

ANUARIO DE DERECHO DE FUNDACIONES
2011

ANUARIO DE DERECHO DE FUNDACIONES 2011



Asociación Española de Fundaciones



iustel

1.ª edición, 2011

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.

© 2011, 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)

REMIGIO BENEYTO BERENGUER

ALEJANDRO BLÁZQUEZ LIDOY

JORGE CAFFARENA LAPORTA

MIGUEL CRUZ AMORÓS

JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO

JORGE GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ

RAFAEL DE LORENZO GARCÍA

ADOLFO MENÉNDEZ MENÉNDEZ

JAVIER NADAL ARIÑO

ISABEL PEÑALOSA ESTEBAN

ALICIA REAL PÉREZ

ENRIQUE RÚA ALONSO

TERESA SANJURJO GONZÁLEZ

ÁLVARO VILLAGRÁN Y DE VILLOTA

Sumario (*)

Presentación

JAVIER NADAL ARIÑO

Presidente de la Asociación Española de Fundaciones

ESTUDIOS

Diversidad de fundaciones en Europa

CARLOS PARAMÉS MONTENEGRO

Exsecretario general de la Asociación Española de Fundaciones

Patrono de la Fundación Prodefa y Consejero de la Fundación Philippe Cousteau

Fundaciones, instituciones, sociedad: el problema de la legitimación

MARCO CAMMELLI

Profesor Ordinario de Derecho Administrativo

Universidad de Bolonia

Reflexiones en torno a las fundaciones y propuestas de futuro

RAFAEL DE LORENZO GARCÍA

Secretario General del Consejo General de la ONCE

JOSÉ LUIS PIÑAR MAÑAS

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad San Pablo-CEU de Madrid

TERESA SANJURJO GONZÁLEZ

Directora General de la Fundación Príncipe de Asturias

Asociaciones y fundaciones canónicas: confusión en su personalidad jurídica civil

REMIGIO BENEYTO BERENGUER

Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado

Universidad CEU-Cardenal Herrera Valencia

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

Claroscuros de la Ley 5/2011 de Economía Social

MANUEL IGNACIO FELIU REY

Profesor Titular (Catedrático Acreditado) de Derecho Civil

Universidad Carlos III de Madrid

La autocontratación en el ámbito de las fundaciones. Supuestos y sistema de control

MARÍA NATALIA MATO PACÍN

Profesora Ayudante de Derecho Civil

Universidad Carlos III de Madrid

La Ley Geoespacial al servicio de las fundaciones

FERNANDO MORENO CEA

Abogado

Socio del Bufete Mas y Calvet

EFRÉN DÍAZ DÍAZ

Abogado

Asociado del Bufete Mas y Calvet

CRÓNICA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS**Novedades en el Derecho andaluz de fundaciones. En especial, el personal al servicio de las fundaciones del sector público**

MANUEL RODRÍGUEZ PORTUGUÉS

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Administrativo

Universidad de Córdoba

Novedades en materia de fundaciones en la Comunidad Autónoma de Aragón

JOSÉ LUIS BERMEJO LATRE

Profesor Titular de Derecho Administrativo

Universidad de Zaragoza

Las fundaciones en Asturias

ALEJANDRO HUERGO LORA

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de Oviedo

JAVIER GARCÍA LUENGO

Profesor Titular de Derecho Administrativo

Universidad de Oviedo

Las fundaciones de Cantabria en 2010: la contención presupuestaria del sector público fundacional

MARCOS GÓMEZ PUENTE
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Cantabria

Fundaciones en Castilla-La Mancha

JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha
ALMA PATRICIA DOMÍNGUEZ ALONSO
Profesora Doctora de Derecho Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha

Las fundaciones en Castilla y León

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

Fundaciones en Cataluña 2010-2011

JOAQUÍN TORNOS MAS
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Barcelona
MARÍA DEL MAR MARTÍNEZ MARTÍNEZ
Profesora de Derecho Administrativo. FPI
Universidad Abat Oliba-CEU

Las fundaciones en Extremadura

VICENTE ÁLVAREZ GARCÍA
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Extremadura

Las fundaciones del sector público gallego

A. JAVIER FERREIRA FERNÁNDEZ
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Santiago de Compostela

Las fundaciones en las Illes Balears

AVELINO BLASCO ESTEVE
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de las Illes Balears
JOANA M.^a SOCÍAS CAMACHO
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de las Illes Balears

Las fundaciones en la Comunidad de Madrid. En especial, las fundaciones de las Cajas de Ahorro, y el protectorado autonómico sobre las fundaciones de iniciativa pública del Estado según la STC 120/2011

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

ALICIA REAL PÉREZ
Profesora Titular y Directora del Departamento 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

PILAR JUANA GARCÍA SAURA
Profesora Ayudante Doctora de Derecho Administrativo
Universidad de Murcia

Las fundaciones en la Comunidad Foral de Navarra

MARTÍN M.^a 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

CRÓNICA DE LA UNIÓN EUROPEA

Crónica de la Unión Europea

ROSA GALLEGO GARCÍA
Subdirectora. Asociación Española de Fundaciones

CRÓNICA DE IBEROAMÉRICA

Panorama del sector de fundaciones y organizaciones de la sociedad civil en México

CONSUELO CASTRO SALINAS

Directora Jurídica

Centro Mexicano para la Filantropía, A.C.

JORGE V. VILLALOBOS GRZYBOWICZ

Presidente Ejecutivo

Centro Mexicano para la Filantropía, A.C.

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia sobre fundaciones

MARÍA NATALIA MATO PACÍN

Profesora Ayudante de Derecho Civil

Universidad Carlos III de Madrid

La dotación fundacional. Consideraciones al hilo de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 40, de 11 de enero de 2010

MARÍA NATALIA MATO PACÍN

Profesora Ayudante de Derecho Civil

Universidad Carlos III de Madrid

Presentación

Es una satisfacción para mí prologar este tercer número del *Anuario de Derecho de Fundaciones*. Este número responde, una vez más, a los propósitos para los que se puso en marcha esta publicación: analizar el Derecho de fundaciones y las cuestiones prácticas que plantea para las propias organizaciones y para los distintos operadores, desde una perspectiva rigurosa, académica y actualizada. Dirigido por el profesor Santiago MUÑOZ MACHADO, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid, y José Luis PIÑAR MAÑAS, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad CEU San Pablo, ambos miembros del Consejo Asesor de la Asociación Española de Fundaciones (AEF), este Anuario se consolida como una publicación de referencia en el Derecho de fundaciones, contribuyendo así a la creación de doctrina en aspectos de máximo interés para el sector.

La realidad fundacional española ha experimentado una importante evolución —cualitativa y cuantitativa— primero con la aprobación de la Ley 30/1994 y más tarde con la aprobación de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, pareja a la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de Régimen Fiscal de las Entidades sin Fines Lucrativos y de los Incentivos Fiscales al Mecenazgo. Nunca el número de fundaciones activas ha sido tan elevado en nuestro país, ni ha sido tan efectivo el trabajo que llevan a cabo. Las actividades, cada vez más ricas y complejas, que desarrollan las cerca de 9.050 fundaciones activas, reflejan tanto la generosidad e implicación de la sociedad en la solución de problemas de distinta naturaleza, como la respuesta a un amplio conjunto de demandas sociales. El fortalecimiento del sector fundacional español debe ser uno de los objetivos de la Asociación Española de Fundaciones, un sector que no es ajeno a la profundidad y extensión de la crisis económica actual que obliga a ofrecer respuestas responsables y adecuadas y a reforzar el compromiso en la defensa del interés general.

En todos estos años, la Asociación Española de Fundaciones ha demostrado ser una organización adecuada para articular y canalizar los intereses y las preocupaciones del sector fundacional español. El trabajo desarrollado, además de servir para resolver muchos problemas de las fundaciones, ha sentado las bases para que el colectivo fundacional español sea percibido como un conjunto robusto que contribuye eficazmente a mejorar el bienestar de los ciudadanos. El marco normativo ha contribuido sin duda a la notable evolución del

sector fundacional español, pero su mejora y sobre todo su adecuación a la realidad fundacional española, a sus necesidades y a su evolución, es siempre necesaria. Este ha sido siempre uno de los objetivos de la Asociación Española de Fundaciones.

Esta publicación contribuye al análisis riguroso de algunas de las cuestiones que dicho marco normativo plantea en la actualidad, tanto desde la perspectiva del sector, como de las administraciones encargadas de la supervisión, avanzando incluso propuestas legislativas. Así, se analizan cuestiones eminentemente prácticas y frecuentes como las que plantea la regulación de la autocontratación o las posibilidades que ofrece a las fundaciones la nueva *Ley Geoespacial*, en particular en su relación con los Protectorados y el régimen de autorizaciones y comunicaciones de los distintos actos de disposición patrimonial. Junto a estos estudios, se recogen en este tercer número del Anuario excelentes análisis doctrinales, como el referido a la distinción entre la personalidad canónica y/o civil de las asociaciones y fundaciones canónicas, y las consecuencias que ello tiene en el régimen jurídico aplicable, o el que analiza con visión crítica la recientemente aprobada Ley de Economía Social, desde la perspectiva de las asociaciones y fundaciones. También el que, desde el caso italiano, analiza la legitimación de las fundaciones en el contexto actual. Pero además, cuenta este número con un estudio —*Reflexiones en torno a las fundaciones y propuestas de futuro*— que analiza con rigor, desde una perspectiva normativa, la necesaria reforma de la Ley 50/2002 y de la Ley 49/2002, de Régimen Fiscal de las Entidades sin Fines Lucrativos y de los Incentivos Fiscales al Mecenazgo, y que además reflexiona sobre la conceptualización del denominado Tercer Sector, su articulación y su papel en el diálogo social.

Las experiencias de otros sectores fundacionales europeos están presentes en este *Anuario de Derecho de Fundaciones*. Uno de los estudios analiza la tipología y evolución de la figura fundacional desde el caso francés, británico, italiano, alemán y nórdico y concluye con la necesidad de avanzar hacia un análisis global de la figura. Además, se abre con este número la *Crónica Iberoamericana*, con un estudio dedicado a las fundaciones en México.

La evolución del sector fundacional español ha sido notable, no solo a nivel estatal sino autonómico. Según datos del Instituto de Análisis Estratégico de Fundaciones (INAEF), *El sector fundacional español. Datos Básicos*, el 70,8% de las fundaciones españolas están adscritas a Protectorados autonómicos. Prueba de ello son los desarrollos normativos producidos en las Comunidades Autónomas, de los que da cuenta puntualmente el *Anuario de Derecho de Fundaciones* en este número, al igual que en los anteriores. Se recogen así estudios sobre la normativa y novedades del sector referidos a distintas Comunidades Autónomas.

También, como en números anteriores, el Anuario incluye, en la *Crónica de la Unión Europea*, los últimos desarrollos producidos en el ámbito de la Comisión Europea y del Parlamento en el camino hacia el Estatuto de la Fundación Europea. De la Comisión se espera que emane, a finales de este año 2011, una propuesta de Estatuto que materialice después de muchos años las aspiraciones del sector fundacional europeo. Asimismo, la *Crónica* da cuenta del Libro Verde sobre el futuro del IVA. Fue ya reconocido hace mucho en el ámbito de las instituciones comunitarias que las entidades sin fin de lucro no fueron tenidas en cuenta en el momento de regular la entonces VI Directiva, por lo que dicha regulación, lejos de reconocer alguna ventaja en este tributo para estas entidades, supone en la mayoría de los casos un mayor coste para estas. El proceso abierto en esta consulta pública puede servir por tanto para que la situación de estas entidades y su función sea reconocida en el ámbito de este tributo y sean analizadas posibles soluciones de menor impacto, entre otras, para las fundaciones. También como en números anteriores, el Anuario da cuenta de la más reciente jurisprudencia del sector fundacional.

Uno de los objetivos prioritarios de la Asociación Española de Fundaciones es representar y defender los intereses del sector fundacional y también contribuir al conocimiento de este y a su profesionalización. Y para cumplir cabalmente con este objetivo es fundamental que dispongamos de información precisa y actualizada y conocimientos teóricos acreditados. Este tercer número del Anuario contribuye a este objetivo y a mejorar ese conocimiento que necesitamos. Quiero agradecer el tiempo y el esfuerzo que todos y cada uno de los autores han dedicado en la preparación y elaboración de esta obra así como a sus Directores. El esfuerzo ha merecido la pena. Ahora, una vez publicado, es el momento de aprovechar el trabajo realizado. Esta es una obra pensada por y para las fundaciones. Es el momento de leerla, estudiarla, trabajarla y consultarla. Adelante.

Javier NADAL ARIÑO
Presidente de la Asociación Española de Fundaciones

ESTUDIOS

Diversidad de fundaciones en Europa ¹

Carlos Paramés Montenegro

Exsecretario general de la Asociación Española de Fundaciones

Patrono de la Fundación Prodefa y Consejero de la Fundación Philippe Cousteau

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: EL MODELO ANHEIER DE TIPOLOGÍA FUNDACIONAL.—II. LEGALIDAD Y REVOLUCIÓN EN LAS FUNDACIONES FRANCESAS.—III. LAS FUNDACIONES DEL REINO UNIDO.—IV. EL CASO ITALIANO.—V. EL MODELO SOCIALDEMOCRÁTICO Y EL COMPLEJO MUNDO DE LAS FUNDACIONES NÓRDICAS.—VI. EL MODELO CORPORATIVO. ALEMANIA: 1. *El concepto de fundación*. 2. *Tipos de fundaciones*. 3. *Informaciones varias sobre las fundaciones alemanas*: A) Número e implantación geográfica. B) El desarrollo de las fundaciones comunitarias. C) Actividades, fundadores, Asociación Alemana de Fundaciones.—VII. HACIA UN ANÁLISIS GLOBAL.

I. Introducción: el modelo Anheier de tipología fundacional

Según las diversas estimaciones que podemos consultar, en Europa hay, dicen, entre 150.000 y 300.000 entidades que se hacen llamar fundaciones. Precisamente, esta indecisión respecto al número viene del hecho de que la misma palabra no significa lo mismo en las diversas realidades nacionales. Por eso me ha parecido interesante recorrer, aunque sea muy rápidamente, el paisaje fundacional europeo y decir algo sobre la realidad de algunos países.

Y para hacerlo desde una perspectiva global y muy interesante, recordaré algo de lo que, casi seguro, ya he hablado aquí, en la Universidad San Pablo CEU, porque me parece que es un modelo excelente de tipología fundacional que no ha sido superado y que sigue sirviendo.

Se debe a Siobhan Daly y Helmut Anheier. Este último es un profesor alemán de la Universidad de Heidelberg que ha enseñado *non-profit* (entidades no lucrativas) en universidades muy importantes del mundo, por ejemplo, en la famosa Universidad de Berkeley. Anheier y Daly publicaron su tipología en el libro de 2007 «The politics of foundations».

¹ Texto de la Conferencia dictada en el Salón de Grados de la Universidad CEU-San Pablo de Madrid con motivo de la Sesión de Apertura de la VIII Edición del Curso de Especialización en Dirección de Fundaciones. 2011. 4 de octubre de 2011. Asociación Española de Fundaciones-Universidad CEU-San Pablo.

Anheier dice que hay varios modelos de fundaciones europeas: el primero es el *modelo social-democrático*, propio de los países escandinavos, de Finlandia e Islandia. Su importancia no es muy alta —es muy alta porque tienen un número muy grande, aunque como veremos más adelante, ese número no es muy significativo— pero sin duda tienen un creciente peso social.

En todo el modelo de Anheier se habla de fundaciones *operativas* y de *fundaciones grant-making*. Perdónenme que me pare un momento para recordar esta diferenciación que es esencial en la doctrina europea, aunque menos corriente, entendida o aplicada en España. Se llama fundación *grant-making* a una fundación patrimonial, que tiene unos recursos importantes, vive de las rentas de esos recursos y se dedica a dar ayudas a terceros, es decir, participa en el ciclo que se llama «de la función redistributiva».

Por el contrario, las fundaciones operativas no suelen tener un gran patrimonio y gestionan actividades, proyectos, programas, centros o actividades propias², de manera que esta diferencia es fundamental para entender esta tipología.

Entonces, ¿qué dice Anheier? Que en los países nórdicos las fundaciones operativas son la mayoría y que *grant-making*, fundamentalmente las de las grandes empresas.

Tenemos, en segundo lugar, el *modelo centrado en el Estado*, el modelo Francia-Bélgica-Luxemburgo, países en los que las fundaciones no tienen una gran importancia desde el punto de vista numérico (luego lo veremos más concretamente en el caso de Francia). Se caracterizan porque el Estado las supervisa y las vigila muy de cerca y, sobre todo, se pone énfasis en el cumplimiento por parte de las fundaciones de la condición de ser entidades de utilidad pública.

En el modelo de Francia-Bélgica-Luxemburgo hay pocas fundaciones *grant-making*, salvo algunas fundaciones que se conocen en estos países con el nombre de «fundaciones paraguas», y de las que es prototipo la Fundación de Francia de la que hablaremos después. Estas fundaciones tienen relaciones complejas con el Estado porque, como veremos más adelante, históricamente al Estado francés no le gustan las fundaciones, desconfía de ellas.

Está luego el *modelo corporativo* de Alemania, Holanda, Austria y Suiza: importancia del sector media (creciente en Alemania). Parten del sistema de bienestar, funcionan sobre el llamado «principio de subsidiariedad» y no hay muchas fundaciones *grant-making*, aunque sí hay muchas fundaciones *mixtas*,

² Con sus propios fondos o con los que reciben de fundaciones *grant-making* o de subvenciones públicas.

porque este modelo del que antes hablaba operativas/*grant-making*, admite un tercer género, que es el de las fundaciones mixtas. Les diré, por ejemplo, que la mayoría de las grandes fundaciones españolas son fundaciones mixtas: BBVA, La Caixa, Santander, Rafael del Pino, Ramón Areces, Barrié de la Maza, todas estas grandes fundaciones son fundaciones mixtas porque destinan una parte de sus recursos a subvencionar las necesidades de terceros (dan becas, por ejemplo) y, con la otra parte, hacen proyectos propios.

Del *modelo liberal*, el caso típico es el del Reino Unido, en el que las fundaciones tienen una enorme importancia. En Gran Bretaña hay pocas fundaciones operativas y predominan las fundaciones *grant-making*. Tienen una larga historia y una gran independencia aunque, últimamente —sin duda como consecuencia de la crisis que se vive en todas partes— han llegado a firmar acuerdos globales del sector con el Estado para repartirse determinadas actividades.

