivel legislativo especialmente en algunas materias, entre las que podemos señalar, precisamente, la responsabilidad de los patronos, campo en el que existe un más que evidente paralelismo entre el Derecho de fundaciones y el de las sociedades de capital.

- Por otra parte, el hecho de tener que determinar la existencia o no de «laguna legal», implica la necesidad de hacer un recorrido por los posibles mecanismos de exigencia de responsabilidad a los miembros de los órganos de gobierno de las fundaciones frente a terceros, dada la no mención expresa de una acción de esta naturaleza ni en la Ley de Fundaciones catalana vigente en ese momento ni en la estatal, aún hoy en día. Este recorrido nos encaminará hacia las reglas generales de la responsabilidad civil y, por tanto, al artículo 1.902 del Código Civil.

## II. Supuesto de hecho y fallo

La Fundació D'Estudis Socials i Econòmics de Catalunya (FESEC), inscrita en el correspondiente Registro de Fundaciones de la Generalitat de Catalunya, tiene como domicilio un local que le había sido arrendado por la sociedad PONIENTE 44, S.A. Ante el impago de las rentas, la entidad mercantil interpone una demanda de desahucio contra la Fundación en junio de 2001, dictándose la medida de desalojo en octubre del mismo año. Resuelto el

arrendamiento, PONIENTE 44, S.A. reclama las rentas vencidas y adeudadas en un procedimiento que termina con un acuerdo transaccional de reconocimiento de deuda en junio de 2002 en virtud del cual la Fundación se obliga a atender el pago de la cantidad adeudada, esto es, algo más de noventa mil euros. Para ello, prevé contar con el cobro de las cantidades que anualmente le son otorgadas por el Departamento de Treball, que configuran el presupuesto de la entidad y que son, por tanto, su única fuente de ingresos, estando pendiente el cobro de una serie de cursos impartidos, así como dos subvenciones otorgadas para el ejercicio 2001.

No obstante, la Fundación deja de satisfacer la mayor parte de la deuda reconocida (casi sesenta mil euros) y convoca en septiembre de 2002 una Junta General Extraordinaria en la que se acuerda proceder a su disolución por imposibilidad de cumplir los fines fundacionales, así como la dimisión de todos los miembros del Patronato y la designación de la persona encargada de las actuaciones administrativas de liquidación. En diciembre del mismo año la Fundación notifica al Protectorado el acuerdo de disolución sin que, sin embargo, se haya archivado y resuelto por parte de la Administración el expediente correspondiente, puesto que ciertos defectos observados en el acuerdo no han sido subsanados y, por tanto, no consta que se hayan cumplido todos los requisitos para disolver y liquidar la Fundación.

Ante esta situación, en septiembre de 2005 PONIENTE 44, S.A. presenta una demanda contra los integrantes del Patronato de la Fundación para exigir la responsabilidad de los mismos ejercitando acumulativamente la acción de responsabilidad individual prevista en el artículo 135 LSA, en relación con el artículo 133.1 LSA, y la acción de responsabilidad por incumplimiento de deberes sociales recogida en el artículo 262.5 LSA, por aplicación analógica, en virtud del artículo 4.1 del Código Civil, del régimen legal de responsabilidad previsto para los administradores de las sociedades anónimas ante la ausencia en la normativa sobre fundaciones, según la demandante, de un mecanismo para exigir la responsabilidad de los patronos frente a terceros. Entiende la misma que la actuación de los miembros del órgano de gobierno de la entidad, concertando un acuerdo transaccional a sabiendas de la imposibilidad de cumplirlo, haciendo desaparecer de hecho la Fundación, abandonando de forma absoluta sus funciones de dirección y administración diligente del patrimonio, así como incumpliendo las obligaciones formales del procedimiento de liquidación y disolución de la entidad, puede ser calificada de fraudulenta, dolosa e ilícita.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 42 de Barcelona desestima la demanda, haciendo lo propio la Audiencia Provincial de Barcelona respecto al recurso de apelación.

PONIENTE 44, S.A. interpone, como consecuencia, un recurso de casación que, en línea con las decisiones anteriores, es desestimado íntegramente por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la resolución que analizamos, la cual, alineándose con la sentencia recurrida, niega la aplicación analógica pretendida por entender que no concurren los presupuestos exigidos para que la misma tenga lugar. Por una parte, argumenta el Tribunal la ausencia de «laguna legal» en la Ley de Fundaciones catalana en lo que al régimen de responsabilidad de los patronos de las fundaciones se refiere, en la medida en que el hecho de que éste no sea el mismo que el de los gestores de las sociedades de capital, *«no significa que la de aquéllos se encuentre limitada a la reparación de los daños y perjuicios que se hubieran podido irrogar para la fundación como consecuencia de su actuación negligente [...] puesto que también les es eventualmente exigible la responsabilidad individual en el orden penal [...] o, en última instancia, conforme a las normas del Código Civil (artículo 1902), que en esta concreta materia debe considerarse derecho supletorio de la regulación catalana de fundaciones»* (FJ 4.º V). Por otra parte, tampoco encuentra el juzgador que se dé una «igualdad o similitud jurídica esencial» entre el caso que se pretende resolver y el ya regulado en la norma a aplicar, dadas las relevantes diferencias existentes entre los dos tipos de personas jurídicas, fundaciones y sociedades anónimas, incidiendo en la persecución de fines de interés general y la ausencia de ánimo de lucro por parte de las primeras, así como la no retribución, en principio, del cargo de patrono. Por último y, en cualquier caso, no encuentra el Tribunal en el comportamiento de los patronos de la fundación *«el imprescindible reproche culpabilístico»* exigido para el ejercicio de las acciones fundadas en los mencionados artículos de la LSA lo que, *«a mayor abundamiento, justifica la desestimación íntegra del único motivo del recurso»*.

Por otro lado, considera el órgano jurisdiccional que no han sido planteadas adecuadamente y, por tanto, no pueden ser valoradas, aquellas pretensiones basadas en la acción subrogatoria, con fundamento en el artículo 1.111 del Código Civil, la acción de responsabilidad extracontractual del artículo 1.902 del Código Civil o la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo para descubrir, tras la fundación, una entidad jurídica mercantil.

De todos los cauces a través de los que los terceros podrían exigir responsabilidad a los patronos de las fundaciones nos centraremos, como ya se ha apuntado, en dos: la analogía en relación con la Ley de Sociedades Anónimas (LSA) y el recurso a las reglas generales de responsabilidad civil a través del artículo 1.902 del Código Civil. El primer punto nos servirá para acercarnos al régimen de responsabilidad de los administradores de otro tipo de personas jurídicas, las sociedades mercantiles de capital, mientras que, al hilo del análisis del artículo 1.902 del Código Civil y su posible aplicación al supuesto de he-

cho, será de interés tener una visión de la normativa sobre responsabilidad de los órganos de gobierno y representación de las asociaciones.

En cualquier caso, parece conveniente tomar como punto de partida unas notas sobre la regulación positiva de dicha materia respecto de los patronos de las fundaciones a la luz de las dos normas citadas en la sentencia, la Ley de Fundaciones de competencia estatal (Ley 50/2002, de 26 de diciembre) y la Ley de Fundaciones de Cataluña vigente en el momento de la sentencia (Llei 5/2001, de 2 de mayo), teniendo en cuenta, en este último caso, la modificación producida tras la entrada en vigor de la Ley 4/2008, de 24 de abril, mediante la que se aprueba el Libro tercero del Código Civil catalán, dedicado a las personas jurídicas.

### III. Régimen de la responsabilidad de los patronos

El artículo 17 de la Ley 50/2002, de Fundaciones de competencia estatal es el encargado de regular el régimen de responsabilidad de los patronos. En la misma línea que su predecesor de la Ley de 1994<sup>1</sup> —aunque, como tendremos ocasión de analizar, influenciado en mayor medida por el régimen de las sociedades mercantiles— dicho precepto establece el estándar de diligencia que les es exigible —la de un «representante leal»—, los criterios de imputación, —«actos contrarios a la Ley o a los Estatutos, o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo»—, las causas de exoneración de la responsabilidad —«quienes hayan votado en contra del acuerdo, y quienes prueben que,

---

<sup>1</sup> El artículo 15 de la Ley 30/1994, regulador de la responsabilidad de los patronos en dicha norma, lo hacía de una forma similar a la normativa vigente, pudiendo identificar como las modificaciones más significativas que introduce en esta materia la Ley de 2002 el hecho de señalar de forma expresa que la responsabilidad de los patronos es solidaria, ampliar la legitimación activa para entablar la acción de responsabilidad a los patronos disidentes o ausente, así como por el fundador si no fuera patrono o acercar más el régimen de las causas de exoneración al equivalente en las sociedades anónimas, hasta el punto de la literalidad. Acerca de la responsabilidad de los patronos en la Ley 30/1994, ver R. DE LORENZO, «Comentario al artículo 15», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de incentivos fiscales*, Marcial Pons; Escuela Libre Editorial, Madrid, 1995, pp. 127-138; J. R. SALELLES CLIMENT y R. VERDERA SERVER, *El Patronato de la Fundación*, Aranzadi, Navarra, 1997, pp. 171 y ss. Con anterioridad a la Ley de 1994, se puede señalar el Reglamento de Fundaciones Culturales Privadas de 1972 (el Real Decreto de 1899 tan sólo hace referencia en su art. 36 a la posibilidad de que los patronos sean suspendidos y destituidos), cuyo artículo 16 declara a los miembros de los órganos de gobierno y dirección «responsables frente a la Fundación», si bien remitiendo al Código Civil para determinar las normas a aplicar, remisión que se entendió por parte de la doctrina hecha al artículo 1.726 del Código civil, sobre la responsabilidad del mandatario. Ver R. DE LORENZO, «Comentario...», ob. cit., pp. 134 y ss.; A. NIETO ALONSO, *Fundaciones: su capacidad*, Fundación Pedro Barrié de la Maza, La Coruña, 1996, pp. 247 y ss.

*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»— así como la legitimación activa para ejercitar la acción correspondiente —«el propio órgano de gobierno de la fundación [...], el Protectorado [...], los patronos disidentes o ausentes [...] el fundador cuando no fuere Patrono».*

Tal y como ha señalado la doctrina, estamos ante una responsabilidad de naturaleza civil, individual, orgánica y, dado el vínculo existente entre la fundación y el patrono, contractual<sup>2</sup>. Por otra parte, y a los efectos que aquí interesan, hay que resaltar que la acción de responsabilidad que regula el mencionado artículo 17 es una acción, en primer lugar, frente a la fundación y sólo frente a ella —con lo que quedaría excluida, en principio, la posibilidad de que los patronos respondieran directamente, interrogante central del presente trabajo— y, por otra parte, una acción para la que no se contempla, como activamente legitimados, la figura de terceros sujetos ajenos a la organización de la persona jurídica. El silencio del legislador no ha sido óbice para que, ya desde la Ley de 1994, se entendiera que también terceros con interés legítimo, por ejemplo, acreedores perjudicados, pudieran ejercitar en nombre de la fundación la acción de responsabilidad frente a los patronos<sup>3</sup>.

Por su parte, por la vinculación con el supuesto de hecho, se ha de resaltar que la Ley 5/2001, de Fundaciones de Cataluña, en su artículo 21<sup>4</sup>, sí que re-

<sup>2</sup> Acerca de los caracteres de la responsabilidad de los patronos, R. DE LORENZO, «Comentario...», ob. cit., pp. 135 y 136; J. R. SALELLES CLIMENT y R. VERDERA SERVER, *El Patronato...*, ob. cit., pp. 174 y ss.; J. M. EMBID IRUJO, «Gobierno de la Fundación», 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. 260 y ss.; «Obligaciones y responsabilidad de los patronos», en AA.VV., *Anuario de Derecho de Fundaciones 2009*, Iustel; Asociación Española de Fundaciones; La Caixa, Madrid, 2009, pp. 143 y ss.; R. MARIMÓN DURÁ y J. OLAVARRÍA IGLESIA, «Comentario al artículo 17», en J. OLAVARRÍA IGLESIA (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 424 y ss.; V. CUÑAT y A. CUENCA, «Comentario al artículo 35», en J. OLAVARRÍA IGLESIA (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 886 y ss.

<sup>3</sup> Respecto al artículo 15 LF de 1994, ver R. DE LORENZO, «Comentario...», ob. cit., p. 137. En el mismo sentido, en relación con la Ley de 2002, J. M. EMBID IRUJO, «Gobierno...», ob. cit., p. 264; «Obligaciones...», ob. cit., pp. 148 y 149.

<sup>4</sup> Artículo 21 de la Ley 5/2001, de 2 de mayo: «1. Los patronos son responsables, ante la fundación, de los daños y perjuicios que causen por actos contrarios a la ley o los estatutos, por actos con culpa o negligencia y por actos que comporten un incumplimiento de sus obligaciones. 2. Están exentos de responsabilidad los patronos que se han opuesto expresamente a un acuerdo y los que no han asistido a la reunión en la cual se ha tomado el acuerdo y que, en el plazo de diez días desde la recepción del acta, manifiesten su desacuerdo al presidente o presidenta. 3. La acción de responsabilidad puede ser ejercida ante los tribunales ordinarios por la fundación, por cualquier miembro del patronato, por el Protectorado o por las personas que están legitimadas de acuerdo con la leyes».

conocía expresamente la legitimidad, junto a la fundación, a cualquier miembro del Patronato y al Protectorado, a aquellas personas «*que están legitimadas de acuerdo con las leyes*» para interponer la acción de responsabilidad del órgano de gobierno frente a la fundación aunque, de la misma manera que la Ley estatal, la responsabilidad era exigible tan sólo frente a la fundación.

A la vista de lo expuesto, tanto en la legislación estatal como en la correspondiente a las fundaciones de ámbito catalán aplicables al supuesto de hecho, se recoge una acción que se podría denominar, adelantándonos al siguiente punto y por comparativa con la normativa sobre sociedades anónimas, como «fundacional» en la medida en que el órgano de gobierno responde tan sólo frente a la entidad <sup>5</sup>. Sin embargo, cabe plantearse la existencia de supuestos en los que actos lesivos de los patronos en el desempeño de su cargo generen una responsabilidad autónoma para ellos frente a terceros, distinta a la responsabilidad interna frente a la fundación, como sucede precisamente en el caso del presente comentario.

Aunque no sea de trascendencia para su aplicación al supuesto de hecho por ser posterior al mismo, cabe resaltar que, en contraste con la normativa arriba expuesta, el artículo 332-11 del Libro III del Código Civil catalán —precepto que regula en la actualidad la responsabilidad de los patronos de las fundaciones sujetas a esta norma— sí que introduce una referencia expresa a la acción «*que corresponda a cualquier persona por actos u omisiones de los patronos que hayan lesionado sus derechos e intereses*», cuyos legitimados pasivos son los miembros del órgano de gobierno de la persona jurídica y que se concibe sin perjuicio de la responsabilidad de los mismos frente a la fundación <sup>6</sup>. Obviamente, y teniendo en cuenta que la Fundación se rige por la normativa catalana, con la regulación actual la acción que se podría haber ejercitado sería la expresamente contenida en este artículo 332-11.5 sin que fuera necesario —ni, tan siquiera, tuviera sentido plantearlo— recurrir a la analogía con otras normas.

---

<sup>5</sup> Sería la acción equivalente a la llamada «social» regulada en el artículo 134 LSA, esto es, una acción de responsabilidad interna frente a la persona jurídica.

<sup>6</sup> Esta tendencia a incrementar la responsabilidad se puede apreciar también en la diligencia exigible a los miembros del órgano de gobierno: el criterio general de diligencia para determinar la responsabilidad de los patronos por sus actos u omisiones negligentes se ha modificado, pasando de ser exigible la diligencia de un administrador leal [art. 20.c) Ley de Fundaciones catalana de 2001] a tener que actuar con la diligencia de un «*buen administrador*» (art. 332-8 Código Civil catalán). Acerca de la nueva regulación en materia de fundaciones tras la reforma de 2008, ver M. R. LLOVERAS, «Notas a la nueva regulación de las fundaciones en el Código civil de Cataluña», *Indret*, octubre 2008; «El protectorado de fundaciones en el Código civil de Cataluña. La regulación del Libro III y algunos posibles desarrollos anunciados en el Anteproyecto de Ley del Protectorado», *Indret*, enero 2010.

Dejando a un lado la reciente reforma sufrida por el Derecho catalán en materia de persona jurídica, teniendo en cuenta la normativa autonómica vigente en el momento de dictar la resolución estudiada y que, en cualquier caso, en el ámbito estatal este supuesto sigue hoy en día sin estar contemplado expresamente en la legislación fundacional, nos podríamos preguntar, ¿tendría cabida el ejercicio de alguna acción? En tal caso, ¿por qué vía se canalizaría la misma? La parte recurrente, en la sentencia cuyo análisis nos ocupa, entiende que es pertinente la aplicación por analogía de la normativa sobre sociedades anónimas. Pues bien, en el siguiente epígrafe pasaremos a valorar tal posibilidad que constituye, además, el motivo único del recurso. Tras concluir, en consonancia con el Tribunal, la no viabilidad de este mecanismo —aunque tan sólo de forma evidente por ausencia de laguna jurídica—, tomaremos en consideración la invocación a la normativa general contenida en los artículos 1.902 y siguientes del Código Civil.

#### **IV. Posibilidad de la aplicación analógica de la LSA en materia de responsabilidad**

El Tribunal se pronuncia a lo largo de la sentencia sobre el único motivo del recurso de casación, basado en la infracción de lo dispuesto por el artículo 4.1 del Código Civil, en relación con los artículos 133, 135 y 262 de la Ley de Sociedades Anónimas.

El artículo 133 LSA establece lo que sería una cláusula general sobre la responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas al sentar que responderán *«frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo»*. Por lo tanto, según el patrimonio sobre el que incide el daño causado por la conducta de los administradores, estaremos ante la acción social de responsabilidad, por aquellos daños causados al patrimonio de la sociedad (art. 134 LSA), o bien ante la llamada acción individual de responsabilidad, prevista para exigir los daños causados directamente en el patrimonio de socios o terceros cuyo régimen concreto aparece recogido en el artículo 135 LSA.

De este último artículo se desprende que, en el ámbito de la LSA, los terceros pueden exigir la reparación del daño a aquellos administradores cuya actuación en el ejercicio de su cargo lo haya causado <sup>7</sup>. Para ello, y dada la natu-

---

<sup>7</sup> Una opinión diversa a la mayoritaria, que entiende que el artículo 135 LSA otorga una acción singular contra los administradores, la defiende J. ALFARO ÁGUILA-REAL, «La llamada ac-

raleza extracontractual que presenta la norma <sup>8</sup>, son presupuestos del ejercicio de la acción la existencia de un daño directo a los socios o terceros, que éste se produzca como consecuencia de un comportamiento antijurídico en el ejercicio de su cargo y que exista una relación de causalidad entre el acto ilícito del administrador y el daño sufrido por el tercero o socio <sup>9</sup>. Los requisitos de esta acción son, pues, los generales para exigir la reparación de un daño que la víctima no tiene el deber jurídico de soportar.

Pero también los administradores pueden ser directamente responsables frente a terceros en el caso de incumplimiento de ciertos deberes sociales en virtud del artículo 262.5 LSA, precepto que recoge una acción también extracontractual pero que, por oposición a la anterior acción, tiene, en principio, una naturaleza cuasi objetiva ya que no se exige la concurrencia de culpa en el administrador ni relación de causalidad alguna con el daño <sup>10</sup>, siendo suficiente para imponer la responsabilidad el mero incumplimiento de las obligaciones específicas que la LSA impone al administrador cuando concurre causa legal de disolución.

De la definición de analogía, como mecanismo consistente en aplicar a un caso dado, que no aparece contemplado de manera directa y especial por ninguna norma jurídica, una norma prevista para el supuesto de hecho distinto, pero con el cual el caso dado guarda semejanza <sup>11</sup>, se desprenden los requisitos que la conforman: la existencia de una laguna legal y la apreciación de identidad de razón. En base a la ausencia de mención en la legislación de fundaciones y a la aproximación de este tipo de persona jurídica a las sociedades mercantiles de capital, ¿se pueden identificar estos presupuestos en materia de responsabilidad de los patronos frente a terceros respecto a los referidos artícu-

---

ción individual de responsabilidad o responsabilidad “externa” de los administradores sociales», *Indret*, enero 2007, pp. 3 y ss., para quien la norma es meramente declarativa y remite a normas de Derecho común.

<sup>8</sup> Sobre el debate acerca de la naturaleza de esta acción, F. SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores en las sociedades de capital*, Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 390 y ss.; G. ESTEBAN VELASCO, «La acción individual de responsabilidad», en A. ROJO y E. BELTRÁN, *La responsabilidad de los administradores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 166 y ss.

<sup>9</sup> Sobre los presupuestos de la acción individual en la LSA, F. SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores...*, ob. cit., pp. 381 y ss.; G. ESTEBAN VELASCO, «La acción individual...», ob. cit., pp. 171 y ss.; B. SALDAÑA VILLOLDO, *La acción individual de responsabilidad. Su significación en el sistema de responsabilidad de los administradores sociales*, Universitat de Valencia, Departamento de Derecho Mercantil; Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 317 y ss.

<sup>10</sup> F. SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores...*, ob. cit., pp. 409 y ss.

<sup>11</sup> A. GULLÓN BALLESTEROS, «Comentario del artículo 4», en I. SIERRA GIL (coord.), *Comentario del Código Civil*, tomo I, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 380 y 381.

los de la LSA? El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, como ya se apuntó, deniega la aplicación de tal figura a la vista de la legislación por entonces vigente por entender que no existe ni «laguna legal» ni «similitud jurídica esencial». Así las cosas, a continuación procede valorar las afirmaciones realizadas por el tribunal.

Aunque estamos de acuerdo en la primera parte de la afirmación —lo que elimina, obviamente, la procedencia de la analogía—, nos parece pertinente ahondar más de lo que se hace en la sentencia en el requisito de la identidad de razón. Comenzaremos, pues, por este último aspecto.

«Identidad de razón»

El artículo 4.1 del Código Civil exige que entre el supuesto de hecho producido en la realidad y el descrito en la norma se aprecie una «identidad de razón». La existencia de esta similitud jurídica esencial es determinada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en sentido negativo fundamentando su decisión en las dos notas que, efectivamente, más diferencian a las fundaciones frente a las sociedades anónimas, esto es, la persecución de fines de interés general y la ausencia de fin de lucro por parte de las primeras, unido a la circunstancia de que el cargo de patrono no sea retribuido. Estos elementos, a juicio del Tribunal, justifican que en la ley

*«no se articule otra responsabilidad frente a terceros que la de la propia fundación, al ser ésta la única destinataria de todos los beneficios de la actividad desplegada por su cuenta y en su nombre por los patronos» (FJ 4.º).*

A continuación se hace referencia en la sentencia a otras vías por medio de las cuales se podría hacer efectiva una potencial responsabilidad de los patronos frente a los terceros lo que elimina la existencia de una «laguna legal» y, por tanto, de la aplicación analógica. Sin embargo, el órgano jurisdiccional cierra la disquisición respecto a la falta de similitud entre ambos supuestos en materia de responsabilidad de los miembros del órgano de gobierno con esta somera alusión a los dos referidos elementos esenciales de las fundaciones, argumentación que no nos resulta por entero convincente.