El *modelo periférico* es el modelo de Irlanda y de Grecia. Hay pocas fundaciones, proveen servicios compensando las limitaciones del sector público y tienen vínculos históricos complejos con la religión dominante. En Irlanda, católica, en Grecia, la ortodoxa.

En el *modelo mediterráneo*, incluye el Sr. Anheier a España, Italia, Portugal y Turquía. Importancia del sector, media. Yo diría que media pero creciente. Y tiene razón Anheier cuando dice que ese crecimiento se ha acelerado en España con la venida de la democracia. En efecto, la Constitución del 78 reconoce el derecho a fundar y, a partir de ahí, el crecimiento del número de fundaciones es exponencial en nuestro país.

Y, por último, llegamos al *modelo post-estatal*, al modelo de la Europa Central y del Este. Tiene importancia media y se desarrollan en paralelo con la provisión pública del estado de bienestar. Hay pocas *grant-making* nacionales. Era muy importante el peso de las fundaciones extranjeras y las relaciones son complejas con las empresas y el Estado.

II. Legalidad y revolución en las fundaciones francesas

Y vamos a empezar con el caso de Francia. Los franceses son maestros en decir las cosas con pocas palabras. Y a este respecto tengo que citar el libro de la colección *Que sais-je? «Fondations»*. Este libro es de 1992 y lo escribieron dos administrativistas, Charles Debbasch y Pierre Langeron. Es difícil hablar más y mejor, en pocas páginas, de las fundaciones francesas con sus características y peculiaridades. Empiezan los autores poéticamente: «el ser humano trata siempre de desafiar al tiempo, de prolongarse más allá de la muerte». Dicen

«cuando pone sólidos cimientos en su casa, lo hace con la esperanza de transmitirlos a sus herederos, pero cuando crea una fundación afecta sus bienes a una obra de interés general gestionada con vistas al futuro». Esa es la idea fundamental de fundación.

Pues bien, las fundaciones francesas han sufrido una doble influencia negativa, intelectual y jurídica. Por un lado, la de los enemigos de las fundaciones. A finales del siglo XIX Jacques Turgot, un economista francés, escribió para la Gran Enciclopedia de Diderot un artículo sobre fundaciones y las critica duramente. Dice que fundar equivale a asignar fondos para el cumplimiento del deseo que el fundador se proponga, pero añade: «aunque tal deseo se incline al culto divino, la utilidad pública o la satisfacción de la vanidad del fundador, motivo que suele ser el único verdadero, aunque se encubra en los anteriores». Por otro lado, discrepa de su utilidad. Imaginemos que tienen las mejores intenciones, ¿quién garantiza que la institución produzca el efecto deseado? Si le damos mucho dinero a una colectividad marginal que no tiene trabajo y no tiene recursos, lo más probable es que se conforme con no seguir trabajando y que se entregue a la ociosidad.

Dice, también, Turgot que hay la posibilidad de que el espíritu fundacional pueda perderse. El fundador lo hace muy bien, deja todo muy claro, pero sus continuadores, los patronos en los que confió o sus mismos herederos, no comparten la misión fundacional y acaban por destruirla.

Por otra parte, y esta es una buena objeción, los cambios y las nuevas necesidades sociales pueden provocar que los objetivos se conviertan en obsoletos. Hay mil casos de fundaciones a las que el paso del tiempo ha privado de sentido. Todo esto lleva a Turgot a una conclusión contundente: el Estado es el que, con carácter general, debe establecer prestaciones a las que todos puedan acceder en condiciones de igualdad y no puede haber personas o grupos sociales que reciban ventajas de instituciones particulares que no estén al alcance de todos. Estas resistencias persisten en Francia. Esta herencia está en el tratamiento que tradicionalmente han dado el gobierno y las leyes de Francia a las fundaciones y, por eso, Debasch y Langeron pueden afirmar: la fundación se recibe con reservas en el Derecho francés, que desconfía de esta transmisión de bienes al margen del Derecho sucesorio que es el Derecho de todos. Y de ahí, dicen ellos, que habiendo en Francia muchas asociaciones (hablaremos de ello más adelante) el número de las fundaciones sea relativamente pequeño.

¿Por qué es, en cambio, tan fuerte en Francia el movimiento asociativo? Por las ideas de la Enciclopedia y la Revolución y el amor de los franceses a la libertad. La Declaración Universal de los Derechos Humanos la adoptaron las

Naciones Unidas en 1948, pero ya en 1901 los franceses contaban con una Ley de Libertad de Asociación. Consecuencia práctica a la que se llega al final: que habiendo en el país francés del orden de un millón de asociaciones —crecen en un número de 70.000 cada año, siendo muy importantes las asociaciones empresariales, declaradas de Utilidad Pública—, sin embargo el número de fundaciones sea muy pequeño, exactamente 2.080 a 31 de diciembre de 2009.

Volvamos con los franceses. El suyo es un sistema legalista, un sistema basado en las normas, las fundaciones se crean cumpliendo estrictamente unas determinadas prevenciones legislativas y la ley lo gobierna y lo fija todo. «Una fundación es un acto en virtud del cual una o varias personas, físicas o jurídicas, deciden afectar irrevocablemente bienes, derechos o recursos a la realización de una obra de interés general sin finalidad lucrativa». La definición de fundación que tenemos en la ley española es, francamente, muy parecida.

Veamos ahora los distintos tipos de fundaciones en Francia. Las más características, las más importantes son las *reconocidas de Utilidad Pública*. Había a diciembre de 2009, 572 fundaciones reconocidas de Utilidad Pública. Las crea un individuo, una familia, una asociación, un grupo de personas, una empresa... Pero fíjense, para que la fundación se pueda crear, hace falta un decreto del Ministerio del Interior con informe favorable del Consejo de Estado. La utilidad pública exige afectación irrevocable, duración ilimitada; proporciona, en cambio, todas las ventajas. Pueden recibir subvenciones, donativos, ayudas, recurrir a la filantropía, disponer de sus bienes. Pueden hacer todo. Tienen una enorme libertad, siempre que dispongan de medios adecuados a los proyectos que pretenden llevar a cabo.

Fundaciones tuteladas. Estas fundaciones están creadas en el seno de la Fundación de Francia (de la que hablaremos después) o de otras fundaciones llamadas «tutelares». La grande, «la tutelar»; la pequeña, «la tutelada». La tutelada no tiene personalidad jurídica y la tutelar gestiona sus presupuestos. De manera que son fundaciones subordinadas, fundaciones de segundo nivel. Activas sobre todo, en el caso de Francia, en temas relacionados con el patrimonio cultural y el medio ambiente.

Un rasgo muy interesante del sistema francés son las *fundaciones de empresa*. En España también tenemos fundaciones de empresa pero no hay una norma para ellas; las fundaciones de empresa son exactamente iguales que otras cualquiera. En Francia no. En Francia se crean por la Ley de 4 de julio de 1990. Finalidad no lucrativa, carácter filantrópico, social, humanitario, deportivo (funciones típicas de las fundaciones). Lo singular es que tienen que comprometerse en un programa de acción plurianual como mínimo de cinco años, prorrogable por otros tres. Ese programa de acción plurianual ha de tener un

importe mínimo de 150.000 € y la empresa fundadora se tiene que comprometer a entregar los 150.000 €, repartidos de la manera que sea, a lo largo del tiempo que el programa dure. No pueden recurrir a la generosidad pública, no pueden recibir ayuda pública del Estado ni donativos o legados. Había en Francia, según el último cálculo que he visto, 250 fundaciones de empresa. En España hay muchas menos y, como digo, no tienen un perfil distinto ni estas exigencias de las que he hablado en el caso de la fundación francesa.

De iniciativa pública son también las *fundaciones universitarias*, creadas por donantes individuales o empresas y a las que se conceden grandes ayudas. Fíjense: a las empresas el 66% de las donaciones que hagan, con un máximo de un 5 por mil de su cifra de negocio y un 66% también para los particulares, con un máximo del 20% de la renta gravable.

Las fundaciones universitarias no tienen personalidad jurídica, no tienen dotación mínima y se dedican a trabajos relacionados con las universidades, las becas, las cátedras, los Erasmus, la movilidad de los alumnos.

Y en cuanto a las *fundaciones en partenariat*, tienen que ver también con las universidades, ligan una universidad con otras instituciones y no tienen personalidad jurídica.

Al mundo no lucrativo francés ha llegado una revolución con el último de los tipos de fundaciones de los que voy a hablar: los llamados «fondos de dotación».

Recuerden, en Francia no se cree en las fundaciones y, de repente, en agosto de 2008, por una Ley se crean unas instituciones muy parecidas a las fundaciones que se llaman «fondos de dotación». Desde el 2008 hasta ahora han crecido de una forma espectacular y son una vía nueva, un camino nuevo y suponen una revolución en el modo en que los franceses han entendido este tema de las fundaciones. La definición del fondo de dotación es muy parecida al de la fundación: «persona jurídica, de derecho privado, de finalidad no lucrativa, que recibe y gestiona, capitalizándolos, bienes o derechos de cualquier naturaleza, que se aportan a título gratuito e irrevocable y que utiliza los rendimientos de la capitalización con vistas a realizar una obra o una misión de interés general o los redistribuye para ayudar a una persona jurídica con fin lucrativo». Es decir, está claro que los fondos de dotación franceses son a la vez fundaciones *grant-making* y fundaciones operativas.

Se rigen por la Ley de Modernización de la Economía de 4 de agosto de 2008. Se crean por una o más personas físicas o jurídicas con un procedimiento extraordinariamente sencillo: una declaración ante la Prefectura. No es necesaria dotación alguna, ni se fija una cantidad mínima a esas dotaciones. Se

rigen por un Consejo de administración de carácter mixto, anualmente tienen que presentar un balance y unas cuentas de resultados, dependen de la autoridad del Ministerio de Economía y tienen un Comisario de Cuentas que vigila directamente el funcionamiento del fondo. Tienen máxima libertad de creación, finalidad de interés general, no necesitan ninguna autorización administrativa previa, es decir, antes había que pedir permiso, ahora rendir cuentas de lo que se ha hecho, pero no hay ningún inconveniente para lanzarlas al mercado con las demás fundaciones.

Interesado por los fondos de dotación escribí hace algún tiempo a Béatrice de Durfort, que era mi colega del Centro Francés de Fundaciones, y me dijo que, efectivamente, era un fenómeno muy interesante, que está en rodaje, pero que desde marzo de 2009 —aunque la ley es de 2008, entró en vigor en 2009— hasta el primero de octubre de 2010 se habían creado 410 fondos de dotación y, habiendo 2.000 fundaciones en Francia, supone una cifra verdaderamente espectacular.

Gran libertad de emprender, ventajas fiscales muy atractivas, no pueden ser financiados con fondos públicos y, sobre todo, es un sistema de funcionamiento que recuerda al americano. Los americanos tienen también una gran libertad para crear una fundación y, *a posteriori*, lo único que tienen que hacer es estar al día con el Impuesto sobre la Renta. Por este camino de sencillez absoluta van los fondos de dotación. Me parece que son una revolución en el funcionamiento de las fundaciones. En octubre de 2010 —estamos ya en octubre de 2011—, la impresión en el sector fundacional francés era que aquí había algo que se movía de manera importante.

Por último, para terminar con el caso francés, les diré un par de cosas de la Fundación de Francia. En el año 1969, el Presidente Charles de Gaulle y el Ministro de Cultura André Malraux crean la Fundación de Francia que ayuda a desarrollar proyectos filantrópicos, educativos, sociales, etc., en todos los temas del interés general. Está reconocida de Utilidad Pública. Vive, exclusivamente, de las donaciones de mecenas privados generosos. En el año 2007 (es el último del que he visto datos) ascendieron a medio millón de euros. Y lo curioso de la Fundación de Francia es que es una fundación paraguas que administra, gestiona, tutela y se ocupa de los trabajos y de las funciones, al año 2007, de 610 fundaciones individuales, pero creo que ese número es, en este momento, superior.

III. Las fundaciones del Reino Unido

El Reino Unido. Para entender y movernos con comodidad en el tema de las fundaciones del Reino Unido, recordemos dos palabras que se repiten mil veces siempre que hablamos de estas cuestiones en el país: la primera palabra es *charity* (*charity* quiere decir caridad, comprensión, compasión, pero también obra de caridad, sociedad benéfica). Una *charity* es la caridad como virtud, pero también una sociedad benéfica. Y, en cuanto a lo «charitable» es lo caritativo, lo comprensivo, lo compasivo, pero también lo benéfico. De manera que, para entender lo que ocurre en el Reino Unido tenemos que empezar hablando de las *charities*.

Las *charities* son en el Reino Unido una modalidad de las llamadas «organizaciones voluntarias». Hay muchísimas organizaciones voluntarias, 200.000 quizás, y un número reducido de *charities grant-making* como de las que antes le hablaba; según los últimos datos disponibles, 8.800.

Se crean con finalidades caritativas, sus beneficios solo se destinan a las finalidades de la organización, no forman parte del Gobierno. Y una cosa interesante para quien se dedique a estudiar las fundaciones inglesas: la palabra «fundación» en inglés no significa nada y aportarla a una institución benéfica de este tipo no añade nada para la determinación de su carácter. Lo importante es que sea una *charity*.

Pues bien, ¿cuáles son los objetivos que en el Reino Unido se consideran filantrópicos y, por tanto, dignos de los trabajos de una *charity*? La respuesta está en el Estatuto de Isabel I, del año 1601, una ley de 1853, otra de 1992 y la vigente *Charities Act* del año 2006.

Y lo que nos dice que pueden hacer las *charities* de carácter filantrópico se parece muchísimo a lo que dice la ley española sobre las actividades de las fundaciones, pues se ocupan de la lucha contra la pobreza, el perfeccionamiento de la educación, la religión y la ciudadanía, el fomento de las bellas artes, la cultura, la protección del medio ambiente y los animales, la juventud, la orfandad y alguna cosa curiosa —muy británica—, la promoción de la eficacia de las Fuerzas Armadas, de la imagen de la Corona, de la Policía, los Bomberos, los servicios de emergencia y las ambulancias. Las *charities* inglesas son muy singulares y todo esto tiene sentido porque responde a una historia y a una tradición de la que nos tropezaremos con otras muestras cuando hablemos de los distintos tipos de *charities*.

¿Qué tipos de *charities* hay? La primera: las que se llaman «*Unincorporated Associations*». De ellas solamente les diré que son, con alguna diferencia, prácticamente lo mismo que las asociaciones en España. Porque, verdaderamente, la

clave del sistema reside en los llamados *trusts*, de nuevo otra palabra con significados diversos. *Trust* significa en inglés «confianza», pero significa también «fideicomiso», que es una relación entre tres partes: alguien que tiene unos recursos y está dispuesto a donarlos; los *trustees* o fideicomisarios o patronos de una fundación, que entran en posesión de sus activos (es una diferencia importante con las fundaciones españolas: aquí los patronos no son propietarios de los bienes de una fundación, pero en Inglaterra sí) y por último están los beneficiarios, elegibles para disfrutar de las rentas del *trust*. Cuando el *trust* tiene finalidad benéfica o filantrópica se llama *charitable trust*, y es lo más parecido a una fundación que nos podemos encontrar.

¿Cómo se gobiernan los *trusts*? Con un documento genérico que es el llamado «estatuto» que se hace en un escritura, que en inglés se llama *deed* y que tiene que estar firmado por todos los *trustees*. Pero el *trust* tiene un inconveniente, y es que, como sucede a las asociaciones, no tiene personalidad jurídica independiente y los *trustees* (los fideicomisarios o patronos) son propietarios de los activos y, por tanto, tienen que responder de las reclamaciones que se hagan al *trust* e incurrir en responsabilidad en determinadas ocasiones. Estos inconvenientes se solucionan por diversos procedimientos. El primer procedimiento es utilizar la fórmula de la *sociedad de responsabilidad limitada* que, como su mismo nombre indica, reduce la responsabilidad de los patronos. La segunda fórmula es un poco más complicada: *las charities constituidas por carta real*. Y aquí interviene uno de esos organismos verdaderamente singulares y que solo existen en el Reino Unido el llamado *Privy Council* —el Consejo Privado—. Un órgano de asesores de Su Majestad, compuesto por parlamentarios, exministros, políticos, lores... que asiste al Monarca para muchas cosas, entre otras para emitir Cartas Reales que conceden un estatus especial a determinadas organizaciones, en este caso a un *trust* filantrópico.

De manera que si una fundación cuenta con el apoyo de una Carta Real tiene personalidad jurídica y los patronos no responden; es decir, la coloca en una situación mucho más cómoda y mucho más eficaz que a las restantes fundaciones. Es curioso el *Privy Council* porque, además de emitir cartas a organizaciones filantrópicas, se ocupa de asuntos tan variados como los estatutos de las Universidades, los cementerios, la impresión de la moneda y las fechas de los *Bank Holidays*.

A instancia de las *charities*, a las que no satisfacía la fórmula de la responsabilidad limitada, que las sometía al control de *The Company House*, la *Charity Commission* introdujo en la Ley de 2006 una nueva modalidad, las «*Charitable Incorporated Organisations*». Fundaciones en las que se eliminan los problemas de los que he hablado cuando me he referido a los *trust*. Una *Charitable Incorporated*

porated Organisation tiene personalidad jurídica, los patronos no responden, puede recibir más ayudas, funcionan con mayor eficacia. A cambio están sujetas a un mayor control de la *Charity Commission*.

Es un sistema nuevo que, en realidad, se está rodando sobre el que no voy a abundar más, porque ha entrado en vigor a principios de este año 2011. Pero, insisto, lo importante es ver que lo que se pretende con todo esto es eliminar los defectos que el sistema de los *trusts* impone al funcionamiento de las fundaciones inglesas.

Y termino con el Reino Unido hablando de una institución muy singular: La *Charity Commission de Inglaterra y Gales*. Es un departamento no ministerial del gobierno que regula las fundaciones registradas en Inglaterra y Gales. La Comisión responde directamente ante el Parlamento del Reino Unido y los ministros del gobierno. Por ello, a menudo, se la conoce con el nombre de *quango*: organización «casi no gubernamental». La gobierna un protectorado, tiene varias sedes en el Reino Unido y varias funciones de importancia. La primera el Registro. Las *charities* que tengan rentas superiores a 5.000 libras anuales y les sea aplicable la legislación de Inglaterra y Gales deben registrarse en la Comisión. Si tienen ingresos inferiores a 5.000 libras, en un departamento que se llama «Rentas y Aduanas de Su Majestad»; con el hecho de inscribirse en este Departamento se acredita que tienen finalidad benéfica y no tienen finalidad de lucro. Pero, en segundo lugar y es lo que me parece más importante: recuerden que los protectorados en España ejercen fundamentalmente un *control de legalidad* (se han enviado las cuentas, no se ha enviado, los patronos han sido bien nombrados, no lo han sido, se ha cumplido con esta o con otra obligación...). Pues bien, la *Charity Commission* ejercita también un *control de oportunidad*: trata de medir la eficacia de las *charities*, el nivel de confianza que generan en la opinión pública; de evaluar los riesgos que su actuar puede causar y si funcionan en interés de los beneficiarios, de manera que los servicios, y todas las actividades que se realicen, busquen conseguir el mayor impacto y el mayor provecho para la sociedad. Para ello imponen a las fundaciones unas prácticas regulatorias para que sus acciones sean proporcionadas, regulares, coherentes, transparentes y estén orientadas a sus objetivos.

La *Charity Commission* es también —y aquí sí que coincide con nuestros protectorados— un *organismo al que hay que presentar las cuentas*, pero no todas las *charities*, solamente cuando tengan más de 10.000 libras de ingresos anuales tienen que rendir cuentas a la Comisión. Si tienen menos basta con que informen a la Comisión de cualquier cambio en la *charity*, en sus patronos... Y luego tienen también un sistema complejo de autorizaciones. La *charity* puede imponer sanciones, puede destituir a los patronos, puede dictar nor-

mas en ausencia o en contra de los estatutos de la fundación, lleva una lista actualizada de individuos descalificados para ser patronos de las fundaciones, de manera que es una organización auténticamente clave para que el sector funcione con la mayor eficacia, la mayor diligencia y el mayor respeto a la legalidad. Además de la *Charity Commission* de Inglaterra y Gales hay otra en Escocia.

IV. El caso italiano

El gran elemento diferenciador del sector fundacional italiano está constituido por *las fundaciones de origen bancario* que tienen su nacimiento a partir de las Cajas de Ahorro.

Creo que este también es un tema muy interesante, digno y merecedor de estudio, en el momento en el que el futuro de las obras sociales de las fundaciones de las Cajas de Ahorro está claramente cuestionado en nuestro país. Bueno, pues en Italia se enfrentaron hace unos años a un problema que no era exactamente el mismo. El problema que había en Italia era que los bancos administrados por el Estado eran más de la mitad del sector bancario italiano. Entonces optan por una gigantesca privatización y crean las fundaciones bancarias: *holdings* públicos que gestionan el paquete de control de la banca participada, no puede ejercitar directamente actividad bancaria y sus dividendos deben ser renta instrumental de una actividad institucional que tenga fines de interés público y utilidad social.

En la primera fase —años 90 a 97— hay una ambigüedad de fondo, no se entiende muy bien el hecho de que, por un lado, tengan actividad bancaria y, por otro, finalidad institucional. Controlan una entidad con fin de lucro y no tienen por sí mismos finalidad lucrativa. La Ley 41 del 98 ratifica la idea según la cual las fundaciones deben operar en el mundo *non-profit* (las fundaciones bancarias) pero conservando una cierta vocación económica.

¿En qué sectores actúan las fundaciones bancarias? En todos los tradicionales: cultura, ciencia, investigación, solidaridad. Hay una cosa curiosa en Italia y es que de entre todos los sectores, cada fundación debe de escoger entre tres o cinco actividades relevantes. Y solamente puede dedicarse a esas. En los Estados Unidos, por ejemplo, esto es evidente. Las fundaciones dicen de lo que se ocupan y no se ocupan. Por lo tanto, ya puede ir usted a la Fundación Ford a pedir ayuda para una causa muy noble, que si no está en la lista de lo que la Fundación Ford declara realizar, no hay nada que hacer. Con los italianos ocurre igual, de entre las cosas que pueden hacer eligen tres o cinco y las demás no son su problema.

Las fundaciones bancarias pueden ser —aquí sí que lo han recogido— *grant-making* y operativas, pueden tener las dos características, pero son fundamentalmente entidades privadas sin fin de lucro, con plena autonomía estatutaria y de gestión, aunque los estatutos han de recibir la aprobación de la autoridad de vigilancia que, en este caso, es el Ministerio de Economía.

En Italia hay 88 fundaciones bancarias (había cuando yo preparé mi Conferencia, quizá ahora haya alguna más) y todas llevan el apellido de la Caja de Ahorro a la que están ligadas. Por ejemplo, las dos más conocidas: Cariplo, la Cassa di Risparmio della Lombardia, y San Paolo, que es la Cassa di Risparmio de Turín, pero hay también en Verona, Venecia, Trieste, en Roma y en otras muchas ciudades. Estas 88 fundaciones de origen bancario tienen activos por importe de 65.000 millones de euros y un presupuesto anual de 1.500 millones. Por áreas de actividad, el 30% de las fundaciones bancarias italianas se ocupan de bellas artes y cultura, el 25% de bienestar y actividades sociales y el 21% de educación e investigación.

¿Cómo tratan los italianos la fiscalidad de las fundaciones de origen bancario? Pues con dificultades. Son entes del tercer sector, son entes no lucrativos, pero tienen connotaciones empresariales y esto plantea problemas desde el punto de vista fiscal. Son *non-profit*, pero generan excedentes.

¿Qué es lo que hacen los italianos? Casi el 90% de los recursos económicos, de los fondos, deben destinarse a iniciativas de carácter local, en el ámbito de la región a la que pertenecen. Pueden también realizar inversiones estratégicas a medio plazo y crear fundaciones comunitarias, de las que hablaremos después. Han tenido en Italia un gran éxito: tras cinco años de existencia la tasa anual de crecimiento era del 5,65%.

En Italia hay también grandes fundaciones privadas como la Fundación Adriano Olivetti, ligada a la famosa marca industrial o la Fundación Agnelli, son fundaciones de las que se llaman «ómnibus», es decir, no tienen una única finalidad, sino que hacen muchas cosas.

Por ejemplo, la Olivetti incluye entre sus fines: institución y sociedad, economía y sociedad, comunidad y sociedad, cultura y bellas artes. Aunque de modo creciente se haya ido especializando en temas relacionados con el desarrollo de la cultura empresarial, de la gestión y del desarrollo de la sociedad del conocimiento.

El segundo área en el que las fundaciones italianas están muy presentes es el del medio ambiente. Hay una Fundación italiana para el medio ambiente que nació a partir del accidente de la planta química de Séveso. Con el dinero que la empresa dio a la comunidad de Calabria y con el que pusieron al-

gunas Universidades, se creó una fundación para proporcionar una respuesta sistemática a la necesidad de contar con una política medioambiental solvente. Otras fundaciones: la Teovalio Feroglio, la Cariplo, la Fundación Mattei, la Accenture, se ocupan también de temas relacionados con el medio ambiente.

Últimamente los italianos se han incorporado a una tendencia muy poderosa en Alemania y en los Estados Unidos creando las llamadas *fundaciones comunitarias*. Una gran fundación bancaria, por ejemplo Cariplo, para ser más activa en determinadas comunidades y, sobre todo, para estar segura de distribuir en la comunidad sus recursos con la mayor eficiencia, gracias a la experiencia de la gente de la comunidad, recurre a las fundaciones comunitarias.

Desde su creación hace unos años han generado proyectos por más de 80 millones de euros. Son siempre partenariados entre Cariplo, la Comunidad autónoma correspondiente y los agentes sociales. Tienen un grupo de dirección, necesitan una dotación inicial de 15 millones de euros, Cariplo y las entidades que participan se reparten esta aportación dineraria, sus plantillas están nutridas en gran parte por voluntarios, mientras que Cariplo, que es una poderosa fundación, aporta la estrategia informática, Internet, organiza las reuniones y las conferencias, gestiona las actividades formativas y, en definitiva, apoya a fondo un procedimiento de llegar a la realidad de las comunidades, a la realidad social, con la mayor eficacia.

Recuerden las cifras de las fundaciones bancarias: 65.000 millones de euros de activo, 1.500 millones de euros de gasto anual; pues bien, el resto de las fundaciones italianas, un total de 4.400, 38.000 millones de activos y 1.000 millones de euros de presupuesto anual. Por tanto, el peso de las fundaciones bancarias es impresionante y, evidentemente, hay que tenerlas muy en cuenta a la hora de decir cualquier cosa sobre las fundaciones de Italia.

V. El modelo socialdemocrático y el complejo mundo de las fundaciones nórdicas

Las fundaciones nórdicas giran en torno a esa gran institución que existe en esos países que es el sistema del Estado de Bienestar. Hay una amplia gama de actividades y servicios de carácter social que presta el Estado y, por tanto, las fundaciones han terminado por jugar en la sociedad un papel limitado ante el gran peso de las instituciones de bienestar, aunque en algunos ámbitos (las bellas artes, la cultura, la investigación) tengan un papel significativo y creciente.

Ese significativo desarrollo se debe a que las fundaciones nórdicas han sabido venderse a sí mismas como instituciones independientes que alientan la creatividad y la innovación, o que defienden causas controvertidas. En algunos casos son propietarias de empresas privadas y persiguen finalidades de interés general.

Por ello han tenido un gran crecimiento, porque los nórdicos han descubierto que son instrumentos flexibles y eficaces que sirven a las causas filantrópicas que antes atendían los ricos con su mecenazgo y el Estado con los fondos públicos. Están muy condicionadas por sus relaciones con el sector privado. Cuando la fundación es de una empresa se puede pensar si persigue el interés de la empresa o ese fin de interés general al que dice servir. De manera que han estado en silencio aunque crecientemente, las exigencias de información son cada vez mayores, cada vez hay más páginas web, más memorias e, incluso, algunas fundaciones han optado por incorporar códigos de buenas prácticas. Pero, insisto, el vínculo con las empresas y el omnipresente estado de bienestar hacen un tanto sospechosas a las fundaciones que prefieren actuar con reserva y discreción.

Veamos ahora la situación en cada país. En Dinamarca hay alrededor de 14.000 fundaciones (es una cifra muy elevada, son más de las que hay en España) con activos de 27.000 millones de euros. Las grandes fundaciones se dedican, sobre todo, a las bellas artes, las ciencias, la investigación y el medio ambiente. Casi nunca a actividades de carácter social o asistencial, que son competencia del Estado.

Los partenariados son muy importantes en Dinamarca, de tal manera que la mayor parte de los teatros de ópera, las salas de concierto y los grandes museos, tienen una financiación mixta de una fundación y del Estado, cosa que, por otra parte, no debe extrañarnos a los españoles, si pensamos que así se financian el Teatro Real, el Liceo de Barcelona, el Teatro de la Maestranza de Sevilla y la ópera en Bilbao, en Oviedo o en Valencia.

En Dinamarca hay 1.200 fundaciones de empresa. Esto es muy importante, sobre todo porque se les atribuye una función que también viene de los Estados Unidos de América: crear una fundación es el mecanismo para que una empresa no se rompa cuando muere el fundador. Si el fundador tiene varios hijos que no se llevan bien, lo que hace es crear una fundación. La fundación es la dueña de las acciones de la empresa y garantiza que esta perviva y así los hijos no pueden destruir un patrimonio, una riqueza. Y hay grandes empresas, como Edmund, que es un grupo mediático de los más importantes de Dinamarca, cuya fundación se dedica a actividades filantrópicas, o Nordiska, que es una gran empresa farmacéutica cuya fundación financia actividades investigadoras.

No hay registro de fundaciones en Dinamarca; los datos son muy difíciles de conseguir. Las donaciones que se hacen a las fundaciones, empresas y particulares son deducibles fiscalmente y la actividad de las fundaciones está sujeta, si tiene actividad económica, al Impuesto de Sociedades y las actividades filantrópicas están exentas. Es prácticamente el mismo modelo que tenemos en España. Tienen escasa presencia internacional.

En Finlandia, el reparto fundaciones/estado de bienestar está clarísimo. El Estado se ocupa de las necesidades básicas de la colectividad, las fundaciones promueven la excelencia, la innovación y la cultura. ¿Un ejemplo? Las universidades. En las universidades el Estado se ocupa de los edificios, las infraestructuras, los centros de enseñanza, mientras que las fundaciones se ocupan de la investigación, las tesis doctorales, los estudios en el extranjero.

La crisis añade nuevas tareas. Es muy frecuente que las instituciones estatales y autonómicas externalicen algunas de sus funciones y se las encarguen a una fundación, como, por ejemplo, el cuidado de ancianos o la gestión de enfermos o de hospitales. El entorno fiscal es muy favorable; las fundaciones están muy satisfechas con el tratamiento que reciben aunque les preocupe una tendencia cada vez más creciente de trasladar los beneficios que recibían las fundaciones a entidades que no tienen este carácter, como, por ejemplo, las universidades.

Y otra cosa curiosa. Yo recuerdo que en España ha habido poco menos que una guerra cuando las autoridades del gobierno pretendieron laboralizar a los becarios de las fundaciones. Este, en cambio, se presenta como el gran logro de las fundaciones finlandesas.

¿Qué más puedo decir de las fundaciones finlandesas? Que están muy bien administradas, que es un sector muy solvente, muy sólido, muy seguro, que cuida muy bien de sus dineros y tiene una extraordinaria Asociación de Fundaciones: la Asociación Finlandesa de Fundaciones, que preside un gran senior del sector que se llama Paavo Honti, un gran amigo de nuestro país y de nuestra cultura.

Las fundaciones han sido en Noruega marginales, son menos que en Suecia o Dinamarca (3.000) y, además, el 97% de estas 3.000 fundaciones noruegas son tan pequeñas que no cuentan con una estructura propia y las administran bufetes de abogados.

El Estado financia las necesidades básicas de la ciudadanía, pero como son tantas las tareas a realizar, las fundaciones noruegas, poco a poco, se han ido abriendo un hueco en diversos campos: las bellas artes, la cultura, la investigación, el patrimonio, el empleo, el interés por la literatura y la lectura, una causa verdaderamente importante.

Son, además, instituciones crecientemente aceptadas que apoyan proyectos que el Estado no hace, porque el Estado no llega a todo. Y si es verdad que hasta el año 2000 el sector era muy pequeñito y estaba muy fragmentado, hoy varias grandes fundaciones han introducido un cambio importante en el paisaje. La Ley de 2001 creó una autoridad de supervisión y un registro central. Además, el sistema fiscal apoya poco, muy modestamente, con una deducción que solo se aplica a donaciones superiores a 1.500 euros al año; si son inferiores a esta cifra no hay deducción fiscal alguna. En el año 2005 se creó, con 70 socios, la Asociación Noruega de Fundaciones.

En Suecia, cada 10 de diciembre, el mundo entero es testigo de la entrega de los Premios Nobel y convierte a la Fundación Nobel de Estocolmo en la Fundación más conocida, prestigiosa y admirada del mundo. La Fundación Nobel de Estocolmo orienta el modelo de las grandes fundaciones y su prestigio se extiende al resto del sector en el que hay unas 15.000 fundaciones con activos de 24.000 millones de euros que actúan especialmente en ciencia, investigación y cultura. Esta cifra de 15.000 hay que tomarla con cautela, porque muchas veces llaman fundación a estructuras temporales y provisionales que, aunque pueden utilizar su marco jurídico, no son auténticas fundaciones.

El Estado y las Regiones han desempeñado un importante papel en la creación de fundaciones y hay muchas fundaciones de iniciativa pública porque parte de la sociedad tiene poca confianza en las fundaciones de origen privado que no se consideran como un sector independiente definido, no hay una asociación sueca de fundaciones; se ven como actores que complementan las labores del estado de bienestar, pero de un modo muy modesto. Y, sin embargo, recientemente se percibe una tendencia a un mayor prestigio social, porque son libres, porque ayudan a mejorar la condición de los jóvenes, por ejemplo, en materia de carrera, y porque intervienen en sectores como la protección, la defensa y la reivindicación de las llamadas ideologías alternativas de las minorías, de los sectores marginados.

Son también importantes en Suecia las llamadas «*fundaciones poder*». Una «fundación poder» es una fundación que controla la mayor parte del capital de una empresa. El marco legal es liberal; no hay necesidad de aprobación del gobierno, pero tampoco hay incentivos fiscales.

En cuanto a las fundaciones islandesas, son muy pocas, había 300 a principios de 2008, con un gasto anual de 87 millones en un país de 320.000 habitantes. La principal preocupación de Islandia en cuanto a las fundaciones es que sea un sector transparente.

VI. El modelo corporativo. Alemania

A la hora de preparar esta parte de mi intervención repasé la literatura sobre fundaciones europeas —excesivamente centrada en los aspectos legales que no son lo fundamental de mi exposición— y distintas publicaciones del Centro Europeo de Fundaciones —sin encontrar datos actualizados—, no pudiendo, por mi desconocimiento del idioma, consultar bibliografía alemana reciente.

Ante este problema recurrí a mi amigo Hans Fleisch, director general de la Asociación Alemana de Fundaciones, que me recomendó la consulta de la versión en inglés de su página web. Pocas veces he recibido un consejo más útil, pues esa página es un modelo digno de imitación y tras recomendarles que entren en stiftungen.org/en/knowledge/foundation-encyclopaedia.html, paso a exponer lo esencial de la información que tan eficaz y sintéticamente nos exponen los colegas alemanes.

1. *El concepto de fundación*

No hay en el Código Civil Alemán una definición legal de fundación, siendo esta palabra un término genérico que abarca una compleja gama de entidades que pueden regirse por el Derecho Privado, el Derecho Público o el Derecho Eclesiástico. Podemos, sin embargo, afirmar que la llamada «*fundación con personalidad jurídica de derecho privado*» es el instrumento clásico o fundación prototipo en la que un fundador asigna unos determinados recursos al cumplimiento de objetivos específicos a largo plazo de interés general y de ordinario con finalidad no lucrativa.