Si bien es verdad que estos caracteres, *grosso modo*, han constituido el razonamiento clásico de contraposición entre ambos tipos de personas jurídicas, no lo es menos que, una vez puestos en relación con la configuración actual de las fundaciones, pueden llevar a una solución distinta o, cuanto menos, no tan concluyente, respecto de la identidad de razón en materia de responsabilidad de los patronos.

Ha sido ampliamente constatado por la doctrina el hecho de que las fundaciones se han convertido en un verdadero operador económico en el mer-

cado <sup>12</sup>, apreciándose una evolución de este tipo de persona jurídica desde una figura totalmente ajena a la idea de empresa, en la medida en que no obtiene beneficios con los servicios que presta y no puede ser titular de establecimientos mercantiles, hasta, por ejemplo, el reconocimiento abierto de las actividades económicas de la misma. De este modo, lejos de ser un patrimonio estático, la entidad fundacional se configura en la actualidad como una auténtica organización que «*ha de conectarse con la realidad del mercado, participando de manera activa y continua en el tráfico jurídico*» <sup>13</sup>, siendo, por tanto, sujetos que se deben someter a las normas básicas del mercado en los mismos términos que el resto de operadores que actúan en él. Esta superación de la visión tradicional de las fundaciones conlleva una clara aproximación a las sociedades mercantiles de capital, tendencia fáctica que no ha pasado desapercibida para el legislador y que ha tenido su repercusión normativa en el Derecho de fundaciones actual, indiscutiblemente influenciado por el Derecho de sociedades.

Aunque este paralelismo entre la regulación de ambas instituciones se evidencia en muchos aspectos, es, precisamente, el régimen de responsabilidad de los patronos uno de los puntos en los que el acercamiento normativo se ha hecho más patente <sup>14</sup>: el legislador introduce en la Ley 50/2002 de forma expresa el régimen de responsabilidad solidaria de los patronos, a imagen y semejanza del de los administradores de las sociedades anónimas y las causas de

<sup>12</sup> Acerca de esta vinculación de la figura fundacional con el mercado, *vide*. L. LINARES ANDRÉS, «La actividad económica de las fundaciones», *RCDI*, n.º 642, septiembre-octubre, 1997, p. 1636; F. RIVERO HERNÁNDEZ, «Responsabilidad de los patronos de una fundación frente a terceros», *RCDI*, n.º 664, marzo-abril 2001, p. 721; 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)», *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, n.º 7, 2003, p. 86; «Fundaciones y actividades empresariales en el Derecho Español», *Derecho de los negocios*, n.º 160, 2004, p. 4; «Funcionamiento y actividad de la fundación», 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, p. 362; 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, XI Jornadas Asociación Profesores de Derecho Civil*, Alicante, 2005, p. 227; I. BELUCHE RINCÓN, «Asociación y actividad económica», *RdS*, n.º 26, 2006, p. 405; M. PÉREZ ESCOLAR, *La actividad económica de las fundaciones. Tensiones legislativas e interés general*, Civitas, Navarra, 2008, pp. 31 y 32.

<sup>13</sup> J. M. EMBID IRUJO, «Obligaciones...», *ob. cit.*, pp. 132 y 133.

<sup>14</sup> R. MARIMÓN DURÁ, J. OLAVARRÍA IGLESIA, «Comentario...», *ob. cit.*, pp. 426 y 427; J. M. EMBID IRUJO, «Obligaciones...», *ob. cit.*, pp. 136 y 137. Dentro de los aspectos ajenos a la responsabilidad en los que se percibe también la correspondencia se encuentra el supuesto del «patrono de hecho», al que se le aplicaría el estatuto jurídico del patrono de derecho, por asimilación con el «administrador de hecho» de las sociedades anónimas, J. M. EMBID IRUJO, «Gobierno...», *ob. cit.*, pp. 248 y 249.

exoneración de la responsabilidad del artículo 17 de la misma norma están literalmente tomadas del artículo 133 LSA.

Es obvio que, para concluir la existencia de identidad esencial entre las entidades mercantiles y las fundaciones en cuanto a la responsabilidad de los miembros de sus órganos de gobierno, no es suficiente con constatar esta aproximación entre ambos tipos de personas jurídicas. De la definición legal de «fundación» se desprenden las evidentes diferencias respecto de las sociedades anónimas, diferencias que son puestas de relieve por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la sentencia comentada.

Así, por exigencia constitucional del artículo 34, las fundaciones se entienden configuradas como entidades para fines de «interés general», concepto jurídico indeterminado al que el legislador ordinario ha intentado dotar de contenido en la normativa de desarrollo del precepto constitucional y que parece que implica tanto un fin socialmente relevante, como la indeterminación de los destinatarios de la actividad de la fundación<sup>15</sup>. Este carácter de la finalidad fundacional contrasta de lleno, en principio, con el interés particular que caracteriza la constitución de una sociedad.

Por otra parte, la ausencia de fin de lucro es, junto con el interés general, uno de los requisitos elementales del fin fundacional<sup>16</sup>. Existe un aparente an-

---

<sup>15</sup> Entre otros, J. L. LACRUZ BERDEJO, «Las fundaciones en la Constitución española de 1978», *ADC*, vol. 36, n.º 4, octubre-diciembre 1983; J. CAFFARENA LAPORTA, *El régimen jurídico de las fundaciones: Estudio para su reforma*, Ministerio de Asuntos Sociales, 1995; «Las fundaciones: fines de interés general, beneficiarios y cláusulas de reversión», en AA.VV., *Anuario de Derecho de Fundaciones 2009*, Iustel, Asociación Española de Fundaciones, La Caixa, Madrid, 2009, pp. 29 y ss.; J. L. PIÑAR MAÑAS, «Comentarios a los artículos 1 a 4 de la Ley de Fundaciones 30/1994», en R. DE LORENZO, M. Á. CABRA, J. CAFFARENA, et al., *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Marcial Pons; Escuela Libre Editorial, Madrid, 1995; R. DURÁN RIVACOBA, *El negocio jurídico fundacional*, Aranzadi, Navarra, 1996; P. SALVADOR CODERCH y J. C. SEUBA TORREBLANCA, «Fundaciones, interés general y títulos de aportación», *La Ley*, n.º 1, 1998; V. DE PRIEGO FERNÁNDEZ, *El negocio fundacional y la adquisición de personalidad jurídica de las fundaciones*, Dykinson, Madrid, 2004; «Interés general e indeterminación de los beneficiarios en las fundaciones», *Revista de Derecho Privado*, noviembre-diciembre 2003; J. GARCÍA-ANDRADE, «Objeto y alcance de la Ley de Fundaciones. Concepto de fundación», en S. MUÑOZ MACHADO, M. CRUZ AMORÓS y R. DE LORENZO GARCÍA (dirs.), *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, Iustel, Madrid, 2005.

<sup>16</sup> Acerca de la ausencia de fin de lucro, además de algunos de los citados en el pie de página precedente, M. T. CARRANCHO HERRERO, «El problema del ejercicio de actividades económicas por las fundaciones», *RDP*, febrero 1991; M. Á. CABRA DE LUNA, «Comentario a los artículos 21 a 26 de la Ley de Fundaciones 30/1994», R. DE LORENZO, M. Á. CABRA, J. CAFFARENA, et al., *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Marcial Pons; Escuela Libre Editorial, Madrid, 1995; A. NIETO ALONSO, *Fundaciones: su capacidad...*, ob. cit., 1996; L. LINARES ANDRÉS, «La actividad económica de las fundaciones», *RCDI*, n.º 642, septiem-

tagonismo entre la fundación y el desarrollo de actividades económicas, al conllevar la primera una idea de gratuidad y presentar el negocio fundacional una naturaleza de acto gratuito o liberalidad. Estas características podrían hacer que la naturaleza de la fundación entrara en contradicción con los fines egoístas de obtención de beneficios que persiguen las sociedades mercantiles<sup>17</sup>.

Pues bien, entendemos que estas diferencias de base entre las fundaciones y las sociedades mercantiles de capital se podrían llegar a relativizar si nos centramos en cuestiones puntuales, como la que nos ocupa en materia de responsabilidad de los patronos. En primer lugar, porque, como se ha apuntado, la necesidad de que los fines sean de interés general y de la ausencia de fin de lucro no ha sido un obstáculo para que la fundación sea considerada un verdadero operador económico, a pesar de la aparente contradicción con la naturaleza clásica de esta persona jurídica. Como consecuencia, el hecho de formar parte del tráfico jurídico como un sujeto más exige una posición en igualdad de condiciones respecto a la del resto de operadores. Esta condición semejante puede tener su reflejo en materia de responsabilidad de los miembros de los órganos de administración de las diferentes personas jurídicas que pueden operar en el mercado, en la medida en que un tercero no debería tener menos garantías cuando contrata con una fundación que cuando lo hace con una sociedad anónima. Debería contar, así, con las mismas vías para poder reclamar, en su caso, la responsabilidad correspondiente puesto que para el tercero que contrata es irrelevante a estos efectos, el hecho de que, por ejemplo, el patri-

---

bre-octubre 1997; *Las fundaciones. Patrimonio, funcionamiento y actividades*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998; M. E. SERRANO CHAMORRO, *Las fundaciones: dotación y patrimonio*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 2003; R. LA CASA GARCÍA, «El ejercicio de actividades económicas por fundaciones y asociaciones», *Derecho de los negocios*, n.º 153, junio 2003; J. L. ARGUDO PÉRIZ, «Notas sobre la participación de las fundaciones en sociedades cooperativas», *Acciones e investigaciones sociales*, n.º 18, noviembre 2003; J. M. EMBID IRUJO, «Fundaciones...», ob. cit.; «Funcionamiento...», ob. cit.; M. PÉREZ ESCOLAR, «Fundación y actividades económicas directas: apuntes en torno a un modelo», *RCDI*, n.º 689, mayo-junio 2005; *La actividad económica...*, ob. cit.

<sup>17</sup> Adelantándonos, de interés como atenuante de la incompatibilidad que, en un primer momento, podría darse entre la figura de las entidades sin ánimo de lucro y la de los empresarios mercantiles, encontramos la pérdida de relieve del ánimo de lucro como elemento tipificado y diferenciador de las sociedades mercantiles respecto de las entidades sin ánimo de lucro, como ha puesto de manifiesto cierto sector de la doctrina. Ver J. M. EMBID IRUJO, «Notas...», ob. cit., pp. 82 y 83; «Fundaciones...», ob. cit., p. 3; C. PAZ-ARES, «Ánimo de lucro y concepto de sociedad», en C. ALONSO LEDESMA, A. ALONSO UREBA, I. ARROYO MARTÍNEZ, et al., *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios homenaje a José Girón Tena*, Civitas, Madrid, pp. 729-753; M. BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil*, vol. I, 11.ª ed., Tecnos, Madrid, 2002, pp. 274 y ss. En contra, F. VICENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho Mercantil*, 19.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 259 y ss.

monio se reinvierta en fines de interés general. Sin embargo, y como hemos tenido ocasión de exponer, la única acción que regulan la Ley de Fundaciones vigente en el momento de la resolución y la equivalente en el ámbito estatal es aquella en la que el patronato responde frente a la fundación, sin que se recoja en los referidos textos legales ningún otro mecanismo para que los terceros puedan ver resarcidos sus daños directamente del órgano de gobierno, hecho que podría hacernos pensar en algún supuesto de desprotección de los terceros con los que se relaciona la fundación en el tráfico jurídico.