Con los detalles que iremos examinando la institución fundacional se ha convertido en un elemento indispensable de la sociedad para abordar sus desafíos actuales y futuros y ello no solo porque lo hayan exigido las restricciones financieras del sector público, sino también en base al crecientemente importante papel de las fundaciones como agentes del cambio, pilares financieros, organizaciones impulsoras del desarrollo de proyectos de solidaridad y de iniciativas innovadoras. Con todo ello, las fundaciones en Alemania son una parte esencial de su liberal y democrática sociedad civil. A través de la rica variedad de actividades de las fundaciones y más allá de las ventajas de orden fiscal que se puedan conseguir, unos ciudadanos activos sirven, voluntariamente, de sustento de la democracia, pues las fundaciones son cada vez más responsables de estimular y mantener en pie importantísimas funciones sociales.

2. *Tipos de fundaciones*

Además de las fundaciones «con personalidad jurídica de derecho privado», en Alemania hay muchas clases de fundaciones, en ocasiones radicalmente distintas del citado prototipo, en ocasiones modalidades matizadas en lo menos esencial de aquel. Repasemos esa tipología.

- *Fundaciones Trust*. Se la conoce también como fundación dependiente o fiduciaria. Se crean por medio de un acuerdo entre el fundador y el *trust* en virtud del cual aquel transfiere a este el capital fundacional para que lo administre, separadamente de sus propios activos, de conformidad con los estatutos de la fundación. La fundación *trust* carece de personalidad jurídica.

- *Fundaciones sin ánimo de lucro*. Se definen como tales aquellas fundaciones cuyos objetivos se enfocan al apoyo desinteresado del bien común, material, intelectual o moralmente. Este estatuto lo concede el fisco y supone que están libres de impuestos. Pueden, además, aceptar donaciones.

- *Fundaciones públicas sujetas al derecho privado*. Esta fórmula se utiliza especialmente en Baviera y Baden Württemberg y sirve para describir a fundaciones cuyos objetivos sirven parcialmente al menos al interés general.

- *Fundaciones eclesiásticas*. Su constitución, vigilancia y control corresponden —por voluntad del fundador, aceptada por la iglesia en cuestión— a las autoridades eclesiásticas sirviendo fines religiosos.

- *Fundaciones institucionales*. Cumplen sus objetivos por medio de las organizaciones que gestionan —hospitales, museos, residencias asistenciales o centros de investigación—, utilizando al respecto los rendimientos del capital fundacional y subvenciones públicas, y las tarifas que pagan los usuarios de esos servicios.

- *Fundaciones corporativas*. Detentan participaciones accionariales en el capital de una sociedad, que, en ocasiones, gobiernan. Se utilizan a menudo para regular la sucesión del empresario.

- *Fundaciones comunitarias*. Fundaciones sin ánimo de lucro que crea una comunidad para atender sus propias necesidades, con actividades muy variadas y en un área geográfica restringida. La primera, siguiendo el modelo americano de «las contrapartes» se estableció en el país en 1996 y actualmente hay más de 160.

- *Fundaciones públicas*. Creación de los *Länder*, a menudo aprobadas por una ley al servicio de intereses generales.

- *Fundaciones familiares*. Creadas en exclusivo favor de los miembros de una o varias familias y aunque sean fundaciones con personalidad jurídica de dere-

cho civil, no tienen un estatus fiscal privilegiado por no servir al interés general. A menudo se las conoce como fundaciones comerciales.

- *Fundaciones operativas y grant-making y fundaciones paraguas.* Me remito en este punto a lo ya expuesto al principio de mi intervención.

- *Fundaciones limitadas en el tiempo.* Son aquellas cuyos activos básicos deben, de conformidad con la voluntad del fundador, consumirse por entero o parcialmente (en los Estados Unidos a esta práctica se la denomina *spend down*), en los fines fundacionales en un determinado período de tiempo.

3. *Informaciones varias sobre las fundaciones alemanas*

Para rematar el «capítulo alemán» de mi conferencia voy a exponer seguidamente datos, tendencias y estructuras de apoyo del sector fundacional del país.

A) *Número e implantación geográfica*

A 26 de abril de 2011 existían en Alemania 18.162 fundaciones, de las que 824 se habían incorporado al sector en 2010. Con ser esta cifra muy considerable, no representa el mayor crecimiento de los últimos años, ya que en 2007, tras la aprobación de la Ley para la Promoción del Compromiso Público, que incluía significativos beneficios fiscales, se constituyeron 1.134. Más del 70% de las fundaciones alemanas se crearon después de la reunificación.

Demos ahora algunos datos sobre implantación territorial: el desarrollo del sector es menor en los cinco *länder* que pertenecían a la Alemania democrática, tanto por su retraso económico como por los obstáculos del régimen comunista a la participación ciudadana: en esos *länder* está solo el 6,5% del total de fundaciones. El estado con más fundaciones es Renania del Norte-Westfalia con 3.150, es decir, el 19,32% del total y la ciudad donde está domiciliado el mayor número es Hamburgo, 1.199, que cumple así la regla según la cual el movimiento fundacional es más activo en las ciudades donde es más fuerte la sociedad civil y en las que existían poderosos gremios de comerciantes.

B) *El desarrollo de las fundaciones comunitarias*

Estas fundaciones están excluidas de la aprobación oficial de los organismos reguladores y por ello ha podido conservarse en el anonimato al donante de 15 millones de euros a la fundación comunitaria de Hamburgo. En 2010 se crearon 31 nuevas fundaciones de esta naturaleza y 207 han conseguido el «sello de aprobación» (suponemos que es una suerte de certificado de calidad) de

la Asociación Alemana de Fundaciones, que se concede en atención a la independencia religiosa y política.

C) *Actividades, fundadores, Asociación Alemana de Fundaciones*

Por lo que respecta al destino de los recursos generados por las fundaciones diremos que el 31% va a gasto social, sendos 15% a cultura y bellas artes y educación, el 13% a investigación y ciencia, y el 4% a temas medioambientales.

Una gran proporción de las fundaciones nacen en vida de los mecenas, siendo de creciente importancia el número de mujeres fundadoras. Según las investigaciones realizadas, la mayoría de los fundadores proceden de empresas prósperas y tienen como motivación de su decisión filantrópica el deseo de devolver a la sociedad parte de lo que de ella han recibido a lo largo de su carrera profesional.

Diré, para concluir, que la Asociación Alemana de Fundaciones que las agrupa, coordina y representa es una organización cúpula que en 2010 incorporó 230 nuevos socios, lo que la ha ratificado, con un total de 3.600 (el 21% del sector), en su condición de la mayor asociación de fundaciones de Europa. Hay que tener en cuenta, además, que otras 6.000 fundaciones están conectadas a la Asociación vía fundaciones tutelares o *trusts* con lo que la Asociación representa aproximadamente tres cuartas partes de la totalidad de los activos de las fundaciones, que, en un 95%, son *non-profit* y destinan anualmente a actividades 16/17.000 millones de euros.

VII. Hacia un análisis global

Hemos llegado al final del recorrido por el paisaje fundacional europeo y me permito recordar las importantes cifras —2.080 fundaciones en Francia, 8.800 en el Reino Unido, 4.400 en Italia, 14.000 en Dinamarca, 15.000 en Suecia, 3.000 en Noruega, más de 16.000 en Alemania— y también que las fundaciones están presentes en los ámbitos más diversos de la vida social, la cultura, la educación, la investigación, la solidaridad... y que han diseñado fórmulas jurídicas y operativas capaces de hacer frente a los desafíos de cada momento. Ya solo queda una gran pregunta por hacer ¿han cumplido con eficacia los ambiciosos objetivos que les propusieron sus fundadores? ¿Están realmente a la altura de estos días de crisis y oscuras perspectivas?

Helmut Anheier, el autor de la tipología con la que abría mi conferencia, ha escrito recientemente para la excelente revista del sector «Alliance» (se ha publicado también en el número de septiembre de los «Cuadernos de la Aso-

ciación Española de Fundaciones») una dura crítica acerca del balance de las fundaciones europeas. Empieza por señalar que han errado al pretender sustituir al estado, cuando no tienen recursos suficientes para ello; al no aprovechar la oportunidad que les ofrece la crisis para consolidarse como una fuerza creativa capaz de dar respuestas a cuestiones cruciales como el cambio climático o las tensiones demográficas y al no aceptar con valentía el desafío de la transparencia; y, por último, al eludir dar contestación terminante a las interrogantes que se les suscitan sobre el valor de mercado de la dotación, la inversión de sus fondos, el funcionamiento y la toma de decisiones de sus patronatos y el monto real de la parte de sus rentas que va a la actividad fundacional (al margen de lo que establezcan las normas).

Anheier resume sus críticas aludiendo a cinco «cuestiones fastidiosas» —ese es el título de su artículo— que no han merecido la debida atención del sector. Por cierto, que dos de sus más distinguidos representantes, el Director General del Centro Europeo de Fundaciones Gerry Salole y el Director de la Fundación Rey Balduino Luc Tayart De Borms, han discrepado de sus tesis en un trabajo también aparecido en «Cuadernos». Pues bien, estos son los cinco reproches de Anheier.

1.º El importante Estatuto de la Fundación Pública Europea, en predebate en el parlamento de Bruselas, no ha conseguido un firme apoyo por parte del sector. Salole y Tayart opinan que sí.

2.º Las fundaciones ignoran las valoraciones críticas que se hacen de su trabajo y lo afirma con dos ejemplos:

- El debate sobre la conveniencia de introducir en el Reino Unido la fórmula americana de obligar a destinar cada año a la misión el 5% de los activos se desechó por los directivos del sector sin reflexionar sobre las positivas experiencias del otro lado del Atlántico.

- Silencio del sector ante las duras críticas de destacados medios de comunicación hicieron al llamado «Giving Pledge» o Compromiso de dar. Una iniciativa de Warren Buffett y Bill Gates para animar a multimillonarios americanos a que destinaran el 50% de su fortuna a causas filantrópicas. La iniciativa se puso en marcha en el verano de 2010 y en noviembre contaba con 40 donantes por un importe de 125.000 millones de dólares. La donación se puede hacer en vida o en testamento y es un compromiso moral y no una obligación legalmente exigible.

3.º Los fundadores europeos no han mostrado el mismo interés por investigar sobre su sector en la medida en que se ha hecho en los Estados Unidos, Japón y Australia y si han fomentado investigaciones lo han hecho a nivel

muy local, sin abordar el conjunto de Europa. En este punto, quien les habla quiere referirse elogiosamente al apoyo ofrecido por las fundaciones ONCE, Ramón Areces, Rafael del Pino, Telefónica, Botín y Santander, al proyecto INAEF de la Asociación Española de Fundaciones que se traducirá en un profundo conocimiento de la realidad fundacional española.

4.º También han faltado en el sector reacciones de sano corporativismo. Por ejemplo, cuando la Fundación Bertelsmann sufrió duros ataques de la prensa con acusaciones radicalmente injustas sobre supuestos desvíos de las buenas prácticas, la Asociación Alemana de Fundaciones, afirma Anheier, se mantuvo en un incómodo silencio.

Del mismo modo, tampoco las fundaciones bancarias italianas recibieron apoyo del sector cuando el gobierno intentó controlar sus fondos. Y la mayor prueba de su falta de espíritu corporativo la ve Anheier en el hecho de que el Centro Europeo de Fundaciones necesite para sobrevivir la ayuda de dos fundaciones americanas, la Stewart Mott y la Ford (Salole y Tayart de Borms rechazan este argumento, diciendo que ya en 2010 el 86% de los presupuestos del Centro lo aportaban organizaciones del continente).

5.º Las fundaciones europeas se han apuntado con aparente entusiasmo al sistema americano de la medida de resultados y evaluación de impactos, pero sin aportar la reflexión y las herramientas necesarias, limitándose a recoger la opinión de los beneficiarios con magros resultados hasta el momento.

Anheier se preocupa por aclarar que «es un gran admirador de la idea de la filantropía y del papel de las fundaciones en la nueva Europa. Sin ellas el continente y más en concreto la propia Unión serían mucho más pobres en oportunidades y capacidad de innovación». El problema radica en que «quieren ser más importantes, pero no están dispuestas a pagar el precio de ser más abiertas».

¿Qué se puede hacer?, se pregunta el profesor de Heidelberg y nos ofrece su fórmula: una fuerte inversión en la infraestructura interna y la asociativa que las haga más representativas y más visibles; mayor transparencia y estándares mínimos de responsabilidad, y, sobre todo, hacer llegar con claridad a la opinión lo que realmente desean, lo que van a aportar para conseguirlo, lo que esperan recibir a cambio, la forma en la que pueden medir mejor sus resultados.

Anheier ha expuesto con contundencia sus opiniones y ha abierto un debate, arrojando un guante que, como he dicho, se han apresurado a recoger Salole y Tayart de Borms que, discrepando radicalmente en algunos puntos, reconocen la importancia de las alegaciones del maestro alemán y recomiendan meditar sobre los argumentos de unos y otros. Esta es también mi opinión en el momento de dar por concluida mi conferencia.

Fundaciones, instituciones, sociedad: el problema de la legitimación

Marco Cammelli

Profesor Ordinario de Derecho Administrativo
Universidad de Bolonia

SUMARIO: I. LOS FUNDAMENTOS.—II. EL CONTEXTO SE COMPLICA.—III. EQUIPARSE PARA LA NAVEGACIÓN: UNA POSIBLE RUTA: 1. *El dato cultural*. 2. *Governance y régimen institucional*. 3. *Relación con los bancos participados*.—IV. CÓMO: LOS INSTRUMENTOS.

I. Los fundamentos

El enfoque del papel y de la legitimación de las Fundaciones, que constituyen el objeto de esta intervención ¹, puede contar con un sólido punto de partida constituido por tres elementos: la historia y las raíces de las Fundaciones en la *sociedad* local de la baja Edad Media y en la sociedad post-unitaria; las leyes de la década de 1990, en particular, el paso de la ley conocida como ley Amato a las disposiciones del Decreto Legislativo 153/1999 («la ley Ciampi»), y sus posteriores modificaciones, que, precisamente reconocen dicha naturaleza, devolviendo a los sistemas locales lo que por muchos aspectos les pertenecía ²; la parte dispositiva y, sobre todo, las motivaciones de las Sentencias 300 y 301/2003 de la *Corte Costituzionale* (Tribunal Constitucional italiano).

De hecho se trata, según el Decreto 153/1999, de «personas jurídicas privadas sin fines de lucro» cuyos objetivos son «de utilidad social y de promoción del desarrollo económico», con una atención predominante al territorio propio y a los sectores «de mayor relevancia social», utilizando «todas las modalidades que su naturaleza jurídica les permite» (arts. 2-3).

¹ Texto de la ponencia expuesta en el seminario de trabajo de las Fundaciones italianas organizado por la *Associazione di Fondazioni e di Casse di Risparmio* (Acri; Asociación de Fundaciones y Cajas de Ahorros italianas) en Roma el 10 de noviembre de 2010. Considerando la naturaleza del encuentro, el texto hace referencia solamente a intervenciones de administradores o a referentes institucionales de las Fundaciones.

² Lo cual también hace que también sea impropia objetivamente la definición convencional de Fundaciones de «origen bancario»: a este respecto, con citas significativas, A. BENASSIA, *Fondazioni di origine bancaria fra etica e politica. Divagazioni in tema di Stakeholder value*, Bolonia, 23 de septiembre de 2010, ahora en *Astrid Rassegna*, 19/2010.

Sus órganos y especialmente el órgano directivo se caracterizan por el carácter de pluralidad equilibrada de la representación y de la calidad, la adecuación y la «terciedad» de cada uno de sus componentes (art. 4). El patrimonio, por último, está totalmente supeditado a los objetivos estatutarios, ha de administrarse con criterios prudentes de riesgo, de tal forma que queden convenientemente equilibradas la conservación del valor y la rentabilidad (art. 5), y (también) por estas razones se excluye de las participaciones de control de otras sociedades (salvo las sociedades instrumentales y las fundaciones de dimensiones más reducidas) y está obligado a la diversificación (arts. 6-7).

Por lo tanto, los rasgos esenciales estaban delineados exhaustivamente. La intervención de la *Corte Costituzionale* en el año 2003, decisiva por otro lado, consistirá en efecto en sustraer dentro de ciertos límites la disponibilidad al legislador mediante la referencia directa a valores constitucionales fundamentales (arts. 2, 18 Cost.) resumidos y precisados, para lo que aquí interesa, del principio de la subsidiariedad introducido (art. 118) con la reforma constitucional del 2001.

De este modo, la legitimación de la labor de las Fundaciones queda confiada principalmente al histórico arraigo territorial y a la eficacia de la propia labor, a la representatividad de quienes componen los propios órganos, a la corrección de la gestión patrimonial y a la plena «reconocibilidad» de la actividad en términos de transparencia y motivación de las principales iniciativas (art. 3.4).

Por lo tanto, en un principio, esta es la misión. Todo lo demás pertenece al modo de realizarla.

II. El contexto se complica

Las dinámicas económico-financieras e institucionales que se han desarrollado en los últimos años y, en particular, desde el 2007 en adelante han arremetido de frente contra el cuadro que se ha reconstruido, sometiéndolo a unas torsiones cuya intensidad ha aflorado solo recientemente en su verdadero alcance. Todo ello acentuado por una «visibilidad» mediática de las Fundaciones desconocida hasta hace pocos años.

Entre los elementos más destacados, sobre los que es necesario reflexionar, parece que debemos subrayar particularmente los dos siguientes:

— El primero, y más discutido actualmente, lo constituye la *proximidad con los bancos* y el papel que juegan las Fundaciones en lo referente a los altos cargos y a la estructura de las entidades de crédito. Un tema que debe afrontarse

con mucho cuidado, como haremos de inmediato, no sin llevarlo a sus dimensiones reales³ y recordando la peculiaridad de los llamados «bancos locales», en los que la interrelación entre infraestructuración social y desarrollo económico rigiere sobre el binomio fundación-entidad de crédito local y también está legitimado por la derogación expresa a su favor dispuesta por la ley Ciampi (art. 25.3-bis) respecto a la prohibición general de las participaciones de control (art. 6).

El problema, por lo tanto, en sí mismo y por la visibilidad asumida, se plantea sobre todo en las relaciones entre Fundaciones y entidades de grandes dimensiones. Las razones de esta proximidad persistente son múltiples y bien conocidas: se trata de *razones objetivas* (la importancia de las participaciones y, a partir de cierto momento en adelante, la imposibilidad de abandonar unos valores de mercado razonables; la inestabilidad del mercado financiero y el riesgo de dejar espacio a inversores exclusivamente especulativos; las invitaciones reiteradas, y las consiguientes apreciaciones, de la Autoridad de vigilancia, a seguir desempeñando un papel de «estabilización» en el accionariado de las entidades bancarias⁴) y *subjetivas* (el caso de los bancos locales absorbidos posteriormente en los procesos de concentración que han generado los grupos mayores y los compromisos y las expectativas maduradas en esa fase; la utilidad de hacer oír la «voz» de los territorios en macroestructuras consideradas no suficientemente sensibles; los efectos de las fases más graves de la crisis y la exigencia, en algunos momentos muy apremiante, de disponer aumentos de capital).

Naturalmente, la vocación de las Fundaciones sigue siendo la inicial: pero es innegable que, en las condiciones actuales, y durante un período ciertamente no breve, tiene que ser acompañada *también* por la vocación de inversores institucionales en los bancos. Lo cual obliga a valorar atentamente las implicaciones que se derivan directa e indirectamente, esforzándose en conciliar de forma equilibrada las potenciales tensiones entre un carácter institucional y didáctico «pensado» en función del aspecto proveedor y de infraestructuración social y las tareas y las exigencias propias del inversor institucional: cabe consi-

³ «A finales de septiembre de 2010, de las 88 Fundaciones de origen bancario, 18 ya no tienen participaciones directas en los respectivos bancos beneficiarios de la aportación; 55 poseen una participación minoritaria; las otras 15 —que, en su conjunto, representan solamente el 4,5% del total de los patrimonios de las Fundaciones— poseen más del 50%», G. GUZZETTI, ponencia de introducción (dactiloescrita), p. 9, *86ma Giornata mondiale del risparmio*, Roma, 28 de octubre de 2010.

⁴ Véase, por último, y de forma muy clara, la intervención del Gobernador Mario Draghi en la misma: «Así como el futuro se anuncia laborioso para los bancos, igual será para sus mayores accionistas», p. 10.

derar, entre otras, diversificación *versus* concentración; confidencialidad *versus* transparencia; irrelevancia del reparto patrimonial, siempre que quede garantizada la seguridad y la rentabilidad, *versus* reconocimiento estratégico de la participación en función de las exigencias del territorio y de las categorías económicas de este último ⁵.

En resumen: la *governance*, las inversiones, las relaciones con los bancos y su *management*. Lo cual, en palabras del Gobernador Draghi, es exactamente lo que las Fundaciones están invitadas a afrontar en un futuro próximo.

Otra razón más para considerar decisiva la cuestión, anotando al margen el hecho de que empezar a abordarla es perfectamente realizable con los poderes ordinarios reservados a los órganos de administración de las Fundaciones y que, en general, no es por lo tanto necesaria ninguna modificación legislativa del régimen vigente, con la excepción de aspectos concretos, como, por ejemplo, los beneficios fiscales que se consideraran útiles para facilitar la reducción deseada de las participaciones o la verdadera y auténtica salida.

Naturalmente, todo esto ha de declinarse según las variables que se han recordado varias veces —dimensiones de las fundaciones, casos de las entidades bancarias participadas, situaciones de mercado, historia y carácter de los sistemas locales— y ha de ser profundizado según los casos; especialmente, en lo que se refiere a las relaciones con los bancos denominados «locales».

Con una anotación al margen. Es posible, o más bien probable, que la atención deseada de la *politica-politticenne* respecto a las Fundaciones siga siendo también alta en el futuro y estable, tras el abandono de las participaciones bancarias, por la importancia que las propias Fundaciones seguirán teniendo en los sistemas locales: pero es cierto que, el hecho de permanecer ahí, y de jugar un papel destacado, constituye y constituirá un motivo de atención mucho más cercana.

— Bastante menos visible, a ojos de los medios de comunicación, pero igualmente relevante, es el segundo elemento, referente a la creciente, y en cierto modo objetiva, *proximidad con el sistema público*. Entendiendo por tal no solo la legítima y creciente atención «política» de las administraciones locales a las fundaciones, que a principios de la década apenas se sabía que existían y lo que hacían, sino la rastrera extensión a estas últimas con fines de tutela y de garantía, en sentido amplio, de disposiciones de carácter público que hacen

⁵ Sobre la problemática de estos aspectos véase R. COSTI, intervención, en *Fondazioni e governance delle banche*, Quaderno Carismi, Torino, 2010, pp. 13 y ss.

real el riesgo de una progresiva, e históricamente no inédita, «*atracción desde lo privado a lo público*» de aquellas ⁶.

No es este el lugar para un examen detallado de tales aspectos ⁷. Cabe observar que, de este modo, como ha sucedido a menudo, se crean más problemas de los que se pretendían resolver, que la doctrina y, sobre todo, la jurisprudencia más atentas han intentado corregir estas desviaciones y que este caso demuestra a lo sumo que la cuestión no consiste en aprobar nuevas disposiciones, sino en aplicar los principios existentes y respetar y responsabilizar, como mucho estimulando la iniciativa, los distintos niveles de regulación autónoma.

En cualquier caso, las raíces de esta proximidad, además de un elemento cultural decisivo que retomaremos en breve, son esencialmente dos: una, predominante, de carácter patológico, es decir, la crisis financiera pública con todas las implicaciones que conlleva; la otra, en cambio, fruto de un dato virtuoso: la transformación progresiva de la actividad de las Fundaciones desde un papel de mera actuación previa demanda, al de promotoras de proyectos complejos y de *partnership* con sujetos públicos y privados. Un papel muy positivo, naturalmente, que, sin embargo, comporta la prolongada complicación con plazos, procedimientos y modalidades propias de las administraciones locales

⁶ A. BENASSIA, *Fondazioni di origine bancaria fra etica e politica*, cit., pp. 5-8.

⁷ Se trata de disposiciones derivadas en parte de la ley Amato (no olvidemos que hasta la ley Ciampi las entidades aportantes eran, precisamente, entidades públicas); en parte procedentes del ordenamiento comunitario (véase el caso jurisdiccional y legislativo sobre el organismo de derecho público); en parte de normas *ad hoc*, como el denominado *numerus clausus* de los órganos de las Fundaciones (art. 4 Ciampi), o de las obligaciones «de publicidad en las contrataciones de obras, servicios y suministros» dispuestas para las Fundaciones en virtud del artículo 1, apartado 10 *ter*, de la Ley 201/2008, o la reciente intervención en materia de vigilancia (art. 52 *manovra d'estate* 2010); en parte, por último, de normas de sector que, en algún caso, aunque sea para los fines más nobles, han extendido a las fundaciones (bajo la categoría de entidades sin ánimo de lucro) disposiciones reservadas en origen a las entidades públicas: véase el artículo 10.1 del Código de los bienes culturales italiano, según el cual los bienes muebles e inmuebles de los sujetos privados sin ánimo de lucro (por lo tanto, también las fundaciones) se equiparan al Estado y a las entidades públicas en lo referente a la aplicación cautelar de la disciplina de tutela prevista por el Código hasta que se haya comprobado el interés artístico, histórico, arqueológico, etc.

Por no hablar, naturalmente, de las disposiciones sobre los patrocinios (código de los contratos públicos italiano, art. 62.2 Decreto Legislativo 153/2006, y código de bienes culturales art. 120) y de la coordinación a través de convenios entre el Ministerio de Bienes Culturales y las Fundaciones, artículo 121, etc.

Sobre la importancia del régimen positivo de la actividad y de la organización de las Fundaciones, no menos importante que la calificación jurídica de su naturaleza, G. SALA, «Gli occhiali del giurista e la difficoltà di definire una realtà cangiante: le fondazioni bancarie tra pubblico e privato», en *Diritto e società*, 1/2005, pp. 13 y ss.

que acaban por incidir de forma significativa, y no siempre positivamente, sobre la operatividad de los proyectos y de las Fundaciones.

Las consecuencias, reales o potenciales, de todo esto son una fuerte y creciente presión del sistema público en el ámbito de las intervenciones y, en algún caso, también en el de las elecciones de inversión y una aguda atención a la *governance* de las Fundaciones que, en cambio, en el momento de los nombramientos de 2000-1 y de las renovaciones de 2005-6, se había quedado bastante más contenido.

En conclusión, a pesar de la claridad del marco institucional de base al que nos hemos referido antes, a finales de la década muchas Fundaciones se encuentran comprometidas en varios frentes heterogéneos: son claramente expresión de las libertades sociales y de su autonomía, pero, al mismo tiempo, constituyen referencias significativas, en algunos casos decididamente relevantes, tanto para Ayuntamientos y Provincias como para las entidades bancarias participadas.

Es cierto que la primera función es y seguirá siendo la misión estratégica, mientras que la particular «proximidad» registrada en los restantes casos y el énfasis que se ha registrado deberían atenuarse gradualmente con la superación de la fase más grave de las crisis financieras locales y el saneamiento del sistema bancario, especialmente de los grupos principales. Pero queda el hecho de que el marco normativo y la *governance* a disposición de las fundaciones están pensados en función del papel de infraestructuración social, que su legitimación está fundada sobre la rendición de cuentas por su labor y no precisamente en la extensión a su régimen de límites y garantías para-públicos, que, por otra parte, no son muchos (no mucho más de la vigilancia y de las incompatibilidades), y que la situación económica y financiera traza perspectivas en las que el compromiso de las Fundaciones en distintos frentes está destinado con total seguridad a prolongarse en el tiempo.

Con consecuencias inevitables sobre la estructura institucional y sobre la legitimación.

III. Equiparse para la navegación: una posible ruta

Si las cosas están así, la cuestión que hay que plantearse es entonces la siguiente: ¿qué significan y cómo se declinan hoy «autonomía» y «responsabilidad» a la luz de las tareas concretamente desarrolladas por las Fundaciones y del contexto en el que actúan?

1. *El dato cultural*

El tema tiene repercusiones muy concretas, como es evidente, pero *la primera variable* que hay que considerar para darle una respuesta está representada por el *dato cultural* que condiciona buena parte del resto. Y, a pesar de todo lo que se ha hecho en estos años, individualmente y también como Acri, si queremos equiparnos para afrontar los problemas que hemos visto, precisamente se debe (re)comenzar desde aquí.

La variable cultural es de hecho decisiva porque, si no se supera el arquetipo del esquemático y anticuado dualismo basado en el binomio público/intérprete exclusivo de los intereses generales y privado/portador de intereses irremediabilmente particulares y egoístas, es evidente que entre uno y otro quedará solo un inmenso espacio vacío⁸. Con dos precios considerables.

El primero es que actuando de este modo se obstaculiza la comprensión, y aún más la percepción, de que tanto lo público como lo privado están cambiando rápidamente, con profundas y recíprocas contaminaciones. Lo público porque sabe que está destinado a menos gestión y más regulación y tiene una necesidad creciente de asociarse, de recursos financieros y de conocimientos técnicos, de formas más eficientes de intervención. Lo «privado» porque se articula en realidades cada vez más complejas: individuales y asociadas; con o sin fines de lucro; cívicas y empresariales, laicas y confesionales o de tendencia.

Cabe hacer hincapié que sin todos estos elementos resulta indescifrable la mayor parte de lo que está sucediendo o sucederá en breve a nuestro alrededor: desde las nuevas formas de Welfare (del «Estado del welfare» a la «Sociedad del welfare») a los servicios públicos locales hasta las resoluciones en materia de federalismo, empezando por el fiscal y estatal, cuyo impacto ya relevante será devastador si no se sitúa, y se lee, en este contexto.

En segundo lugar, insistir en el dualismo abriría una extensa tierra de nadie en la que, antes o después, están destinadas a entrar en crisis todas las realidades intermedias y entre estas, además de las otras expresiones asociativas y sin ánimo de lucro, las Fundaciones.

Si así fuera, la suerte de las Fundaciones se reduciría a una alternativa categórica, ya sea porque quien opera en este espacio acaba reestructurado hacia lo «particular» de los fines y a la irrelevancia del papel y, entonces, es inevitable que sus estatutos estén comprendidos en esa acepción más limitada de «priva-

⁸ F. A. ROVERSI MONACO y A. MALTONI, *Fondazioni e interessi generali in Italia*, ponencia en el XVIII Congreso italo-español de profesores de derecho administrativo *Forme private e interessi generali: quale ruolo per le Fondazioni*, Bolonia, 27-29 de mayo de 2010.

do» de la que se quería distanciar, ya sea porque, por el contrario, la entidad de los recursos utilizados y la importancia general de las tareas desempeñadas confirma su importancia y entonces se caerá en el lado opuesto: el de la atracción al régimen para-público (la llamada «administrativización») y a la influencia política del sistema institucional.

Si todo esto tiene algún fundamento, entonces está claro que una parte significativa y quizá decisiva del partido se juega en este terreno y que el arraigo definitivo de las Fundaciones o la amenaza de un grave debilitamiento de estas irá al unísono con la valorización del llamado *segundo Welfare* (véase Maurizio Ferrera) en lugar de la categórica y brutal contracción del primero; con la asociación entre público, privado e inversores institucionales para la realización de grandes infraestructuras en lugar de la drástica reducción de la realización, solo por parte de lo público, de estas últimas; y con el cambio de opinión deseado desde hace tiempo en el plano legislativo del régimen general de las personas jurídicas (libro I, título II, capítulo II, del Código Civil italiano), de la nueva categoría de los «bienes comunes» además de los públicos y privados, del redescubrimiento de las prestaciones privadas en el interés colectivo que acompañaron en otros períodos a derechos colectivos y deberes y prestaciones cívicas y podrían apoyar actualmente declinaciones inéditas, incluso en términos de obligatoriedad jurídicamente apreciable de las relaciones de ciudadanía.

Son aspectos muy distintos entre sí, ciertamente, pero que hunden sus raíces en un terreno común, del que sería oportuno extraer una indicación importante, esto es, que la pluralidad y la profundidad de correlaciones que acabamos de citar sugieren como sede natural de la regulación que concierne a estos sujetos y, por lo tanto, también a las Fundaciones, la ya mencionada normativa general del Código Civil italiano, sin insistir en regímenes especiales que, precisamente por ser tales, dejan abierto constantemente el camino a soluciones en sentido opuesto o, en cualquier caso, ajenas a estas realidades y a estos valores.

2. Governance y régimen institucional

Ahora podemos afrontar de una forma más fácil la *segunda variable determinante*, esto es, la *governance* y la *preparación del régimen de las Fundaciones*. Si los rasgos principales —es decir, la autonomía, la «terciedad» y la persecución del objetivo del desarrollo social de las propias colectividades— ya se han alcanzado, la experiencia demuestra que su declinación más específica requiere esfuerzos adicionales. Sabiendo que su legitimación se plantea sobre ésta, es decir, el reconocimiento de la naturaleza y de la importancia de las tareas asig-

nadas y la capacidad —en términos de credibilidad intrínseca y de operatividad concreta— para desempeñarlas de forma adecuada.

Sobre estos aspectos, basándonos en la experiencia y en los casos recientes en los que se ha concentrado la atención a menudo crítica de la opinión pública, los elementos que hay que considerar especialmente son la *governance*, las formas de acción y la *accountability*. Para cada uno de ellos, como veremos enseguida, es probable que sea útil un marco unitario de posible referencia elaborado en sede nacional de forma conjunta por las Fundaciones, si bien es cierto que no son necesarias intervenciones legislativas específicas.

A) En cuanto al primero, la *governance* y, en particular, en cuanto a la composición de sus órganos, las posibles mejoras pasan sobre todo por sistemas de «filtro» capaces de asegurar, en la formación de los órganos, una valoración más precisa de la calidad personal, cultural y profesional de los candidatos presentados por los diferentes sujetos encargados de designarlos, así como de la correspondiente adecuación (en sentido amplio) a los sectores y a las demás áreas relevantes en las que operan las Fundaciones. Un perfil siempre delicado, pero que lo es especialmente para las Fundaciones de carácter institucional precisamente por el hecho de ser, *enteramente*, expresión de las distintas articulaciones de la sociedad (universidades, diócesis, academias, cámaras de comercio, además de los órganos territoriales), mientras que en las de base asociativa una parte importante de los nombramientos está reservada a la junta correspondiente.

Las soluciones son varias —listas, ternas o grupos entre los que el consejo saliente elige—, en muchos casos ya presentes en los estatutos, a las que habría que añadir la necesidad de un período intermedio (no inferior, por ejemplo, a dos años) entre el cese de cargos políticos electivos (especialmente locales) y la posibilidad de ser designados.

Pero independientemente de cuál sea la modalidad elegida, deben evitarse, en cualquier caso, hipótesis de designaciones «categóricas», efectuadas por cualquiera, para las que no se puedan efectuar las comprobaciones mencionadas conforme a criterios objetivos y predeterminados. Lo cual, naturalmente, exige la puesta a punto de parámetros cuyo cotejo, en términos de calidad (personal, cultural y profesional) y de adecuación (a las áreas de intervención de la Fundación), podría imaginarse asignado a una sede de especial prestigio e independencia con la misión de verificar que se reúnen los requisitos exigidos para las candidaturas.

De esta forma, sería más fácil plantear también la cuestión de los nombramientos en las entidades participadas, bien sea porque concretamente la cali-

dad de los administradores de las Fundaciones es la premisa para la de sus representantes en los bancos, o bien porque conceptualmente sería singular para las Fundaciones no aplicar a las candidaturas en los órganos ajenos lo que se exige para las candidaturas destinadas a sus propios consejos.

Se trata, naturalmente, de elementos sobre los que deberíamos profundizar considerando el objetivo principal, es decir, la mayor *representatividad* posible del órgano directivo de las Fundaciones, lo que, por un lado, excluye formas y lógicas típicas de la representación, tal y como ya dispone la ley, y, por otro, puede legitimar el recurrir eventualmente a cooptaciones con las que asegurar la expresión de realidades significativas y, de lo contrario, ausentes.

Habría que verificar, además, si la experiencia, no siempre unívoca, de las juntas en las fundaciones con base asociativa también puede ofrecer indicaciones interesantes para las denominadas «institucionales», en términos de disponibilidad de experiencias culturales y profesionales. Esta hipótesis puede igualmente merecer ser valorada, considerando, sin embargo, que la verdadera y auténtica réplica por vía estatutaria de dicha solución y la previsión de una cuota de designaciones para el consejo directivo y para las Fundaciones no asociativas probablemente encontraría, aparte de resistencias previsibles por parte de las entidades encargadas actualmente de las designaciones, dificultades nada desdeñables desde el punto de vista estrictamente jurídico ⁹.