La «identidad de razón» exigida para la utilización de la vía analógica se predica, no de los supuestos de hecho, sino de la consecuencia jurídica. Es decir, que «*las razones de política legislativa que subyacen a la consecuencia jurídica de la norma a aplicar, deben operar también en el caso planteado, por lo que procede extender esos mismos efectos*»<sup>18</sup>. Parece que de lo que se trata es de valorar que la finalidad que busca la ley al regular de una forma un caso previsto deba darse también en el caso concreto a resolver. El régimen de responsabilidad civil de los administradores persigue que éstos cumplan las obligaciones y deberes que les son impuestas por la Ley, estatutos u otras normas teniendo como fundamento el ser una forma de control de la gestión de aquellos sujetos que pueden llegar a concentrar un importante poder de decisión en la persona jurídica<sup>19</sup>. Uniendo estas dos ideas, se comprenderá fácilmente que ese mismo interés subyacente en la LSA respecto al cumplimiento por parte de los administradores de las obligaciones y deberes pertinentes en tanto en cuanto son el órgano de gestión, podría ser deseable en materia de fundaciones respecto de los patronos: al fin y al cabo se trata del órgano de gobierno de la persona jurídica fundacional, abierto tras la modificación de la Ley 50/2002 a la posibilidad de retribución<sup>20</sup> y cuya actuación al relacionarse en su entorno social y económico puede ocasionar perjuicios para otros sujetos<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> M. COCA PAYERAS, Voz «Analogía», *Enciclopedia Jurídica Básica*, III, Civitas, Madrid, 1994, p. 452. También E. ROCA TRIAS, «Comentario al artículo 4», en M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo I, vol. 1.º, 2.ª ed., Revista de Derecho Privado, p. 605; A. GULLÓN BALLESTEROS, «Comentario...», ob. cit., p. 381.

<sup>19</sup> Acerca de la función del régimen de la responsabilidad civil de los administradores, F. SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores...*, ob. cit., pp. 287 y ss.

<sup>20</sup> Según el artículo 15.4 de la Ley 50/2002, el patronato «puede 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». Acerca de gratuidad del cargo, J. R. SALELLES CLIMENT y R. VERDERA SERVER, *El Patronato...*, ob. cit., pp. 143-150; J. M. EMBID IRUJO, «Gobierno...», ob. cit., pp. 256-258.

<sup>21</sup> La aplicación de las normas de la LSA se ha considerado procedente en otros casos atendiendo al criterio de la finalidad de la norma. Así, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 3.ª) 150/2006, de 4 de abril, se aplica analógicamente el artícu-

El hecho de que la reforma del Derecho civil catalán en esta materia haya ido encaminada a establecer de forma expresa, en el referido artículo 332-11.5 del Código Civil, la posibilidad de que los patronos puedan responder directamente frente a los terceros, refuerza la idea planteada.

En cualquier caso, esta aproximación del mundo fundacional al de las sociedades mercantiles de capital aquí expuesta justificaba, a nuestro modo de ver, la necesidad de un análisis más detallado que el que se realiza en la sentencia acerca de la semejanza entre ambos supuestos y tendente a apreciar la identidad de razón en la solución <sup>22</sup>. No podemos, no obstante, desconocer la existencia de otros argumentos que apoyan la necesidad de un régimen de responsabilidad de los miembros del órgano de gobierno diferenciado para una y otra figura.

Hemos hecho referencia de forma continua a la influencia creciente del Derecho de sociedades mercantiles de capital en el Derecho de fundaciones —de forma especial, como hemos resaltado, en materia de responsabilidad de los patronos— como razonamiento a favor de una proximidad entre ambas figuras. No obstante, es cierto que de este argumento puede hacerse una deducción en el sentido contrario: si, como hemos visto, en la redacción de los artículos correspondientes en las diversas leyes de fundaciones se aprecia una más que evidente influencia de la LSA <sup>23</sup>, cabría preguntarse si la ausencia de mención a una acción frente a los patronos al estilo de la acción individual del artículo 135 LSA, podría ser intencionada. Y es que, a pesar de esta cercanía cada vez mayor entre fundaciones y sociedades mercantiles, el hecho de que el cargo de patrono haya sido un cargo tradicionalmente honorífico y, hasta hace poco, sin posibilidad de retribución, es un argumento a favor de una valoración particular del régimen de responsabilidad de los patronos, sujeta a unos

---

lo 117.3 de la LSA que regula la acción de impugnación de los acuerdos sociales. A pesar de las diferencias entre las fundaciones y las sociedades anónimas, entiende el Tribunal que, a la vista de la laguna legal existente en materia de legitimación pasiva para el ejercicio de las acciones de impugnación de los acuerdos del patronato en la Ley 50/2002, existe una identidad de razón que justificaría una aplicación analógica ya que *«toda persona jurídica es la primera interesada en mantener la validez de unos acuerdos que, mientras no haya pronunciamiento judicial en contra, son los que han de regir su vida y funcionamiento»*.

<sup>22</sup> En la misma línea F RIVERO HERNÁNDEZ, «Responsabilidad...», ob. cit., p. 738, para quien es *«indiscutible»* apreciar la identidad de razón en la medida en que no debe *«ser distinta la [responsabilidad] de los patronos de una fundación que la de los administradores de una SA para sus relaciones con terceros perjudicados, siquiera deba matizarse en algún aspecto a la hora de la aplicación efectiva de la norma»*. Así, este autor está a favor de la aplicación del artículo 135 LSA por analogía a este caso *«si se estima que hay una laguna legal en cuanto no prevista directamente esta acción para fundaciones»*.

<sup>23</sup> A modo de ejemplo, en la Ley 50/2002, de fundaciones de ámbito estatal, se han llegado a tomar incluso fragmentos literales en lo que a las causas de exoneración respecta.

criterios menos estrictos que en el caso de los administradores de las sociedades anónimas <sup>24</sup>.

Obviamente, este perfil menos profesionalizado no exime de responsabilidad. El hecho de que los textos legislativos en materia de fundaciones —el catalán ya derogado y el de ámbito estatal todavía vigente— no recojan una acción individual de los patronos, no implica que no tengan que responder por aquellas acciones en el ejercicio de su cargo que lesionen directamente intereses de terceros. En este punto enlazamos con el requisito para la aplicación analógica que nos faltaba por tratar: la existencia de una laguna legal.

## V. Ausencia de laguna legal: aplicación de las reglas generales de la responsabilidad civil

Aunque se pudiera llegar a entender que concurre entre los supuestos analizados identidad de razón, para que pudiera tener lugar la analogía haría falta la existencia de una laguna legal, requisito cuya ausencia precisamente, tal y como hemos venido adelantando, determina en el caso objeto de nuestro trabajo la no viabilidad de esta figura. Así lo entiende el Tribunal al afirmar que a los patronos de las fundaciones

*«les es eventualmente exigible la responsabilidad individual en el orden penal —el propio contrato transaccional de reconocimiento de deuda otorgado entre las partes alude a algunas de ellas como posibles y el art. 297 CP se refiere a las fundaciones como una de las formas societarias merecedora de la protección dispensada por los artículos precedentes relativos a los delitos societarios— o en el concursal (arts. 164 y 165 Ley 22/2003 de 9 de julio) o, en última instancia, conforme a las normas del Código Civil (art. 1902), que en esta concreta materia debe considerarse derecho supletorio de la regulación catalana de las fundaciones» (FJ 5.º, V).*

Por lo tanto, no aprecia la existencia de una verdadera laguna legal o vacío normativo respecto del supuesto contemplado, en la medida en que la laguna debe referirse al ordenamiento en su conjunto sin que la solución del caso venga atendida tampoco por la aplicación del derecho supletorio (FJ 5.º, VI).

---

<sup>24</sup> Así lo pusieron de manifiesto bajo la vigencia de la Ley de 1994 autores como J. R. SALELLES CLIMENT y R. VERDERA SERVER, *El Patronato...*, ob. cit., pp. 150 y 172-174. Para estos autores, dado el carácter gratuito del cargo (hay que recordar que hasta la Ley de 2002 no se permitió la retribución del cargo más allá del pago de los gastos realizados como consecuencia del mismo) y un previsible contenido honorífico del mismo, *«no parece que un régimen riguroso de responsabilidad sea la mejor manera de incentivar la aceptación del cargo»*, si pudieran verse obligados *«a responder de ciertas actuaciones de los amplios patronatos en que participan»*.

Si bien el órgano jurisdiccional no entra a valorar si es posible exigir responsabilidad a los patronos en el supuesto de hecho por otras vías distintas a la aplicación analógica de la LSA —esto es, acción subrogatoria de la acción social de responsabilidad prevista en el art. 21 de la Ley 5/2001; acción de responsabilidad extracontractual basada en el art. 1.902 del Código Civil; levantamiento del velo de la fundación para acreditar que bajo su apariencia formal se esconde una verdadera entidad mercantil— puesto que estas cuestiones han sido inadecuadamente planteadas en el recurso, haremos brevemente alusión a la aplicación de las normas generales de responsabilidad civil respecto del régimen de responsabilidad de los patronos frente a terceros.

Y es que la doctrina ha estado unánimemente de acuerdo en aceptar la posibilidad del ejercicio por terceros de una acción propia de responsabilidad frente a los patronos de las fundaciones cuando causen ilícitamente daños a terceros en el ejercicio de su cargo, no basada en la normativa específica de fundaciones sino en la aplicación de los principios generales sobre responsabilidad <sup>25</sup>.

Pero no solamente respecto de la exigencia de responsabilidad de los patronos por daños causados a terceros es de relevancia el artículo 1.902 del Código Civil. También en el marco de las asociaciones es necesario recurrir a las reglas generales para completar el régimen de responsabilidad de sus órganos de gobierno y representación. Así, aunque el artículo 15 de la LODA se encargue de aclarar expresamente la existencia de tal responsabilidad <sup>26</sup> y dejando a un lado los problemas que causa su embrollada redacción <sup>27</sup>, el hecho de que no establezca un régimen de responsabilidad especial para sus destina-

---

<sup>25</sup> Así lo han afirmado, bajo la vigencia de ambas leyes, la de 1994 y la de 2002, J. R. SALELLES CLIMENT y R. VERDERA SERVER, *El Patronato...*, ob. cit., pp. 188 y 189; R. DE LORENZO, «Comentario...», ob. cit., p. 137; F. RIVERO HERNÁNDEZ, «Responsabilidad...», ob. cit., pp. 731 y ss.; J. M. EMBID IRUJO, «Gobierno...», ob. cit., p. 265; «Obligaciones...», ob. cit., p. 149. R. MARIMÓN DURÁ y J. OLAVARRÍA IGLESIA, «Comentario...», ob. cit., p. 456.

<sup>26</sup> Artículo 15 LODA, apartado 3: «*Los miembros o titulares de los órganos de gobierno y representación, y las demás personas que obren en nombre y representación de la asociación, responderán ante ésta, ante los asociados y ante terceros por los daños causados y las deudas contraídas por actos dolosos, culposos o negligentes*». Apartado 4: «*Las personas a que se refiere el apartado anterior responderán civil y administrativamente por los actos y omisiones realizados en el ejercicio de sus funciones, y por los acuerdos que hubiesen votado, frente a terceros, a la asociación y a los asociados*».