Por último, existe otro aspecto que cabe destacar, el de la oportunidad de asegurar, en el momento de la renovación de los órganos de las Fundaciones, modalidades de renovación idóneas para asegurar un cambio gradual sin el riesgo de discontinuidades imprevistas y cambios repentinos.

Es oportuno aclarar, en aras de evitar cualquier equívoco que siempre puede surgir al abordar estos terrenos, que no pretendemos debatir la prohibición, totalmente comprensible, de superar los dos mandatos consecutivos. La cuestión es otra, y se refiere al caso bastante frecuente de vencimiento (y, por lo tanto, de renovación) contextual de *todos* los órganos de la Fundación (consejo directivo, consejo de administración, presidencia), con la posibilidad, no solo teórica, del cambio total de los componentes.

Las implicaciones que se desprenden de las direcciones generales de las Fundaciones en distintos frentes, concretamente, en las sociedades participadas

⁹ La interpretación predominante del artículo 4.1 del Decreto Legislativo 153/1999, según la cual el gobierno corporativo de las Fundaciones ha de considerarse limitado solamente al Consejo Directivo, al Consejo de Administración y al Presidente, se sustenta precisamente en el hecho de que respecto al esquema «cerrado» de la letra a) del mismo apartado el mantenimiento de la junta está previsto como mera facultad adicional solo para las Fundaciones asociativas (letra d).

y en los proyectos más complejos destinados a los territorios y la objetiva utilidad de asegurar a los recién llegados una socialización adecuada a los distintos aspectos de la realidad de las Fundaciones, sugieren valorar atentamente algunas modalidades, como el «desfase» de la renovación entre los distintos órganos, el cambio parcial interno (por ejemplo, 1/3 de los componentes) o la participación preferente en un órgano (por ejemplo, el consejo directivo) al preparar la composición de otro (por ejemplo, la presidencia o el consejo de administración), que podrían facilitar el cambio evitando discontinuidades desafortunadas. Todo ello, conviene ratificarlo, respetando el vínculo de los dos mandatos.

B) El marco de las *modalidades de acción*, es decir, del segundo de los elementos en los que hay que concentrarse con una atención especial, también es muy complicado.

Por una parte, y en particular para todo lo que concierne a las actividades previa demanda, hoy ya podemos contar con una amplia experiencia y en vías de completarse, salvo las especificaciones que mencionaremos: formas de publicidad, anuncios, tramitaciones, procesos de selección, comprobaciones durante la obra y controles *ex post* del proceso y del producto, balances de misión, etc., son ya prácticas adquiridas y ejercidas concretamente, si bien aún es posible más de una mejora ¹⁰.

Por lo tanto, en estos aspectos, las exigencias de «dar cuenta» de la propia labor parecen en gran parte satisfechas o cerca de serlo, aunque se queden todavía en la etapa preliminar las evaluaciones de eficacia y de resultado, bastante más complejas y, en cualquier caso, vinculadas a la recogida de datos y puesta a punto de métodos que solamente pueden alcanzar un grado de solidez utilizable en el tiempo.

En otros aspectos, en cambio, considerando el conjunto de las Fundaciones, los pasos que hay que seguir parecen todavía consistentes.

Nos referimos a la delicada, y decisiva, fase de lectura de las realidades territoriales para reconstruir sus necesidades: especialmente, aquellas tan profundas y débiles (ambos conceptos a menudo están relacionados) que no pueden

¹⁰ Es el caso de las modalidades de transparencia y de las formas de publicidad que, por algunos aspectos, véase por ejemplo la elección de empresas para la realización de obras o el suministro de servicios, tendría también que extenderse contractualmente al destinatario privado de la concesión, para evitar la paradoja de la máxima «iluminación» sobre la labor *directa* de la Fundación (por otro lado, claramente minoritaria) que acaba ahí donde comienza la acción *indirecta*, esto es, la de aquellos que, aunque actúan con el apoyo a menudo determinante de esta última, no satisfacen ninguna exigencia de transparencia.

ni siquiera representarse en términos de «petición». También es un aspecto conceptualmente clave y lo es más todavía en el momento en que las Fundaciones, pasando del papel de simples proveedores al de «proponentes» activos de proyectos, incluidos proyectos complejos, reivindican legítimamente su propia capacidad autónoma de interpretar la realidad circundante, poniendo en tela de juicio la exclusividad en materia de instituciones públicas. No obstante, es igualmente evidente que reivindicar este papel también significa dar cuenta del motivo y de la forma en que se ha puesto la atención en algunos aspectos en lugar de en otros. Es un tema que las Fundaciones están planteándose cada vez más y que las principales ya están afrontando, concretamente, de distintos modos. Sin embargo, se trata de procesos institucionalmente delicados, técnicamente difíciles y también arduos en términos de costes, lo cual explica por qué en gran parte se está todavía en el estado embrionario.

Estrechamente relacionada con dicho perfil está la cuestión de las formas de «coordinación en base a la autonomía» que han de desarrollarse tanto dentro de la realidad de las Fundaciones, como de la cooperación horizontal, o en dimensiones más amplias (véanse las consultas regionales), como de enlace con las entidades locales territoriales. Se trata de un terreno particularmente delicado y no se ha dejado de señalar (véase anteriormente) los precios que pueden derivarse de ello sobre todo en relación con las administraciones públicas.

Pero se trata de un paso obligado: en términos sustanciales, porque es la inevitable implicación del papel pro-activo asumido por las Fundaciones con la adopción de programas propios de intervención y proyectos complejos que, precisamente, por ser tales y por las dimensiones contenidas de los territorios, están fácilmente destinados a cruzarse con las políticas públicas locales con implicaciones significativas; en términos formales, porque tanto el Decreto Legislativo 153/1999 como las sentencias de la *Corte Costituzionale* exigen que, en su actividad, las Fundaciones «aseguren, individualmente y en su conjunto, el empleo equilibrado de los recursos» (art. 2.2). Lo cual, si las Fundaciones no lo cumplen espontáneamente y de forma autónoma, podría legitimar para estos fines las formas de intervención pública.

Una solución de este tipo es ampliamente evitable y el camino para hacerlo está representado por las formas convencionales de colaboración en autonomía y en un plano paritario que se han emprendido en los últimos años [véanse los acuerdos triangulares, sobre una base regional, entre el *Ministero per i Beni e le Attività Culturali* (Mibac; Ministerio de Bienes y Actividades Culturales) —Región— y la asociación de las Fundaciones de principios de 2010], que no solo satisfacen estas exigencias garantizando la autonomía de cada una

de las fundaciones, subordinando la ejecutividad de los proyectos operativos a la suscripción de la fundación de referencia territorial, sino que también permiten, por esta vía, significativas concentraciones de recursos. Del mismo modo, y más concretamente concordando la utilización conjunta por parte de varias Fundaciones de acreditadas realidades científicas y profesionales necesarias en cada momento, podrán satisfacerse con costes más contenidos y, por lo tanto, practicables esas exigencias de análisis territorial, de identificación de necesidades o de peritaje sobre proyectos mencionados anteriormente.

Lo cual demuestra cómo también en este terreno el mejor modo de defender la autonomía es el de practicar la cooperación con las otras fundaciones y la confrontación, con estas premisas más fácilmente paritarias, con las entidades del gobierno local.

3. *Relación con los bancos participados*

El tercer aspecto que es necesario recalcar es el de la relación con los bancos participados: un elemento, como hemos visto, que ha de considerarse fisiológico en el caso de los bancos locales y abstractamente «eventual», pero concretamente «obligado» por un período de tiempo no breve, en los demás casos y, sobre todo, para las participaciones en los grandes grupos. Por estas razones, lo que indicaremos en esta parte puede aplicarse a *todas* las participaciones bancarias.

Los términos macro de la cuestión —que prácticamente no es necesario recordar— los constituyen los elementos y los principios que conciernen más en general a la gestión patrimonial de las Fundaciones (véase Mario Nuzzo) a la que nos remitimos.

Sin embargo, el debate de estas semanas ha planteado cuestiones específicas que afectan al papel de las Fundaciones y a su correspondiente legitimación y que van desde un mínimo —el tema habitual de los nombramientos o de los conflictos de intereses— a un máximo —la admisibilidad misma para las Fundaciones de participar en las entidades bancarias o la posibilidad de permanecer allí solamente a condición de esterilizar su calidad de accionistas—.

Por lo tanto, aquí nos limitaremos a enumerar las distintas hipótesis, advirtiendo que la indicación de los problemas, a menudo susceptible de ser compartida, ha ido acompañada frecuentemente en estas semanas de propuestas todavía muy genéricas y, en algún caso, ciertamente perjudiciales.

Respecto a los nombramientos en las entidades participadas, en principio no hay mucho que añadir a lo que ya se ha establecido, con pleno cumpli-

miento, en el ordenamiento vigente (requisitos de moralidad, etc.) ni a lo que antes se ha destacado respecto a los requisitos personales y profesionales de las designaciones *en las* Fundaciones, que también debe extenderse por las mismas razones a las designaciones realizadas *por las* mismas. Conviene reiterar que sería verdaderamente singular que las Fundaciones se abstuvieran de aplicar a las designaciones que estas llevan a cabo externamente, los criterios y las modalidades que exigen para las designaciones para sus propios órganos.

Dicho esto, es innegable que hay que ampliar y profundizar en el tema, baste pensar en la mayor intensidad que debe reconocerse al requisito de la adecuación o a la atención especial que ha de reservarse al tema del conflicto de intereses. La cuestión está en *cómo* hacerlo, porque esto condiciona en buena parte *qué es* lo que merece la pena hacerse.

Como subrayó enérgicamente el Presidente Guzzetti el pasado 28 de octubre, la intervención legislativa también se muestra en este caso o inútil o contraproducente. Inútil, porque las normas de la Autoridad de vigilancia ya afrontan el tema del empresario o del exponente empresarial titular de las relaciones con la Entidad bancaria y, sobre todo, porque la incompatibilidad que establece el Decreto Legislativo italiano 153/1999 entre la administración de las Fundaciones y la administración de las entidades participadas (art. 4, apartados 2-bis y 3) excluye de raíz la posibilidad de conflictos *directos*, es decir, con el mismo sujeto, mientras que descarta todas las demás hipótesis. Contraproducente, porque ampliar legislativamente el número de casos de incompatibilidad se traduciría fácilmente en la imprecisión de las previsiones, aumentando incertidumbres y contenciosos.

Más practicable y eficaz y, por lo tanto, decididamente preferible, resulta en cambio la elección de establecer en forma de autorregulación una serie de principios generales confiando su comprobación a una sede autónoma y con autoridad. Además, sería posible por esta vía introducir criterios e indicaciones idóneas para precisar y también ampliar eventualmente los requisitos para los nombramientos.

Para los nombramientos, por ejemplo, se podría pedir, en el momento de la candidatura para el nombramiento, que se suscribiera un compromiso contra la acumulación de mandatos: en sentido cuantitativo, para limitar su número, y cualitativo, para eliminar su contradictoriedad recíproca ¹¹.

¹¹ Este punto ha sido abordado por una normativa reciente de la Banca d'Italia. Por otra parte, con ocasión de la reciente *Giornata mondiale del risparmio* (Roma, 28 de octubre de 2010), el Gobernador de la Banca d'Italia, Mario Draghi, ha hecho también una posterior referencia, afirmando: «Las delicadas y específicas responsabilidades de los administradores y de los

Pero intentemos mirar más adelante. Si, como hemos dicho, la misión de las Fundaciones es de «utilidad social», no sería impropio pedir a sus representantes que, al cumplir sus obligaciones de administradores en las entidades bancarias, consideren *también* los valores de los cuales las Fundaciones son la expresión y, en cualquier caso, que se distancien de las decisiones que los perjudiquen inequívocamente.

Nadie pretende menospreciar el carácter delicado del problema, que va desde los límites establecidos por el derecho societario a las obligaciones del accionista hasta el terreno no siempre sólido ni compartido de la ética en la economía o de la responsabilidad social de la empresa, pero la cuestión no se puede pasar por alto. Baste pensar, por limitarnos a un aspecto específico y a una dimensión familiar para más de una Fundación, en el recurso extendido en los pasados años a prácticas comerciales y financieras particularmente agresivas con sus clientes, privados y públicos, que ha provocado en los territorios situaciones difíciles no pocas veces referidas, a doble título también a las propias Fundaciones, a veces reprochándoles el desconocimiento y que actúen como accionistas desatentos, y otras lo contrario, es decir, el compartirlo y que actúen como accionistas (demasiado) interesados.

La prohibición de participar en la gestión, que claramente está reservada a otros, no excluye que, en los momentos y en las ocasiones destinadas a ello, las Fundaciones expresen sus propias sensibilidades hacia valores que, para entidades dedicadas a la utilidad social y al desarrollo de su propio territorio, pueden considerarse ciertamente como una parte (tampoco desdeñable) del diviendo.

Por lo demás, el debate de las pasadas semanas, prescindiendo de algún curioso furor ideológico de algunos académicos y columnistas, resulta todavía abstracto y las soluciones sugeridas son, a veces, peores que el mal señalado.

Se ha hablado, por ejemplo, de «esterilizar» los poderes que corresponderían a las fundaciones en su papel de accionistas o convirtiéndolos simplemente en «no ejercibles» o confiando el ejercicio de los mismos a un tercero intermediario. La primera solución no es en absoluto sencilla y probablemente se resolvería en un potente empuje a la financiación de la gestión patrimonial de los bancos; la segunda es íntima e irremediabilmente contradictoria, porque o bien el intermediario no ejerce ningún poder, y no se ve cómo puede cumplir ese cometido de «estabilizador» que las distintas Autoridades reconocen y pi-

componentes de los órganos de control de los bancos requieren un tiempo y una dedicación adecuados. Con este fin, es oportuno considerar la posibilidad de normas que limiten la multiplicación de cargos» (intervención, p. 10).

den a las participaciones de las Fundaciones, o bien los ejerce, y sería interesante saber en el interés de quién o en vista de qué, porque si este quién o este qué fuera la fundación sería un duplicado inútil; si se tratara de otros, sería legítimo saberlo...

Pero no vale la pena buscar todas las hipótesis planteadas en estos últimos tiempos, incluida la de la «salida forzosa», hasta que no se asocien a alguna articulación más y a algún *pathos* menos. A día de hoy, el camino más razonable, por ser al mismo tiempo eficaz y transitable, parece ser el que hemos esbozado aquí.

IV. Cómo: los instrumentos

Algunas indicaciones, para concluir, sobre cómo empezar a abordar todo esto. Ya se ha visto, en repetidas ocasiones, que no es necesario, e incluso parece desaconsejable, recurrir a la ley. Y esto no por presunción de autosuficiencia, sino por valoración específica de los problemas que se plantean y del contexto en el que se sitúan.

Es cierto que hay un argumento de base al que hay que referirse y que es que el profundo arraigo a valores constitucionales primarios realizado por la *Corte Costituzionale* en el 2003 y, especialmente, el hecho de resaltar el papel de la autonomía como garantía de las libertades sociales de las que las Fundaciones son expresión directa, requiere una cautela particular en la obra del legislador cuya intervención en estos casos cabe relacionarla con el presupuesto de la *necesidad*, es decir, con la tutela de otros intereses de igual o mayor relevancia no realizable de otra forma, y con la *proporcionalidad*, es decir, con limitaciones de la autonomía solamente si y en cuanto sean adecuadas y funcionales para la consecución del resultado.

En cualquier caso, aquí la intervención legislativa es desaconsejable también por motivos específicos, porque las innovaciones que han de introducirse, si son generales y para todo el sistema de las Fundaciones, pueden ser asumidas voluntariamente también a través de una reglamentación suscrita por todas las Fundaciones y, por lo tanto, destinada a ser válida a escala nacional: si, en cambio, como sucede casi siempre, exigen una amplia articulación y diferenciación para tener en cuenta unos factores recordados varias veces (naturaleza, dimensiones, contexto territorial, etc.), el instrumento legislativo se muestra, por su necesaria generalidad, completamente impracticable.

En este estado de cosas, la vía principal para abordar la mayor parte de los temas a los que nos hemos referido es, precisamente, la de la auto-regulación, cuya *ratio* es la de responder *en autonomía* a exigencias reconocidas como reales

anticipando en *self-restraint* lo que, en caso contrario, sería objeto de intervenciones externas que la experiencia demuestra que se hallan expuestas a riesgos de diversa naturaleza.

Una autorregulación «cuadro» y, por lo tanto, a escala nacional, con la suscripción libre de orientaciones y criterios de contenido general cuyo conjunto constituiría algo parecido a una «carta de las Fundaciones» dedicada a los principios generales en materia de *accountability* (ya de hecho ampliamente aceptados), de cooperación en autonomía y de las demás modalidades de acción que se han mencionado, así como de *governance* (criterios y parámetros para la valoración de las candidaturas en las fundaciones y en las entidades participadas; incompatibilidades, criterios de comportamiento, valores «éticos», etc.) incluida la activación de un organismo que goce de autoridad al que confiar la comprobación del cumplimiento de todo lo previsto.

Una regulación «marco» que, en cambio, para todo lo demás, empezando por la implantación concreta de los principios y de las indicaciones generales que hemos mencionado, ha de reservarse completamente a las formas de autorregulación de cada una de las fundaciones (estatutos, reglamentos), a los acuerdos entre estas últimas (invocando la capacidad de entidades científicas o estructuras técnicas a los que se recurre para tramitaciones, *expertise*, valoraciones técnicas), a acuerdos de sector con administraciones públicas y/u otros sujetos privados y, por último, a la puntual regulación convencional de obligaciones (de transparencia, de imparcialidad, etc.) trasladadas a los destinatarios de las financiaciones de las Fundaciones.

En conclusión, ni siquiera cabe destacar cuán indispensable es, al recorrer este camino, la firmeza de la dirección de la marcha y la flexibilidad de las opciones que se vayan adoptando en cada momento, que, naturalmente, habrán de comprobarse y preparar en función de la experiencia. Y, a estos efectos, las sedes asociativas son una referencia indispensable.

Con el convencimiento de que, frente a problemas de este alcance, está la autonomía de todos: pero el espacio para soluciones individuales, en realidad, es reducido; muy reducido.