<sup>27</sup> Sobre la responsabilidad de las asociaciones, J. M. MATA DE ANTONIO, «La responsabilidad en las asociaciones», *Acciones e investigaciones sociales*, n.º 18, 2003, pp. 165-178; S. DE SALAS MURILLO, «Acerca de la responsabilidad de las asociaciones inscritas y de las personas que actúan en su nombre», *La Ley*, n.º 3, 2004, pp. 2060-2070; J. J. MARÍN LÓPEZ, «Personalidad jurídica, capacidad y responsabilidad de las asociaciones», en *Asociaciones y Fundaciones*, XI Jornadas Asociación Profesores de Derecho Civil, Universidad de Murcia, 2005, pp. 143 y ss.; M. J. SANTOS MORÓN, *La responsabilidad de las asociaciones y sus órganos directivos*, Iustel, Madrid, 2007, 333 pp.

rios hace necesario recurrir a las reglas generales para la concreción y determinación de los supuestos y del contenido del régimen de la acción<sup>28</sup>. Es más, incluso en el ámbito de las sociedades anónimas, y aun entendiendo que el artículo 135 LSA regula una acción especial y distinta de la genérica del artículo 1.902 del Código Civil y no es una mera norma declarativa, la primera no es sino una aplicación concreta del principio general contenido en el artículo 1.902<sup>29</sup>. Como veremos a lo largo de este apartado, aun estando clara la viabilidad de responsabilidad individual de los órganos de gobierno de las distintas personas jurídicas mencionadas, existirán problemas comunes en cuanto a la determinación de los presupuestos para que se produzca tal exigencia de responsabilidad en la práctica.

De la aplicación concreta de los presupuestos del artículo 1.902 del Código Civil al supuesto que nos ocupa respecto de los patronos se infiere la necesidad de que exista, por una parte, un daño directo a los terceros<sup>30</sup> causado por un acto del patrono en el ejercicio de su cargo. Respecto a esto último, nos sumamos a aquellos autores que entienden por «actuar en el ejercicio de su cargo» todo tipo de actuación distinta a la del sujeto en su propio ámbito privado y sin que tenga sentido, por tanto, una distinción entre actos de gestión y actos de representación<sup>31</sup>. Está claro que la fundación responderá de los daños que haya podido ocasionar el Patronato, en la medida en que es su órgano de representación<sup>32</sup>, pero esto no impide que también puedan ser responsables de forma individual los miembros del mismo.

---

<sup>28</sup> M. J. SANTOS MORÓN, *La responsabilidad...*, ob. cit., pp. 125 y ss. A nuestro modo de ver, una situación similar se plantea respecto del citado artículo 332-11.5 del Código Civil catalán, en la medida en que sólo se apunta la existencia de una acción ejercitable directamente por terceros frente a los patronos, pero no se dota de contenido a la misma.

<sup>29</sup> F. SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores...*, ob. cit., p. 293; G. ESTEBAN VELASCO, «La acción...», ob. cit., pp. 161 y 162.

<sup>30</sup> Se entiende por «daño directo» aquel que es autónomo respecto del originado en el patrimonio social, mientras que sería «daño reflejo o indirecto» aquel que se produce como consecuencia del daño al interés colectivo del ente social, G. ESTEBAN VELASCO, «La acción...», ob. cit., p. 159. En el ámbito fundacional, según F. RIVERO HERNÁNDEZ, «Responsabilidad...», ob. cit., p. 735, se trataría de daños indirectos para los terceros «si la disminución patrimonial de la fundación reduce la posibilidad de cobrar de los acreedores de la misma», mientras que los daños directos serían los demás: «el perjuicio de los terceros no pasa por el de la fundación, sino que les llega de forma inmediata».

<sup>31</sup> En el ámbito de la responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas, G. ESTEBAN VELASCO, «La acción...», ob. cit., p. 161. En lo que a las asociaciones respecta, es de la misma opinión M. J. SANTOS MORÓN, *La responsabilidad...*, ob. cit., pp. 260-263. En sentido contrario y referente, precisamente, a los patronos de las fundaciones, F. RIVERO HERNÁNDEZ, «Responsabilidad...», ob. cit., pp. 728 y 729; 732-734.

<sup>32</sup> J. CAFFARENA LAPORTA, «Comentario al artículo 38», en C. PAZ-ARES, R. BERCOVITZ, L. Díez-PICAZO, et al., *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 244.

Por otra parte, el artículo 21 de la Ley 5/2001 hace depender la responsabilidad de los patronos frente a la fundación de que estos daños en el ejercicio de su cargo vengan originados por «*actos contrarios a la ley o los estatutos, por actos con culpa o negligencia y por actos que comporten un incumplimiento de sus obligaciones*», todo ello teniendo en cuenta que el estándar de diligencia que se les exige es el de un «*administrador leal*» (art. 20 de la misma Ley) <sup>33</sup>. En términos parecidos, aunque no coincidentes, el artículo 17 de la Ley 50/2002 les hace responder por aquellos actos «*contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo*», siendo ésta la de un «*representante leal*». Este deber de obrar diligentemente vincula a los patronos con la fundación pero no parece que ocurra lo mismo respecto de los terceros, hacia quienes no tienen un deber específico salvo el genérico *alterum non laedere* derivado del artículo 1.902 del Código Civil <sup>34</sup>. Aunque coincidimos en esta afirmación, nos parece que, de algún modo, los deberes y diligencia específicos exigibles a los patronos pueden ser útiles a la hora de valorar el incumplimiento respecto de terceros puesto que, al fin y al cabo, la responsabilidad que se está analizando deriva de una actuación en el ejercicio de dicho cargo, aunque la vinculación formal sea sólo a nivel interno patrono-fundación.

En el proceso de evaluar en qué medida ha habido un incumplimiento de estos deberes genéricos frente al tercero, también podrían ser tenidos en cuenta otros factores, como la dimensión y complejidad de la persona jurídica. Durante todo el trabajo se ha hecho referencia a «la fundación» de forma global, desconociendo que este tipo de figura jurídica alberga realidades de muy diferentes características. Mientras que unas fundaciones tienen un tamaño relativamente pequeño y no desarrollan ningún tipo de actividades económicas, otras pueden llegar a parecer verdaderas «organizaciones empresariales» con patrimonios en los que existe participación en sociedades mercantiles. Así, nos parecen parámetros a tener en consideración para valorar el grado de incumplimiento de los deberes genéricos que vinculan a los patronos —como sujetos que participan en el tráfico jurídico— con los terceros, la complejidad de la organización o las posibilidades de control <sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Como ya se apuntó, el vigente artículo 332-8 Código Civil catalán habla de la diligencia de un «*buen administrador*».

<sup>34</sup> F. RIVERO HERNÁNDEZ, «Responsabilidad...», ob. cit., pp. 727. En el mismo sentido, M. J. SANTOS MORÓN, *La responsabilidad...*, ob. cit., pp. 262 y 263, para quien los daños sufridos por terceros a consecuencia de la actuación del órgano de gobierno de una asociación serán consecuencia del incumplimiento de obligaciones genéricas: «*deber general de no causar daño a otro —art. 1.902 CC—, de no ocasionar inmisiones dañosas —art. 590 CC y 1.908.2—, de no lesionar los derechos de la personalidad ajenos —arts. 7 y 9 LO 1/1982— o los derechos de propiedad intelectual —arts. 138 y 140 LPI— etc., que afectan a cualquier sujeto que participa en el tráfico jurídico*».

<sup>35</sup> Aunque respecto de los deberes frente a la persona jurídica, así lo manifiestan

Pero el presupuesto de más difícil prueba es el referente a la relación de causalidad entre el comportamiento de los miembros del órgano de gobierno y el perjuicio causado a los terceros<sup>36</sup>. Y es que no toda lesión de intereses de terceros en su relación con la persona jurídica fundacional implica la responsabilidad del órgano a través del que actúa la fundación<sup>37</sup>. Descendiendo al plano del supuesto de hecho analizado, sería tanto como decir que el incumplimiento del contrato de arrendamiento por parte de la fundación en todo caso permite imputar una responsabilidad directa y personal a los patronos por el daño generado. Está claro que deben cumplirse todos los presupuestos para determinar tal responsabilidad, presupuestos entre los que se encuentra probar que la insuficiencia patrimonial de la fundación para cumplir con el contrato ha derivado de un comportamiento doloso o negligente por parte de los patronos. De lo contrario, la responsabilidad derivada del incumplimiento contractual la asumiría, en su caso, la persona jurídica sin que pudiera establecerse un puente hasta los miembros del órgano de gobierno.

Para finalizar con los presupuestos generales de la responsabilidad civil y en relación con esta valoración del comportamiento del patronato, sorprende el hecho de que el Tribunal, aun negando la posibilidad de aplicación analógica de las correspondientes normas de la LSA y no entrando a valorar los mecanismos alternativos para una posible exigencia de responsabilidad a los patronos, sí que realice una apreciación acerca de la culpabilidad o no de la conducta de los mismos. Entiende el órgano jurisdiccional que queda constatado que la parte acreedora era *«plenamente consciente de las dificultades económicas padecidas por la fundación deudora en el momento en que otorgó el contrato transaccional de reconocimiento de deuda relacionadas con el retraso en el pago de las subvenciones por el Departament de Treball»* y que había quedado demostrado *«el significativo esfuerzo realizado por los gestores de la fundación para atender a la satisfacción del crédito pendiente, que llegaron a afrontar en una parte, y para proceder a la disolución de la en-*

---

J. R. SALELLES CLIMENT y R. VERDERA SERVER, *El Patronato...*, ob. cit., pp. 186 y 187. Para estos autores, el Juez habrá de valorar la existencia de una violación del deber de diligencia en función de las circunstancias de cada caso concreto, siendo un dato relevante a la hora de apreciar la actuación de los patronos y que en la regulación de las fundaciones está en un plano secundario la dimensión de la fundación. Respecto a las asociaciones, M. J. SANTOS MORÓN, *La responsabilidad...*, ob. cit., p. 294.

<sup>36</sup> En el ámbito del artículo 135 LSA, F. SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores...*, ob. cit., p. 388, alude al fracaso de la acción individual de responsabilidad en la experiencia jurisprudencial precisamente por la falta de prueba de esa relación de causalidad.

<sup>37</sup> Respecto a las sociedades anónimas, así lo expone G. ESTEBAN VELASCO, «La acción...», ob. cit., pp. 193 y 194. En el marco de la responsabilidad de los miembros del órgano de gobierno de las asociaciones, M. J. SANTOS MORÓN, *La responsabilidad...*, ob. cit., pp. 281 y 282.

*idad cuando no pudieron atenderse los plazos pendientes y se hizo manifiesta la imposibilidad de cumplir los fines fundacionales, convocando la Junta al efecto» (FJ 6.º VI). Estos hechos probados son los que, a juicio del Tribunal, impiden que concurre el necesario reproche culpabilístico necesario para el ejercicio de las acciones fundadas en los artículos 133, 135 y 262 <sup>38</sup> LSA, «lo que, a mayor abundamiento, justifica la desestimación íntegra del único motivo del recurso» <sup>39</sup>.*

De este razonamiento podemos aventurar que, en el caso de haberse interpuesto adecuadamente una acción de reclamación de responsabilidad directa contra el patronato fundamentada en el artículo 1.902 del Código Civil, tampoco habría sido estimada. Tal y como hemos visto, el mero perjuicio ocasionado al tercero —la sociedad recurrente— por el impago de las rentas del arrendamiento no es suficiente para reclamar contra los patronos. Podría ejercitarse una acción contra la fundación basada en el incumplimiento contractual —acción que intuimos que no interesa ejercitar en el supuesto de hecho por la falta de patrimonio de la persona jurídica para responder— pero, de no concurrir todos los presupuestos exigidos según las reglas generales de responsabilidad, no se podría exigir una responsabilidad extracontractual, directa y personal a los patronos de la fundación, aun cuando éstos hayan sido los que contrataron en nombre de la misma.