Reflexiones en torno a las fundaciones y propuestas de futuro ¹

Rafael de Lorenzo García

Secretario General del Consejo General de la ONCE

José Luis Piñar Mañas

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad San Pablo-CEU de Madrid

Teresa Sanjurjo González

Directora General de la Fundación Príncipe de Asturias

SUMARIO: I. SOBRE LA NECESARIA REFORMA DE LA LEY 50/2002 DE FUNDACIONES.—II. EN TORNO AL DERECHO AUTONÓMICO SUSTANTIVO DE FUNDACIONES.—III. REFLEXIONES Y PROPUESTAS SOBRE LA FISCALIDAD DE LAS FUNDACIONES.—IV. EL HORIZONTE JURÍDICO DEL TERCER SECTOR Y DE LAS FUNDACIONES.—V. A PROPÓSITO DE LA NECESARIA ADOPCIÓN DEL ESTATUTO DE LA FUNDACIÓN EUROPEA.—VI. CAMBIOS SOCIALES Y ECONÓMICOS Y FUTURO DEL TERCER SECTOR.

A continuación queremos brindar una serie de reflexiones y propuestas que pretenden fijar el foco de atención, ya no en la descripción de la realidad presente, sino, por el contrario, en el futuro, en el horizonte que creemos divisar o atisbar que aguarda a las fundaciones y al Tercer Sector en su conjunto como operadores sociales de la sociedad civil organizada y su papel en los nuevos tiempos de encrucijada en los que nos estamos adentrando y, por tanto, su rol en las relaciones con el poder público y con los mercados. Lo hacemos desde un nuevo planteamiento de vertebración del Tercer Sector que le permita disponer de una estrategia, un programa común y una voz única para generar cohesión social y capacidad de interlocución transformadora del Estado Social desde un desarrollo pleno de los derechos sociales y del diálogo civil como instrumento de cooperación, corresponsabilidad y mejora de las condi-

¹ El presente trabajo se basa en el capítulo «Reflexiones finales y propuestas de futuro» que hemos publicado en el libro dirigido por nosotros mismos *Tratado de Fundaciones*, Thomson Reuters-Aranzadi, Madrid, 2010, pp. 1069 y ss. Ahora lo ofrecemos de nuevo con algunas modificaciones. En cualquier caso, agradecemos a la Editorial que nos haya posibilitado su publicación ahora en este *Anuario de Fundaciones*. Gran parte de estas reflexiones y propuestas, como indicamos en el texto, se deben a las aportaciones de los numerosos y cualificados coautores del libro, a los que una vez más hemos de agradecer y reconocer su magnífica labor.

ciones y factores que faciliten el acceso a una vida digna y al ejercicio efectivo de los derechos humanos y fundamentales.

Estas reflexiones y propuestas son en parte deudoras de las aportaciones de quienes participaron en la obra *Tratado de Fundaciones*², que hemos tenido la satisfacción de dirigir, y que no solo nos han servido de referencia para inspirar no pocas de nuestras reflexiones finales, sino que, además, hemos contado con formulaciones concretas de los propios autores que han contribuido certeramente a la construcción de las mismas.

I. Sobre la necesaria reforma de la Ley 50/2002 de Fundaciones

1.^a Las fundaciones desempeñan hoy un papel que era inimaginable hace unos años. Incluso podría afirmarse que se está produciendo una clara sobreutilización de la figura fundacional. El viejo concepto de fundación ha quedado desbordado por las circunstancias. Nada hay de malo en que el concepto se modernice, pero es difícil explicar que la Administración recurra a dicha institución para cumplir sus fines, o que entidades de naturaleza corporativa (asociaciones) se hayan transformado en fundaciones (entidades institucionales) sin alterar para nada ni sus fines ni su sustancia.

2.^a Uno de los problemas relevantes tiene que ver con las muy diversas vías de financiación externa que se le presentan a las fundaciones. Nada hay que objetar ante el hecho de que se facilite la creación de fundaciones (sobre todo desde el momento en que son cauce privilegiado de participación en el interés general), pero lo cierto es que en la actualidad se ha generalizado la existencia de fundaciones que dependen en exceso de la financiación externa, y más en concreto pública. Esa dependencia se compeadece mal con el cumplimiento de fines de interés general con vocación de permanencia en el tiempo y no es lo más adecuado para la independencia que deben tener las fundaciones en su actuación. La dependencia de financiación externa es mucho más evidente en las fundaciones de iniciativa pública.

3.^a Parece llegado, entonces, el momento de acometer una reforma de la Ley de Fundaciones³. Muchas son las cuestiones que deben abordarse. El concepto mismo de fundación, en el que el elemento patrimonial es importante, pero también, y siempre más, la idea de participación. La configuración del Protectorado, que debe superar de una vez por todas una regulación que

² Ob. cit. en nota anterior.

³ PIÑAR MAÑAS, «El estado actual del modelo constitucional de fundaciones: revisión crítica», *Tratado...*, ob. cit., pp. 82 y ss.

todavía hunde sus raíces en la vieja legislación de 1849 y 1899. Incluso la denominación debería superarse. Un Protectorado que debe unificarse y que cabría atribuir a una Agencia independiente que puede inspirarse en la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos. Un Protectorado que actúe de acuerdo a criterios reglados y no discrecionales, y que en ningún caso coincida con el Patronato de las fundaciones.

4.^a Deberían regularse aspectos peculiares de fundaciones también peculiares. Las fundaciones que desarrollen actividades comerciales o empresariales, las fundaciones gerenciales, o, sobre todo, las fundaciones privadas de iniciativa pública. Debería revisarse seriamente la financiación de las fundaciones vinculadas a partidos políticos y debería esclarecerse el régimen de las fundaciones religiosas, sobre todo en la medida en que puedan disfrutar de un régimen fiscal favorable.

5.^a Hay que reforzar la concepción de la Fundación como organización más que patrimonio afecto. La propia definición contenida en el artículo 2.1 de la Ley 50/2002 facilita la atribución de un nuevo papel de las fundaciones en la sociedad civil, ya sea como ONG, operador de actividades económicas en el mercado, prestador de nuevos servicios, o fundador de nuevas preocupaciones sociales. El cambio de orientación facilita la modernización de la institución, a la par que exige un funcionamiento interno más flexible en el desarrollo de sus actividades.

Una de las consecuencias que se deriva de este cambio de orientación es la necesidad de introducir un procedimiento de gestión patrimonial más flexible, que debe ir acompañada de una reducción de la intervención del Protectorado en la actividad de gestión patrimonial de la fundación, justificando unas interpretaciones del órgano de control menos rigurosas en aspectos tales como la atribución a determinados elementos patrimoniales de carácter dotacional, más acordes con los términos literales del precepto (art. 12 de la Ley 50/2002).

6.^a En lo atinente a los criterios de valoración por el Protectorado de la suficiencia de la dotación fundacional y partiendo de la calificación del requisito de suficiencia de la dotación, al que se refiere el artículo 12.1 de la Ley 50/2002, como un concepto jurídico indeterminado, el Protectorado debe introducir los criterios en función de los cuales, en el ejercicio de la función recogida en el artículo 35.1.a) de la Ley, se pronuncia sobre la suficiencia dotacional de las fundaciones que se encuentren en proceso de formación. La concepción actual de las fundaciones permanentes, en cuanto organización, debe permitir tender a una progresiva independencia del acto consti-

tutivo del fundador, a la búsqueda de fuentes de financiación o mecenas particulares de los que obtener recursos suficientes para sufragar sus costes de funcionamiento.

Se ha de potenciar, incrementar, la relevancia del valor constitutivo de la inscripción de las fundaciones en el correspondiente Registro, en detrimento del mantenimiento de la fundación en fase de formación, período temporal que debe procurarse sea el más breve posible. Por consiguiente, debe agilizarse la inscripción de la fundación, que proporciona publicidad, seguridad y certeza para los terceros y, en general para la sociedad, pero sin merma del rigor del control *ex ante*, previo a la inscripción, que permita únicamente el acceso al Registro de aquellas Fundaciones que acrediten suficientemente, al menos, la realidad de la dotación, y justifiquen el indudable interés general de sus fines. En este punto hay que proceder con alto nivel de exigencia. Tal control llevado a cabo por el Registro Único de Fundaciones, de forma rigurosa, exhaustiva y previa, comportará menor necesidad de controles *ex post* por el Protectorado.

7.^a En cuanto a las reglas de composición y funcionamiento del Patronato⁴, la Ley reconoce y ha de reconocer una gran autonomía a la voluntad del fundador, pero realmente no puede olvidarse que es la escasa dotación patrimonial que exige la Ley a las fundaciones la que ha hecho que se debilite, en la práctica, la protección de la voluntad del fundador en la normativa. Si la voluntad fundacional tiene escasa trascendencia fuera de los estatutos, su trascendencia en ellos debe ponerse en relación con la dotación patrimonial. Así, es el propio Patronato quien en muchos casos, más allá de la voluntad del fundador, debe decidir sus propias normas de funcionamiento con suficiente autonomía. La adopción de una u otra fórmula requerirá en muchas ocasiones una labor de interpretación de la voluntad fundacional acorde con las circunstancias de cada fundación, poniendo en la balanza, también en lo que al órgano de gobierno de la fundación se refiere, la voluntad del fundador y el interés general al que la fundación ha de servir.

8.^a En cuanto al régimen de autorizaciones en relación con los actos de disposición patrimonial de la fundación, se subraya la necesidad de sustitución del sistema de autorización por el de comunicación. La sujeción a autorización previa del Protectorado de determinados actos de disposición de bienes y derechos del patrimonio fundacional —los que afecten a la dotación o estén directamente vinculados al cumplimiento de fines fundacionales— causa im-

⁴ PEÑALOSA ESTEBAN y SANJURJO GONZÁLEZ, «Órgano de gobierno y relación con los poderes públicos», *Tratado...*, ob. cit., pp. 195 y ss.

portantes perjuicios a las fundaciones, al demorarse en muchos casos la autorización, dado que la Administración dispone de un plazo de tres meses para resolver. La sustitución del sistema de autorización por el de comunicación ya aparece reflejada en algunas leyes autonómicas, como en las de la Comunidad de Madrid o Galicia, entre otras. Todo ello bajo el régimen de responsabilidad de los patronos previsto en la propia Ley. En consonancia con lo anterior, cabría modificar el precepto que regula el régimen de autorizaciones, para adecuarlo a la nueva situación esbozada.

9.^a Sería conveniente ampliar el marco de actuación económica de las fundaciones a la participación en Uniones Temporales de Empresa y Agrupaciones de Interés Económico. Mención especial merecen las actividades económicas realizadas por las fundaciones directamente o a través de su participación en otras entidades.

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

Sin embargo, para dotar de mayor dinamismo a las fundaciones y permitir que estas puedan colaborar con otras entidades nacionales, europeas o internacionales, debiera reconocerse la posibilidad de que pudieran constituir y participar tanto en Agrupaciones de Interés Económico —en ámbitos como el de la investigación— como en Uniones Temporales de Empresa —piénsese en la prestación de determinados servicios sociales— siempre y cuando la actividad de éstas esté relacionada con la finalidad fundacional y, en todo caso, no se responda personalmente de las deudas sociales.

10.^a En lo que se refiere a la adaptación de la nueva normativa contable a las entidades sin ánimo de lucro, las fundaciones se han visto afectadas por las reformas introducidas por el nuevo Plan General Contable, viéndose obligadas a aplicar éste y, en lo no previsto en el mismo, el Plan General de Contabilidad para las Entidades sin Fines Lucrativos (RD 776/1998, de 30 de abril). Este plan sectorial está parcialmente derogado y algunas de las lagunas que se producen como consecuencia de esta situación transitoria han sido integradas a través de consultas del ICAC (Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas). Se hace por tanto necesario que tras la aprobación de una nueva adaptación de las normas contables a las entidades sin ánimo de lucro, se proceda a la adecuación de la normativa sustantiva de fundaciones, tal y como se ha hecho en el ámbito mercantil. Parece adecuado, además, mantener un modelo de lle-

vanza simplificado de la contabilidad para las fundaciones de reducida dimensión y eliminar la obligación de presentar un plan de actuación, dada su escasa utilidad práctica.

11.^a Resultaría muy positiva la adecuación del sistema de destino de rentas e ingresos a la coyuntura económica. Por otro lado, se ha puesto de manifiesto que, en determinada coyuntura económica, el sistema de destino de rentas e ingresos previsto en la normativa puede resultar perjudicial para los intereses de la fundación. Por este motivo cabría que en la regulación actual del destino de rentas e ingresos se incluyera una mención mediante la cual se permitiera al Protectorado, apreciadas las circunstancias concurrentes, reducir provisionalmente el porcentaje de la renta neta que ha de destinarse al cumplimiento de los fines fundacionales (actualmente 70%) o ampliar el plazo de destino (actualmente de cuatro años más el de la obtención de la renta).

En caso de que se llevara a cabo la modificación planteada, sería necesario adecuar esta previsión a la norma fiscal, Ley 49/2002, a efectos de los requisitos para acceder al régimen fiscal especial.

12.^a Convendría establecer un sistema de autorización anual y comunicación para la contratación de patronos que no supere determinada cuantía. La contratación de los patronos con la fundación es admitida por la regulación actual, sin que se considere desvirtuada por este motivo la gratuidad del cargo, gratuidad que se consagra como principio general tanto por la Ley de Fundaciones como por la normativa fiscal. No obstante, dicha contratación se sujeta a la autorización previa del Protectorado, como forma de evitar la posible colisión de intereses del patrono y los de la fundación. Al igual que en el procedimiento de autorización previsto para determinados actos de disposición patrimonial, la respuesta de la Administración dilata en el tiempo la decisión última sobre la contratación del patrono o incluso provoca la no contratación de éste, aun siendo la solución idónea. En este sentido, debería mantenerse la autorización previa del Protectorado, pero incluyendo la posibilidad de que la autorización se extienda a un determinado período de tiempo, para aquellos supuestos en los que la actividad de la fundación así lo requiera, tal y como está previsto actualmente para la enajenación de valores cotizados que formen parte de la dotación (solicitud de autorización anual comunicando trimestralmente al Protectorado las enajenaciones efectuadas, pudiendo este revocar la autorización cuando aquellas fueran lesivas para la fundación, sin perjuicio de la eficacia de las operaciones ya realizadas). Esta práctica ya está de hecho siendo arbitrada por algunos Protectorados, admitiendo que se solicite la autorización indicando las condiciones de las contrataciones y comunicando posteriormente las que se hayan realizado.

A propósito de lo anterior, cabría excluir la autorización para aquellas contrataciones cuyo coste por patrono no sea significativo, sustituyéndose por una comunicación posterior.

Además, en pro de una mayor transparencia, debería incluirse en el artículo referido a la autocontratación, una mención expresa a la que se pueda producir entre la fundación y las sociedades en cuyo capital tenga una participación mayoritaria el patrono o una mayoría de los derechos de voto. Estos supuestos se sujetan generalmente en la actualidad a la autorización previa del Protectorado, pero sin que se encuentren debidamente reflejados en la actual normativa.

13.^a Han de articularse y fomentarse los mecanismos idóneos (bien la modificación o la fusión) para lograr que la fundación siga subsistiendo, antes de proceder a su extinción. Ahora bien, si se produjese la extinción y subsiguiente liquidación de la fundación, la cuestión nuclear y que más enjundia plantea es la del destino de los bienes y derechos resultantes de tal liquidación. Pues bien, se defiende el no retorno de los bienes y derechos fundacionales al fundador, sus causahabientes o cualesquiera otros destinos ajenos al interés general. Opción que coincide con la tomada por la Constitución (art. 34.1), el Código Civil (art. 35.1), la legislación fundacional (en especial, art. 33 de la Ley 50/2002), sin perjuicio de la doctrina del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado (significativamente, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 9 de diciembre de 2008, y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de enero de 2008). Y criterio que se compadece perfectamente con la esencia de la persona jurídica tipo fundación. En definitiva, se respetaría el contenido esencial del Derecho de fundación (cfr. art. 53.1 CE) y, por consiguiente, la garantía del instituto.

14.^a Como ya hemos apuntado más atrás, se hace especialmente necesaria la existencia de un Protectorado único en el ámbito de la Administración General del Estado (que podría utilizar la vía de las Agencias independientes), dotado de suficientes medios y recursos humanos, cuya labor se circunscriba, tanto a la verificación de la rendición de cuentas de las fundaciones, como a aquellos aspectos de la vida de la fundación que resultan más trascendentes, tales como la modificación, la fusión o la extinción, reconociendo el papel medular del Patronato en la fundación y abandonando el sistema de control *ex ante*, por un sistema de control *ex post* de la actividad fundacional, reforzado con el régimen de responsabilidad de los patronos. En cualquier caso, este control no puede suponer la imposición de obligaciones, limitaciones o acciones discrecionales y ha de ser un control reglado.

Respecto de la intervención del Protectorado sobre la actividad de la Fundación y con el fin de facilitar la flexibilidad en la gestión de las fundaciones, y primando el papel de las fundaciones como instrumento de participación de la sociedad civil en la consecución de fines de interés general, el Protectorado debe reforzar su intervención con un mayor peso en el papel de apoyo y asesoramiento que en el de control y vigilancia.

15.^a Se hace necesaria la entrada en funcionamiento del Registro único de fundaciones de competencia estatal, regulado en el artículo 36 de la actual Ley de Fundaciones y que ya previó la Ley de 1994, de forma que pueda contarse con un cuerpo doctrinal, hasta ahora inexistente, que dote de mayor seguridad jurídica a la actividad fundacional y su relación con terceros.

En ese sentido, el retraso en la constitución del órgano previsto en el artículo 8 del Real Decreto 1611/2007, por el que se aprueba el Reglamento de Registro de Fundaciones de Competencia Estatal, facilita la diversidad de criterio entre las distintas fundaciones, como consecuencia de la adscripción de las fundaciones a distintos Protectorados. Se debe reforzar la utilidad de la función de consulta del artículo 10.1.g) del Reglamento que realizan estos órganos, arbitrando un sistema de publicidad de las resoluciones que dicten en el ejercicio de la función indicada, reservada inicialmente, como indica el precepto, a cuestiones de interés general. Sistema de publicidad no previsto inicialmente en la norma pero que, indudablemente, permitiría conocer con claridad el criterio mantenido por el órgano de control en situaciones análogas precedentes.