## VI. Recapitulación

Nos encontramos ante una sentencia que aborda la viabilidad de la exigencia de responsabilidad a los patronos frente a los terceros por aplicación analógica de la normativa de la LSA para los administradores, dada la ausencia de regulación en la normativa sobre fundaciones aplicable en su momento. La confirmación de las sentencias anteriores negando la analogía nos parece correcta aunque no compartimos íntegramente la argumentación respecto a la

<sup>38</sup> Aunque hemos caracterizado esta acción como cuasi objetiva, el Tribunal se basa en jurisprudencia reciente que exige una conexión entre las responsabilidades de la LSA y las reglas generales de los artículos 1.902 y siguientes del Código Civil para entender que debe ser valorada la conducta de los responsables (con más detalle, FJ 6.º, párrafos 2.º y 3.º).

<sup>39</sup> Para G. ESTEBAN VELASCO, «La acción...», ob. cit., p. 190, respecto de las sociedades anónimas, «quien contrata conociendo la situación de la sociedad carece de legitimación para exigir responsabilidad a los administradores». Siguiendo el mismo razonamiento, la Sentencia del Tribunal Supremo 942/2003, de 16 de octubre, la Sala descarta la existencia de responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas si el tercero contratante «conocía tal situación de previsible bancarota social». No se podría hablar, así, de «ocultación negligente alguna, incluida la no disolución de la sociedad, puesto que se conocían las cuentas del ejercicio, los depósitos y demás circunstancias financieras de la sociedad en cuestión, que la abonaban en una situación financiera insostenible, como así ocurrió».

no existencia de identidad de razón: la determinación de este requisito exige una comparación, no meramente de los rasgos básicos de los dos tipos de personas jurídicas, sino de la idoneidad de la extensión de las consecuencias jurídicas descendiendo a la norma en concreto, en este caso, el régimen de responsabilidad de los miembros de los órganos de gobierno y representación de la entidad. Nos parecía una buena ocasión para profundizar en la evolución del mundo fundacional hacia las sociedades mercantiles de capital, tendencia que puede llegar a relativizar las diferencias esenciales entre ambas entidades, así como hacer apropiada la aplicación a las primeras de ciertas normas concebidas para las sociedades anónimas. Ello no empece reconocer los matices particulares que presenta el cargo de patrono respecto de los administradores de las entidades mercantiles, especificidades que pueden ser tenidas en cuenta en la valoración del comportamiento de los mismos a la hora de determinar la concurrencia de los presupuestos para que exista responsabilidad. En todo caso, y aún respecto de aquellas normativas que no mencionen de forma expresa la acción de responsabilidad frente a terceros, el hecho de que las reglas generales de responsabilidad civil, en concreto el artículo 1.902 del Código Civil, constituyan un mecanismo claro para articular la exigencia de responsabilidad de los patronos por actos en el ejercicio de su cargo frente a terceros, elimina la existencia de laguna en el ordenamiento jurídico y, como consecuencia, cierra la puerta a cualquier tipo de disquisición ulterior respecto de la viabilidad de la aplicación de la analogía.

# Índice

## ESTUDIOS

<b>Empresa y fundación en el ordenamiento jurídico español (la fundación empresaria)</b> . . . . .	15
<i>José Miguel Embid Irujo</i>	
I. EL VÍNCULO ENTRE FUNDACIÓN Y EMPRESA: UNA RELACIÓN PROBLE- MÁTICA PERO LEGÍTIMA (A MODO DE INTRODUCCIÓN) . . . . .	16
II. SUPUESTOS DE EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD DE EMPRESA POR LAS FUN- DACIONES Y PLANTEAMIENTO DE POLÍTICA LEGISLATIVA PARA SU REGULACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL . . . . .	20
1. <i>Consideraciones introductorias</i> . . . . .	20
2. <i>La fundación-empresa</i> . . . . .	21
3. <i>La fundación con empresa</i> . . . . .	24
4. <i>La opción de política legislativa para la regulación de las fundaciones que ejercen actividades empresariales en el Derecho español</i> . . . . .	25
III. LA ARTICULACIÓN DE LOS FINES FUNDACIONALES CON EL EJERCICIO POR LA FUNDACIÓN DE LA ACTIVIDAD DE EMPRESA . . . . .	28
1. <i>Consideraciones generales</i> . . . . .	28
2. <i>El problema en el Derecho español</i> . . . . .	30
A) Precisiones terminológicas previas en punto a la actividad de las fundaciones . . . . .	30
B) Fines de la fundación y actividad fundacional: el ejercicio de la empresa mercantil y su relación con las «actividades pro- pias» de la fundación . . . . .	33
IV. EL MARCO NORMATIVO DE LA FUNDACIÓN EMPRESARIA EN EL DERE- CHO ESPAÑOL . . . . .	36
1. <i>Una valoración previa: la insuficiencia del régimen legislativo de la fun- dación empresaria</i> . . . . .	36
2. <i>El papel de la autonomía de la voluntad; en especial, respecto de la orga- nización de la fundación empresaria</i> . . . . .	37
3. <i>Aspectos de régimen jurídico comunes a la fundación empresa y a la fun- dación con empresa</i> . . . . .	40
V. LA FUNDACIÓN-EMPRESA . . . . .	42
1. <i>Las notas distintivas de la actividad mercantil desarrollada por la funda- ción</i> . . . . .	42
2. <i>La relación de la actividad de empresa desarrollada por la fundación con sus fines específicos</i> . . . . .	45
VI. LA FUNDACIÓN CON EMPRESA . . . . .	49
1. <i>Premisa: el sentido de la tipificación legal de la fundación con empresa</i> . .	49

2.	<i>Las notas distintivas del supuesto de hecho</i> . . . . .	51
A)	Delimitación de las sociedades en las que puede participar la fundación . . . . .	51
B)	El carácter mayoritario de la participación. . . . .	55
a)	El significado del término «mayoritario» . . . . .	55
b)	Las posibilidades de acción derivadas de la posición mayoritaria de la fundación en la sociedad participada . . . . .	60
C)	La formación de un grupo de sociedades encabezado por la fundación . . . . .	61
VII.	CONSIDERACIONES FINALES. . . . .	65
	<b>Análisis jurisprudencial y de la doctrina de la DGT de las entidades parcialmente exentas en el Impuesto sobre Sociedades.</b> . . . . .	69
	<i>Alejandro Blázquez Lidoy</i>	
I.	INTRODUCCIÓN . . . . .	69
II.	LAS ENTIDADES TOTALMENTE EXENTAS . . . . .	70
III.	CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL RÉGIMEN DE LAS ENTIDADES PARCIALMENTE EXENTAS . . . . .	72
IV.	LAS ACTIVIDADES EMPRESARIALES Y LAS ENTIDADES NO LUCRATIVAS. . . . .	75
V.	DIFERENCIAS DEL RÉGIMEN DE LAS ENTIDADES PARCIALMENTE EXENTAS CON EL RÉGIMEN DE LA LEY 49/2002 . . . . .	76
1.	<i>Diferencias en el ámbito subjetivo</i> . . . . .	76
2.	<i>Diferencias en el régimen jurídico aplicable</i> . . . . .	78
3.	<i>¿Es siempre el régimen de la Ley 49/2002 preferible al del TRLIS?</i> . . . . .	80
VI.	LA EXENCIÓN DE ADQUISICIONES Y TRANSMISIONES GRATUITAS . . . . .	80
1.	<i>Rentas gratuitas obtenidas en cumplimiento de su objeto</i> . . . . .	81
2.	<i>Donaciones para cumplimiento de fines que llevan aparejada alguna contraprestación</i> . . . . .	82
3.	<i>Aplicación de la exención de los convenios de colaboración del artículo 25 de la Ley 49/2002 a las entidades parcialmente exentas</i> . . . . .	84
VII.	LA EXENCIÓN DE RENTAS POR TRANSMISIONES ONEROSAS . . . . .	85
1.	<i>Consideraciones sobre los bienes objeto de transmisión</i> . . . . .	85
2.	<i>Consideración sobre los bienes objeto de reinversión</i> . . . . .	87
VIII.	EXENCIÓN DE LAS ACTIVIDADES QUE COINCIDEN CON LA ACTIVIDAD DE LA ENTIDAD NO LUCRATIVA. EL PROBLEMA DE LAS ACTIVIDADES EMPRESARIALES QUE COINCIDEN CON LOS FINES . . . . .	89
1.	<i>Actividades que coincidan con los fines que no sean explotaciones económicas</i> . . . . .	90
2.	<i>Explotaciones económicas que coinciden con la actividad de la entidad no lucrativa</i> . . . . .	93
A)	Principio de correlación de ingresos y gastos en las cuotas. . . . .	97

- B) El régimen de las operaciones vinculadas en las entidades parcialmente exentas . . . . . 98
- 3. *Tratamiento de los gastos asociados a las actividades exentas y explotaciones económicas y otras rentas sujetas.* . . . . . 99

**La actividad económica de las fundaciones y el código de conducta para la realización de inversiones financieras temporales de las entidades sin ánimo de lucro.** . . . . . 103

*Teresa Rodríguez de las Heras Ballell*

- I. INTRODUCCIÓN: LA EVOLUCIÓN DEL FENÓMENO FUNDACIONAL Y LOS PERFILES DE LAS FUNDACIONES CONTEMPORÁNEAS . . . . . 103
- II. DELIMITACIÓN DEL MARCO GENERAL: SOBRE EL DESARROLLO DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS POR LAS FUNDACIONES . . . . . 107
  - 1. *Interés general, ánimo de lucro y actividad empresarial.* . . . . . 110
  - 2. *Actividades económicas y gestión económico-financiera de las fundaciones* . . . . . 114
- III. RESTRICCIONES RELATIVAS A LAS INVERSIONES FINANCIERAS TEMPORALES DE ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO . . . . . 115
  - 1. *Código de conducta de las entidades sin ánimo de lucro para la realización de inversiones financieras temporales:* . . . . . 116
    - A) Análisis crítico: sobre la naturaleza del código de conducta . . . . . 117
    - B) Valoración práctica: sobre su aplicación en el mercado. «Cumplir o explicar» . . . . . 119
  - 2. *Estudio del contenido del código de conducta* . . . . . 122
    - A) *Ámbito de aplicación* . . . . . 122
      - a) *Ámbito de aplicación subjetivo: entidades sin ánimo de lucro* . . . . . 123
      - b) *Ámbito de aplicación objetivo* . . . . . 125
    - B) *Selección y gestión de inversiones* . . . . . 129
      - a) *Sistemas de selección y gestión de inversiones* . . . . . 130
      - b) *Principios de seguridad, liquidez y rentabilidad y otras recomendaciones.* . . . . . 134
- IV. CONCLUSIONES . . . . . 137

**Las fundaciones sanitarias y sociales de la Administración Pública . . . . . 139**

*Francisco Villar Rojas*

- I. EL PORQUÉ DE LAS FUNDACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA ASISTENCIA SANITARIA PÚBLICA (Y LA SOCIAL) . . . . . 139
  - 1. *El necesario control del gasto sanitario público (en pocos años, el gasto sociosanitario)* . . . . . 139
  - 2. *Las propuestas del Informe Abril (1991)* . . . . . 141

3.	<i>El RD-Ley 10/1996 y la Ley 15/1997</i> . . . . .	145
4.	<i>El rechazo a la privatización de la sanidad lleva a la fundación como nueva forma de gestión</i> . . . . .	148
II.	LAS FUNDACIONES PRIVADAS SANITARIAS DE LA ADMINISTRACIÓN: TENSIONES Y CONTRADICCIONES . . . . .	153
1.	<i>La iniciativa: la constitución de fundaciones hospitalarias</i> . . . . .	153
2.	<i>Tensión con el derecho privado de fundaciones</i> . . . . .	155
3.	<i>Tensión con el derecho público de fundaciones</i> . . . . .	158
4.	<i>Tensión con el derecho público, en particular de la gestión sanitaria</i> . . . . .	159
5.	<i>La condición pública distorsiona el régimen de las fundaciones</i> . . . . .	161
III.	LAS FUNDACIONES PÚBLICAS SANITARIAS: UN NUEVO ORGANISMO PÚBLICO . . . . .	163
1.	<i>Una formulación alternativa: el artículo 111 de la Ley 50/1998</i> . . . . .	163
2.	<i>Ni fundaciones privadas, ni empresas públicas</i> . . . . .	166
3.	<i>La conversión de fundaciones privadas de la Administración en fundaciones públicas sanitarias</i> . . . . .	167
IV.	EL FRACASO DE LA FUNDACIÓN EN LA GESTIÓN SANITARIA . . . . .	169
1.	<i>Las fundaciones públicas sanitarias: una anécdota</i> . . . . .	169
2.	<i>Las fundaciones sanitarias: un estatus singular en la Ley 50/2002, de Fundaciones</i> . . . . .	170
3.	<i>La vuelta a lo público: integración de las fundaciones hospitalarias en los servicios de salud</i> . . . . .	171
V.	EL LIMITADO PAPEL DE LAS FUNDACIONES EN LA ASISTENCIA SANITARIA PÚBLICA . . . . .	174
1.	<i>El objetivo de mejorar la eficiencia: no hay datos comparables</i> . . . . .	174
2.	<i>La realidad: relación de dependencia, no autonomía de gestión</i> . . . . .	174
3.	<i>La viabilidad de la fundación requiere un cambio drástico en la sanidad pública</i> . . . . .	176
	<b>El papel de las fundaciones en relación con las actividades y bienes culturales</b> . . . . .	179
	<i>Concepción Barrero Rodríguez</i>	
I.	LA INEXISTENCIA DE LAS FUNDACIONES CULTURALES COMO CATEGORÍA JURÍDICA PROPIA . . . . .	180
II.	LAS FUNDACIONES BAJO EL PROTECTORADO DEL MINISTERIO DE CULTURA: SU NECESARIA DEPURACIÓN EN APLICACIÓN DE LAS REGLAS LEGALES VIGENTES . . . . .	182
1.	<i>Idea general sobre los fines fundacionales</i> . . . . .	182
2.	<i>La heterogénea realidad existente bajo la etiqueta de «fundación cultural»</i> . . . . .	184
A)	El punto de partida: Son fundaciones culturales las vinculadas a las competencias propias de la «Administración de Cultura» . . . . .	184

B)	Fundaciones con fines específicos y con fines genéricos. Consideraciones sobre la determinación del objeto fundacional . . . . .	186
C)	La concurrencia de la cultura con otros fines diversos en el objeto de las fundaciones. La vis atractiva del fin cultural . . .	190
D)	La calificación como culturales de fundaciones que manifiestamente carecen de esta condición. . . . .	191
3.	<i>Conclusión: Las deficiencias en el control de los fines fundacionales ¿Un problema normativo o de aplicación del Derecho?</i> . . . . .	192
III.	LAS FUNDACIONES PROPIAMENTE CULTURALES: ¿UNA «ESCALA DEL INTERÉS GENERAL»? . . . . .	193
1.	<i>La diferente medida del interés general presente en estas fundaciones</i> .	193
2.	<i>Intereses culturales expresamente reconocidos por la norma e intereses culturales difusos</i> . . . . .	194
3.	<i>Consideración final</i> . . . . .	197
IV.	FUNDACIONES Y BIENES CULTURALES . . . . .	199
1.	<i>El papel de las fundaciones en la conservación y difusión de los bienes culturales</i> . . . . .	199
A)	Algunas ideas preliminares . . . . .	199
B)	La escasa significación de estas fundaciones en términos tanto cuantitativos como cualitativos . . . . .	200
C)	Las fundaciones ante el Patrimonio Histórico ¿Un posible protagonismo del que hoy carecen? . . . . .	206
2.	<i>Fundaciones con beneficiarios individualmente determinados y fundaciones del Patrimonio nacional: dos supuestos singulares dentro de las fundaciones con fines en el ámbito del Patrimonio Histórico</i> . . . . .	209
A)	Las fundaciones para la conservación del Patrimonio Histórico e interés particular . . . . .	209
B)	Las fundaciones del sector público; en especial, las fundaciones del Patrimonio nacional . . . . .	213
a)	Algunas consideraciones generales . . . . .	213
b)	Las fundaciones del Patrimonio nacional. . . . .	215
V.	CONSIDERACIÓN FINAL . . . . .	217

**Las cuentas anuales y otros documentos obligatorios de información de las fundaciones** . . . . . 221

*Enrique Rúa Alonso de Corrales*

I.	INTRODUCCIÓN . . . . .	221
II.	PARTICULARIDADES DE LAS ENTIDADES SIN FINES LUCRATIVOS QUE AFECTAN A SU MARCO CONCEPTUAL CONTABLE . . . . .	222
III.	LAS OBLIGACIONES CONTABLES DE LAS FUNDACIONES. . . . .	224
1.	<i>Marco legal</i> . . . . .	224

2.	<i>Fundaciones de competencia estatal</i> . . . . .	226
A)	Libros contables . . . . .	226
B)	Cuentas anuales y otros documentos obligatorios . . . . .	226
3.	<i>Fundaciones de competencia autonómica</i> . . . . .	230
IV.	DOCUMENTOS INTEGRANTES DE LAS CUENTAS ANUALES. . . . .	230
1.	<i>La rendición de cuentas después de la reforma contable de 2007</i> . . . . .	230
2.	<i>El balance</i> . . . . .	234
A)	Contenido. . . . .	234
B)	Estructura . . . . .	234
C)	Adecuación del modelo a las entidades sin fines lucrativos . . . . .	235
3.	<i>La cuenta de resultados</i> . . . . .	236
A)	Contenido. . . . .	236
B)	Estructura . . . . .	236
C)	Adecuación del modelo a las entidades sin fines lucrativos . . . . .	237
4.	<i>La memoria</i> . . . . .	238
A)	Contenido. . . . .	238
B)	Estructura . . . . .	239
V.	OTROS DOCUMENTOS OBLIGATORIOS DE INFORMACIÓN . . . . .	242
1.	<i>Introducción.</i> . . . . .	242
2.	<i>Plan de actuación</i> . . . . .	242
A)	Contenido. . . . .	242
B)	Indicadores para entidades sin fines lucrativos . . . . .	243
C)	Propuesta de plan de actuación . . . . .	244
3.	<i>Inventario</i> . . . . .	246
4.	<i>Memoria económica.</i> . . . . .	247
A)	Requisito fiscal. . . . .	247
B)	Contenido. . . . .	247
5.	<i>Informe sobre la realización de inversiones financieras</i> . . . . .	248
VI.	OBLIGACIONES ADICIONALES DE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO . . . . .	249
VII.	AUDITORÍA DE LAS CUENTAS ANUALES . . . . .	251
1.	<i>Introducción.</i> . . . . .	251
2.	<i>Normativa aplicable.</i> . . . . .	252
A)	Fundaciones estatales . . . . .	252
B)	Fundaciones autonómicas. . . . .	253
VIII.	PRESENTE Y FUTURO DE LA CONTABILIDAD DE LAS FUNDACIONES EN ESPAÑA: UNA BREVE REFLEXIÓN. . . . .	255

**El régimen jurídico del voluntariado social en la Comunidad Autónoma de Extremadura . . . . . 257**

*Vicente Álvarez García*

- I. INTRODUCCIÓN . . . . . 257
- II. NORMATIVA ESTATAL Y NORMATIVA AUTONÓMICA EXTREMEÑA EN MATERIA DE VOLUNTARIADO . . . . . 258
  - 1. *Las competencias estatales en materia de voluntariado y su desarrollo normativo* . . . . . 258
  - 2. *Las competencias estatutarias de la Comunidad Autónoma de Extremadura en la esfera del voluntariado y su desarrollo normativo* . . . . . 260
- III. EL ESTATUTO DEL VOLUNTARIADO SOCIAL EN EXTREMADURA . . . . . 265
  - 1. *Planteamiento general* . . . . . 265
  - 2. *La figura del voluntario y su regulación jurídica por el Derecho autonómico extremeño* . . . . . 266
  - 3. *La figura de las entidades de voluntariado social y su regulación jurídica por el Derecho autonómico extremeño* . . . . . 269
- IV. LAS RELACIONES DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EXTREMEÑAS CON LAS ESTRUCTURAS DE VOLUNTARIADO SOCIAL DE ÁMBITO AUTONÓMICO . . . . . 272
  - 1. *Las competencias en materia de voluntariado social de la Comunidad Autónoma de Extremadura y su ejercicio por la Administración extremeña* . . . . . 272
  - 2. *El Registro Central de Entidades de Voluntariado Social* . . . . . 273
  - 3. *El Consejo Extremeño del Voluntariado* . . . . . 275
- V. LAS MEDIDAS DE FOMENTO DEL VOLUNTARIADO . . . . . 276
  - 1. *El fomento del voluntariado como tarea estatal y autonómica* . . . . . 276
  - 2. *Las medidas específicas de fomento del voluntariado* . . . . . 277

**Entidades privadas e interés general: el papel de las fundaciones . . . 281**

*José Luis Piñar Mañas*

- I. INTRODUCCIÓN. FUNDACIONES, TERCER SECTOR E INTERÉS GENERAL . 281
- II. DERECHO DE FUNDACIÓN CONSTITUCIONALMENTE RECONOCIDO E INTERÉS GENERAL . . . . . 284
- III. INTERÉS GENERAL Y FUNDACIONES . . . . . 291
- IV. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, FUNDACIONES E INTERÉS GENERAL . . . . . 296
  - 1. *La necesaria revisión del Protectorado* . . . . . 296
  - 2. *Las fundaciones privadas de iniciativa pública* . . . . . 298

## CRÓNICA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

<b>Las fundaciones del sector público en Andalucía. En especial, las fundaciones públicas locales en la nueva Ley de Autonomía Local de Andalucía</b> . . . . .	309
<i>Manuel Rodríguez Portugués</i>	
I. DESARROLLO DEL FENÓMENO FUNDACIONAL EN EL SECTOR PÚBLICO ANDALUZ . . . . .	309
II. LA FUNDACIÓN COMO NUEVA FORMA DE GESTIÓN DIRECTA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES: LAS «FUNDACIONES PÚBLICAS LOCALES» EN ANDALUCÍA EN LA LEY DE AUTONOMÍA LOCAL DE ANDALUCÍA . .	311
III. NATURALEZA Y CONCEPTO DE FUNCIÓN PÚBLICA LOCAL . . . . .	314
IV. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE . . . . .	317
V. VALORACIÓN FINAL . . . . .	323
<b>Las fundaciones en Asturias</b> . . . . .	325
<i>Alejandro Huergo Lora</i>	
<i>Javier García Luengo</i>	
I. INTRODUCCIÓN . . . . .	325
II. NOVEDADES LEGISLATIVAS . . . . .	327
1. <i>La Ley del Principado de Asturias 2/2010, de 12 de marzo, de integración del «Hospital del Oriente de Asturias Francisco Grande Co- vián» y de su personal en el Servicio de Salud del Principado de Astu- rias en régimen de gestión directa</i> . . . . .	327
2. <i>La Ley 3/2010, de 26 de marzo, del Principado de Asturias de tercera modificación de la Ley 2/2000, de 23 de febrero, de Cajas de Ahorro</i> . .	329
III. PRÁCTICA ADMINISTRATIVA DE LOS REGISTROS DE FUNDACIONES. . . .	331
IV. JURISPRUDENCIA . . . . .	332
<b>El régimen de las fundaciones de Cantabria</b> . . . . .	335
<i>Marcos Gómez Puente</i>	
I. LA COMPETENCIA AUTONÓMICA EN MATERIA DE FUNDACIONES. . . . .	335
II. LA ORGANIZACIÓN AUTONÓMICA DE LAS FUNDACIONES. . . . .	338
III. LA REGULACIÓN AUTONÓMICA DE LAS FUNDACIONES: UNA NORMATIVA DISPERSA . . . . .	342
<b>Las fundaciones en Castilla y León</b> . . . . .	347
<i>José Luis Martínez López-Muñiz</i>	
I. INTRODUCCIÓN . . . . .	347

II.	NOVEDADES RELATIVAS A LAS FUNDACIONES EN GENERAL EN EL ÁMBITO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA . . . . .	348
1.	<i>Nuevas medidas generales de simplificación administrativa, aun no aplicables a los procedimientos relativos al Registro de Fundaciones . . . . .</i>	348
2.	<i>Extensión de la administración electrónica a las relaciones con el Protectorado . . . . .</i>	349
3.	<i>Obligaciones estadísticas . . . . .</i>	352
4.	<i>Nuevas fundaciones inscritas . . . . .</i>	353
5.	<i>Deducción en la cuota autonómica del IRPF por donaciones a fundaciones . . . . .</i>	354
6.	<i>Las fundaciones como posibles beneficiarias de subvenciones autonómicas específicas . . . . .</i>	354
III.	LAS FUNDACIONES DEL GOBIERNO AUTONÓMICO. . . . .	358
1.	<i>Nueva norma con fuerza de ley sobre las dotaciones fundacionales públicas, sin variación de contenido . . . . .</i>	358
2.	<i>Posibilidad de adscribir elementos patrimoniales de la Comunidad Autónoma a las fundaciones públicas de la Comunidad . . . . .</i>	359
3.	<i>Autorización necesaria para aportaciones patrimoniales autonómicas a fundaciones . . . . .</i>	360
4.	<i>Sumisión a los principios de actuación de la Administración autonómica en garantía del derecho de los ciudadanos a una buena administración . . . . .</i>	361
5.	<i>Deber de las universidades de informar a la Consejería de Educación sobre contratos y ayudas que reciban de las fundaciones públicas de la Comunidad. . . . .</i>	363
6.	<i>Sometimiento a la nueva Ley de Publicidad Institucional de Castilla y León . . . . .</i>	363
7.	<i>Sometimiento a las nuevas medidas de control del gasto establecidas para 2010 en la legislación presupuestaria. . . . .</i>	364
8.	<i>Nueva Fundación autonómica . . . . .</i>	368
9.	<i>Nuevas tareas para la Fundación Siglo . . . . .</i>	368
IV.	ASISTENCIA FINANCIERA AUTONÓMICA A LA FORMACIÓN EN PRÁCTICAS DE TITULADOS UNIVERSITARIOS A TRAVÉS DE LAS FUNDACIONES DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS. . . . .	370
V.	OTRAS FUNDACIONES «PÚBLICAS» . . . . .	372

**El régimen jurídico de las fundaciones en el ordenamiento jurídico catalán 2009-2010: transparencia y buenas prácticas . . . . .** 373

*Joaquín Tornos Mas*

*María del Mar Martínez Martínez*

I.	EL PUNTO DE PARTIDA . . . . .	373
II.	NUEVAS ACTUACIONES. LOS ACUERDOS DE GOBIERNO DE 10 Y 24 DE NOVIEMBRE DE 2009 . . . . .	375
1.	<i>Medidas destinadas a cualquier tipo de entidad que reciba subvenciones . . . . .</i>	375

2. Medidas destinadas específicamente a fundaciones . . . . .	377
III. EL PROYECTO DE LEY DEL PROTECTORADO . . . . .	377
IV. RÉGIMEN SANCIONADOR Y DE RESPONSABILIDAD . . . . .	381
V. LAS ENTIDADES VINCULADAS . . . . .	382
<b>Derecho de fundaciones en Extremadura . . . . .</b>	<b>385</b>
<i>Vicente Álvarez García</i>	
I. INTRODUCCIÓN . . . . .	385
II. EL CONSEJO AUTONÓMICO DE FUNDACIONES DE EXTREMADURA . . . . .	385
III. LA JURISPRUDENCIA SOBRE FUNDACIONES EMANADA DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES RADICADOS EN EXTREMADURA . . . . .	389
<b>El derecho de fundaciones en Galicia: los nuevos cambios normativos . . . . .</b>	<b>399</b>
<i>A. Javier Ferreira Fernández</i>	
I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES . . . . .	399
II. LA NORMATIVA DE DESARROLLO DE LA LFIG: LA NECESIDAD Y CON- VENIENCIA DE LA REFORMA . . . . .	400
III. EL DECRETO 14/2009, DE 21 DE ENERO, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE FUNDACIONES DE INTERÉS GALLEGO. . . . .	402
1. <i>Fundamento de su aprobación</i> . . . . .	402
2. <i>Principales novedades del Decreto 14/2009, de 21 de enero, respecto de             la regulación precedente</i> . . . . .	403
IV. EL DECRETO 15/2009, DE 21 DE ENERO, POR EL QUE SE APRUEBA EL RE- GLAMENTO DEL REGISTRO DE FUNDACIONES DE INTERÉS GALLEGO . . . . .	414
1. <i>Fundamento de su aprobación</i> . . . . .	414
2. <i>Principales novedades del Decreto 15/2009, de 21 de enero, respecto de             la regulación precedente</i> . . . . .	416
<b>Las fundaciones en la Comunidad Autónoma de La Rioja . . . . .</b>	<b>419</b>
<i>Antonio Fanlo Loras</i>	
<b>Las fundaciones en la Comunidad de Madrid. Doctrina de los Tribu- nales 2009-2010 . . . . .</b>	<b>427</b>
<i>José Luis Piñar Mañas</i>	
<i>Alicia Real Pérez</i>	
I. CONSTITUCIÓN DE UNA FUNDACIÓN Y REQUISITOS PARA FIJAR SU DENOMINACIÓN . . . . .	428
II. GESTIÓN DE LA FUNDACIÓN. ACREDITACIÓN DE LOS PODERES DEL PATRONO DELEGADO . . . . .	429
III. ACTIVIDADES COMERCIALES Y LEY DE MARCAS . . . . .	429

	ÍNDICE	539
IV.	ALCANCE DEL PROTECTORADO . . . . .	430
V.	FUNDACIONES DE INICIATIVA PÚBLICA . . . . .	432
	1. <i>Naturaleza de la fundación Lázaro Galdiano y aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público</i> . . . . .	432
	2. <i>Capacidad de las entidades públicas para constituir fundaciones</i> . . . . .	434
VI.	RÉGIMEN LABORAL DE LAS FUNDACIONES . . . . .	435
VII.	RÉGIMEN FISCAL DE LOS DONATIVOS A FUNDACIONES . . . . .	436
	<b>Las fundaciones en la Región de Murcia</b> . . . . .	439
	<i>Manuel Fernández Salmerón</i>	
	I. LAS COMPETENCIAS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LA REGIÓN DE MURCIA EN MATERIA DE FUNDACIONES . . . . .	439
	II. LA ORGANIZACIÓN AUTONÓMICA EN LA MATERIA. DETERMINACIONES RELATIVAS A LAS FUNDACIONES PRIVADAS DEL SECTOR PÚBLICO REGIONAL . . . . .	440
	III. LAS FUNDACIONES DE INICIATIVA REGIONAL EN EL CONTEXTO DEL SECTOR PÚBLICO AUTONÓMICO. EXAMEN DE ALGÚN EJEMPLO ESPECIALMENTE CONTROVERTIDO Y ANUNCIO DE PRÓXIMAS MEDIDAS DE REAJUSTE. . . . .	443
	<b>Las fundaciones en la Comunidad Foral de Navarra.</b> . . . . .	447
	<i>Martín M.<sup>a</sup> Razquin Lizarraga</i>	
	I. NORMATIVA SOBRE FUNDACIONES . . . . .	447
	II. JURISPRUDENCIA SOBRE FUNDACIONES . . . . .	447
	<b>El Derecho de Fundaciones en la Comunidad Autónoma del País Vasco</b> . . . . .	451
	<i>Edorta Cobreros Mendazona</i>	
	I. INTRODUCCIÓN . . . . .	451
	II. LOS ÓRGANOS RESPONSABLES DEL REGISTRO DE FUNDACIONES . . . . .	452
	III. EL RÉGIMEN GENERAL DE SUBVENCIONES AL TERCER SECTOR EN EL ÁMBITO DE LA INTERVENCIÓN SOCIAL . . . . .	453
	IV. JURISPRUDENCIA. . . . .	453
	1. <i>El transcurso del plazo para resolver y notificar la inscripción registral tiene carácter desestimatorio</i> . . . . .	453
	2. <i>No hay arbitrariedad en la transformación de una Sociedad Anónima Pública en Fundación</i> . . . . .	454

<b>El régimen jurídico de las Fundaciones en la Comunidad Valenciana .</b>	<b>455</b>
<i>Juan Francisco Mestre Delgado</i>	
I. EL TÍTULO COMPETENCIAL: LAS PREVISIONES DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA . . . . .	455
II. LA EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN AUTONÓMICA EN MATERIA DE FUNDACIONES. . . . .	456
III. LOS ASPECTOS PRINCIPALES DE LA REGULACIÓN DE LAS FUNDACIONES EN LA COMUNIDAD VALENCIANA . . . . .	458
1. <i>El ámbito de aplicación de la Ley valenciana.</i> . . . . .	458
2. <i>Respecto a los fines y los beneficiarios de la Fundación</i> . . . . .	459
3. <i>La personalidad jurídica</i> . . . . .	461
4. <i>El domicilio. El caso de las Fundaciones extranjeras</i> . . . . .	462
5. <i>Las reglas sobre la constitución de las Fundaciones</i> . . . . .	463
6. <i>Sobre el gobierno de la Fundación</i> . . . . .	465
7. <i>Sobre el régimen económico de las Fundaciones</i> . . . . .	465
8. <i>Sobre la modificación, fusión, extinción y liquidación de las Fundaciones</i> . . . . .	466
IV. LAS REGLAS SOBRE EL PROTECTORADO Y EL REGISTRO DE FUNDACIONES . . . . .	466
V. LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO . . . . .	467
VI. UNA CONSIDERACIÓN FINAL . . . . .	470

## CRÓNICA DE LA UNIÓN EUROPEA

<b>Crónica de la Unión Europea.</b> . . . . .	<b>475</b>
<i>Rosa Gallego García</i>	
I. ESTATUTO DE FUNDACIÓN EUROPEA . . . . .	475
II. IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO . . . . .	481
III. REVISIÓN DE LAS NORMAS FINANCIERAS APLICABLES AL PRESUPUESTO GENERAL DE LA UNIÓN EUROPEA . . . . .	482
IV. PROGRAMA DE ESTOCOLMO: UNA EUROPA ABIERTA Y SEGURA QUE SIRVA Y PROTEJA AL CIUDADANO. . . . .	484

## RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

<b>Jurisprudencia sobre fundaciones</b> . . . . .	<b>487</b>
<i>María Natalia Mato Pacín</i>	

<b>Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 17 de septiembre de 2009: responsabilidad de patronos frente a terceros . . . . .</b>	<b>507</b>
<i>María Natalia Mato Pacín</i>	
I. INTRODUCCIÓN . . . . .	507
II. SUPUESTO DE HECHO Y FALLO . . . . .	508
III. RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS PATRONOS . . . . .	511
IV. POSIBILIDAD DE LA APLICACIÓN ANALÓGICA DE LA LSA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD . . . . .	514
V. AUSENCIA DE LAGUNA LEGAL: APLICACIÓN DE LAS REGLAS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL . . . . .	522
VI. RECAPITULACIÓN . . . . .	527