Tal vez se compadecería bien con la generalización del fenómeno fundacional en el ámbito de la Unión Europea la existencia de una sección especial en el Registro de fundaciones para la inscripción de las «de interés para Europa». Así las cosas, procede articular los mecanismos necesarios para favorecer la creación de fundaciones europeas, idóneas para incrementar la cooperación, y sin perjuicio de la exigencia de su válida constitución con arreglo a su ley personal y el mantenimiento de una delegación en España, que constituye su domicilio; sin obviar la disposición de un férreo control previo a su inscripción en el Registro de fundaciones, siempre que no obstaculice el fomento de dichas fundaciones que, sin duda, reclaman una nueva configuración *ad hoc* de *lege ferenda* que permita disponer de una adecuada y moderna ordenación normativa en el ámbito del Derecho comunitario, en el sentido que abordaremos con más detalle en la parte final de este listado de propuestas.

16.^a También la entrada en funcionamiento del Consejo Superior de Fundaciones resulta clave, no solo como órgano consultivo de la Administración en materia fundacional y de participación del sector, sino como órgano

de coordinación administrativa, absolutamente necesaria, a través principalmente de la Comisión de Información y Cooperación registral.

17.^a En el ámbito de las llamadas fundaciones del sector público se ha producido un incremento normativo que en muchos de los casos no ha tenido la necesaria coordinación con el resto de normativa, ni en la definición de las fundaciones de iniciativa pública ni en el alcance de las normas. Además, en muchas normas no se hace mención específica a las fundaciones del sector público y se emplean conceptos indeterminados como entidad pública, entidad de derecho público o ente público, que hacen que se presenten dudas sobre si la misma es aplicable a las fundaciones de iniciativa pública. Seguidamente formulamos algunas propuestas de mejora de futuro en esta materia ⁵:

Unificar el concepto de fundación del sector público en las distintas normativas, tanto en la legislación básica aplicable como en la de las Comunidades Autónomas, a los efectos de evitar algunas disparidades injustificadas.

Desvincular el concepto de fundación del sector público de la dotación inicial, en tanto que esta no debe ser determinante en la aplicación de un régimen jurídico inamovible.

Precisar el concepto de financiación con carácter de permanencia, en especial con relación a las subvenciones vinculadas a proyectos, de tal manera que fundaciones privadas no puedan verse inmersas en normas públicas.

Sistematizar el concepto de entidad pública o ente público en la totalidad del ordenamiento, a los efectos de identificar en qué normas pueden tener cabida las fundaciones del sector público y qué normas quedan excluidas. Especialmente importante es respecto de las Leyes de Presupuestos que en cada ejercicio se aprueban en las Comunidades Autónomas.

Modificar el artículo 3 de la Ley 49/2002, del régimen fiscal, a los efectos de que las fundaciones del sector público puedan cumplir con algunos requisitos que son incompatibles con su consideración como medio propio a los efectos de la Ley de Contratos del Sector Público.

Adecuar la normativa específica de las distintas Comunidades Autónomas y del Estado a la legislación básica existente. Por ejemplo, el artículo 46 de la Ley 50/2002 contiene preceptos para las fundaciones del sector público estatal que posteriormente han sido abordados por norma básica, con un texto distinto, y que deberían ser modificados. Es el caso de las ayudas públicas (regula-

⁵ Vid. BLÁZQUEZ LIDOY, «Fundaciones públicas: consideraciones generales sobre su régimen jurídico», *Tratado...*, ob. cit., pp. 329 y ss.

das por la Ley General de Subvenciones) o contratos (regulados por la Ley de Contratos del Sector Público).

En definitiva, sería aconsejable que el régimen jurídico de las fundaciones del sector público en los distintos ámbitos fuera lo más uniforme posible.

18.^a La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de fundaciones se mueve en un sistema complejo y equívoco, dada la naturaleza particular de la fundación, objeto típico del Derecho civil pero altamente influido por otras parcelas del Derecho, especialmente el Derecho administrativo.

La competencia estatal para garantizar las condiciones básicas en el ejercicio del derecho a fundar llega a eclipsar al título material específico en materia de fundaciones proclamado hoy en todos los Estatutos de autonomía. Este amplio espacio competencial estatal, dedicado a garantizar que las fundaciones carezcan de ánimo de lucro y se vinculen al interés general, vacía en la práctica de contenido las competencias autonómicas, centradas en los aspectos administrativos de las fundaciones. De hecho, el título relativo al desarrollo del derecho civil especial solo resulta un techo competencial más alto para las Comunidades de Cataluña y Navarra.

Finalmente, la Ley estatal de fundaciones, aun reconociendo a las Comunidades Autónomas plenas facultades de carácter ejecutivo en materia de fundaciones, reserva al Estado algunas competencias ejecutivas en la materia. Semejante reserva estatal, siquiera limitada a las fundaciones de competencia estatal, se justifica difícilmente sobre la base del mero criterio de la supraterritorialidad de las actividades de las fundaciones.

II. En torno al Derecho autonómico sustantivo de Fundaciones ⁶

19.^a Al referimos a la normativa sustantiva reguladora de las fundaciones lo hacemos, por definición, a la norma fundamental, la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones. No obstante, no se puede perder de vista la actividad legislativa y normativa desarrollada por las Comunidades Autónomas, particularmente desde la aprobación de la Ley 50/2002, por ser este un fenómeno cada vez más relevante, teniendo en consideración que el número de fundaciones de ámbito autonómico que se constituyen ha crecido seguramente en mayor proporción que el de las fundaciones de ámbito estatal, sobre todo en sectores como el de la asistencia social o el educativo. Hasta el mo-

⁶ *Vid.* los diferentes trabajos sobre el régimen de las fundaciones en las Comunidades Autónomas en el *Tratado...*, ob. cit., pp. 375-733.

mento, son diez las Comunidades Autónomas que han aprobado su propia norma legal de fundaciones.

20.^a Una parte importante de las reformas de leyes autonómicas o desarrollos *ex novo* producidos con posterioridad a la entrada en vigor de la norma estatal de 2002 —como ocurrió con algunas de las normas autonómicas aprobadas con posterioridad a la del 94— se han limitado a incorporar aquellas cuestiones novedosas que la Ley 50/2002 introdujo respecto a la Ley 30/1994: entre otras, la sustitución de algunos procedimientos de autorización por los de comunicación, la flexibilización de algunas normas de funcionamiento del Patronato, como la posibilidad de delegación de voto de los patronos, o la figura del patrono gerente. Sin embargo, en muchos casos no han planteado soluciones innovadoras a algunos de los problemas que se han puesto de manifiesto, a pesar de que son muchas las materias que no tienen carácter básico y cuya regulación no está atribuida en exclusiva al Estado.

21.^a En otros casos, por el contrario, sin perjuicio de las soluciones adoptadas, ha sucedido que algunas normas autonómicas no han respetado el marco competencial reservado al Estado, bien por regular condiciones básicas que garantizan la igualdad de los españoles en el ejercicio del derecho de fundación (art. 149.1.1.^a de la CE), bien por su naturaleza procesal (art. 149.1.6.^a de la CE), bien por su naturaleza de derecho civil (art. 149.1.8.^a de la CE). De esta manera se ha producido lo que algunos autores han denominado una «invasión reguladora».

22.^a El análisis comparado de las diferentes legislaciones autonómicas debe centrarse en aquellos aspectos que definen la propia institución fundacional y perfilan los límites del derecho de fundación para fines de interés general: régimen de intervención administrativa y de supervisión del Protectorado respecto de la administración del patrimonio fundacional y respecto del funcionamiento de su órgano de gobierno, suficiencia de la dotación fundacional como elemento determinante de la existencia de la propia fundación, destino de los bienes en caso de extinción de la fundación, e incluso modificación, fusión y extinción de la fundación, aun existiendo una limitación competencial en estos últimos supuestos. Del análisis conjunto de estos elementos pueden seguramente extraerse conclusiones que sirvan para hacer propuestas de mejora de las distintas normas autonómicas y de la propia Ley 50/2002, o al menos pongan de manifiesto cuáles son los ejes sobre los que tradicionalmente bascula el legislador y sobre los que con toda seguridad habrá que volver en futuros desarrollos.

23.^a Por orden cronológico en la vida fundacional y por su trascendencia, uno de los aspectos que necesariamente ha de analizarse es el de la *suficien-*

cia de la dotación fundacional. Si el debate acerca de cuál es el valor en el que razonablemente ha de fijarse tal suficiencia parecía de nuevo cerrado tras la aprobación de la Ley 50/2002, al determinarse en 30.000 euros, tal debate fue reabierto a propósito de la promulgación del Libro III del Código Civil catalán, referido a las personas jurídicas, que elevó la cantidad para las fundaciones catalanas a 60.000 euros. Sin entrar en el debate de si ésta es o no una de las manifestaciones de la citada «invasión reguladora», vuelven a surgir preguntas como la de que, si la fundación ya no se define como un «patrimonio» afecto a fines de interés general sino como una «organización», en la que el elemento personal cobra relevancia, ha de permitirse entonces la constitución de fundaciones con una dotación inferior, que faciliten la viabilidad jurídica de proyectos de interés general que, aunque de inicio no cuenten con importantes recursos, sean capaces de generarlos posteriormente, sobre todo en los casos en los que no se den tampoco los elementos propios de la figura asociativa. Más allá del debate doctrinal, como evidencia Peñuelas i Reixach ⁷, esta exigencia endurece los requisitos de constitución de una fundación en el ámbito de la Comunidad Autónoma, lo cual, según nuestro parecer, podría suponer un desaliento para su constitución.

24.^a Pero además ha de advertirse el fenómeno por el cual, algunas legislaciones autonómicas desvirtúan la presunción de suficiencia de la dotación cuyo valor ascienda a 30.000 euros, exigiendo que además de dicha aportación, el fundador justifique la adecuación de la dotación a los fines fundacionales mediante la presentación del primer programa de actuación, como sucede en el caso de Andalucía y del País Vasco.

25.^a Lo cierto es que la concepción patrimonialista de la fundación, a pesar de que pueda considerarse escaso el sustrato patrimonial con el que nuestra legislación permite constituir estas entidades, sobre todo si lo comparamos con otros ordenamientos de nuestro entorno, no ha sido superada realmente por ninguno de los ordenamientos autonómicos, lo que se pone de manifiesto al referirnos al *régimen de disposición de bienes y derechos del patrimonio fundacional*. Así, en casi todas las legislaciones autonómicas sigue predominando la intervención administrativa, exigiendo la previa autorización del Protectorado para la realización de actos de disposición que recaigan sobre ciertos bienes. Pues bien, todos los sistemas prestan en primer lugar atención a si los actos de disposición patrimonial recaen o no sobre la dotación fundacional o sobre los bienes y derechos de contenido patrimonial afectos sin carácter per-

⁷ «El derecho de fundaciones en Cataluña. Singularidades del régimen jurídico de las fundaciones de competencia catalana respecto al estatal», en DE LORENZO, PIÑAR y SANJURJO (dirs.), *Tratado de Fundaciones*, ob. cit., pp. 459 y ss.

manente a los fines fundacionales por una declaración expresa de voluntad, cuestión por otra parte no siempre fácil de determinar. En segundo lugar, el sistema de autorización o comunicación se refiere, bien a la naturaleza de los bienes —inmuebles, de patrimonio histórico, etc.— bien al importe del acto de disposición y lo que represente respecto al activo de la fundación. En los casos en los que se ha mantenido el sistema de autorización, dicho procedimiento se prevé para los primeros (los referidos a la dotación o masa patrimonial asimilada) mientras que para los segundos se prevé el procedimiento de comunicación.

26.^a Además, debe tenerse presente que las cautelas que la Ley 50/2002, de Fundaciones, impone sobre la administración patrimonial de éstas han perdido hoy buena parte de su fundamento en la mayoría de los casos, ya que cada vez está más extendido el modelo de fundación que no cuenta con un gran patrimonio que debe ser preservado, sino con unos ingresos que consume casi inmediatamente. De esta forma, las precauciones que el legislador impuso para salvaguardar la integridad patrimonial de las fundaciones se aplican sobre una realidad que ha cambiado sustancialmente y se erigen en un lastre administrativo que distrae recursos del cumplimiento de los fines de interés general por parte de la fundación y de la función de supervisión por parte de los Protectorados. En esta materia, las normas autonómicas, aun teniendo margen para ello, no han sido especialmente innovadoras.

27.^a Dicho esto, en cualquier caso, con el fin de reducir la intervención de los poderes públicos en el funcionamiento de las fundaciones, parece deseable que se produjera la sustitución definitiva de los procedimientos de autorización previa del Protectorado por los de comunicación, como en la práctica ocurre en la Ley de Fundaciones de Interés Gallego (Ley 12/2006, de 1 de diciembre) —que lo ha previsto incluso para la contratación de patronos—, la Ley de Fundaciones de la Comunidad de Madrid (Ley 1/1998, de 2 de marzo) o la Ley de Fundaciones del País Vasco (Ley 12/1994, de 17 de junio). La finalidad manifiesta de esta propuesta es la de agilizar la administración patrimonial de las fundaciones, pudiendo el Protectorado llevar a cabo las acciones legales procedentes en caso de perjuicio para la fundación o desviación de los recursos de la fundación a fines ajenos a la misma. Igualmente, sería deseable la simplificación de los supuestos sujetos a autorización o comunicación en su propia definición, supuesto del actual artículo 22 de la Ley de Fundaciones de la Comunidad Valenciana (Ley 8/1998, de 9 de diciembre) y, sobre todo, la simplificación de la tramitación administrativa. En este punto, muchas de las legislaciones autonómicas quizá debieran seguir en su desarrollo reglamentario el sistema adoptado por el Reglamento de Fundaciones de competencia estatal, que simplificó notablemente el sistema introducido por el desarrollo de la Ley del 94.

28.^a Debe llamarse además particularmente la atención sobre la necesidad de regular los efectos del silencio administrativo en sentido positivo, pues de lo contrario las consecuencias para las fundaciones podrían ser paralizadoras y claramente perjudiciales desde el punto de vista económico. Es por esto por lo que la Ley de Fundaciones de la Comunidad Valenciana ha de ser criticada en este punto, al prever, tras la reforma operada en el año 2008, que, transcurrido el plazo de resolución o el plazo de oposición del Protectorado, en el caso de la modificación, fusión o extinción, las solicitudes se entenderán desestimadas.

29.^a A esto ha de añadirse que, con carácter general, en otro aspecto como es el de la delegación de funciones del Patronato en algunos de sus patronos o en una comisión delegada formada por éstos, los actos indelegables se vinculan en los ordenamientos autonómicos con carácter general, siguiendo la Ley estatal, a actos de cierta trascendencia en la vida de la Fundación, como son los de modificación, fusión y extinción, y además a aquellos actos que requieran autorización o, en algunos casos, comunicación.

30.^a No obstante lo anterior y aun con las críticas que cabe hacer a alguna de las normas autonómicas por no haber avanzado en términos generales en una materia en la que tienen competencia, debe señalarse que el contrapeso a la eliminación del régimen de autorizaciones para la realización de actos de gestión patrimonial, o para la eliminación de otras autorizaciones, como la referida a la contratación de patronos, se encuentra en la mayor responsabilidad que, en ese caso, deben asumir los patronos. Sin embargo, lo cierto es que, aunque por sí misma la eliminación de las autorizaciones estuviera reforzando dicha responsabilidad, el régimen de *responsabilidad de los patronos* como tal, y el grado de diligencia con la que estos han de actuar, al constituir legislación civil, no deja margen de actuación a las Comunidades Autónomas, sino que ha de ser regulado por la norma del Estado. Solo el Libro III del Código Civil de Cataluña y la Ley de Fundaciones del País Vasco, aun extralimitando sus competencias según la tesis a la que nos atengamos en cuanto al reparto competencial, se refieren respectivamente a la diligencia de un «buen administrador» y a la obligación de los patronos de administrar el patrimonio fundacional «con los criterios económico-financieros de un buen gestor». En los demás casos, siguiendo la previsión del artículo 17.1 de la Ley 50/2002, las normas autonómicas señalan que la diligencia exigible a los patronos es la de un representante leal.

31.^a Relacionado con el régimen de administración patrimonial se encuentra el *régimen de destino de rentas e ingresos* de la fundación, que se traduce en la obligación, presente en todas las normas autonómicas y en la estatal, de

destinar las rentas que la fundación obtenga al cumplimiento de los fines fundacionales. Pues bien, tampoco aquí los avances, siendo ésta una materia que puede desarrollar el legislador autonómico, han sido significativos. Más allá de mejoras puramente técnicas, ninguna norma autonómica ha superado el reto de adaptar esta obligación a la coyuntura económica cuando, como se ha señalado en diversos estudios de la obra en que se basan estas reflexiones y propuestas⁸, se ha puesto de manifiesto que deben introducirse ciertas correcciones en él, puesto que puede resultar perjudicial para los intereses de la fundación y poner en riesgo su viabilidad y subsistencia, precisamente en fundaciones con un patrimonio suficiente cuyas rentas permitan a la fundación cumplir con sus fines fundacionales. En definitiva, aquellas fundaciones que se ajustan más al concepto patrimonial de fundación.

32.^a Por lo que se refiere a la modificación, fusión y extinción de la fundación, debe tenerse en cuenta que se trata de materias que, o bien constituyen legislación civil (modificación y fusión) o bien afectan a las condiciones básicas para el ejercicio del derecho de fundación (extinción) por lo que resultan de aplicación general, sin perjuicio en los dos primeros casos de la aplicabilidad del Derecho foral. Sin embargo, sí pueden regular las Comunidades Autónomas los procedimientos de modificación y fusión, procedimientos a través de los cuales se regula en la práctica, casi siempre a través del desarrollo reglamentario, la intervención que el Protectorado puede tener en estos procesos. Aquí hay que destacar la necesidad de que la intervención del Protectorado se ajuste a criterios de legalidad y no de oportunidad, lo que, en algunos casos, no queda del todo solventado. La Ley de Fundaciones de Castilla y León ha adoptado una solución que parece positiva al prever, a diferencia de lo que sucede en el ordenamiento estatal y en otros autonómicos, que la modificación estatutaria se eleve a documento público y entonces se comunique al Protectorado, señalando que este deberá considerar si la documentación aportada reúne o no los «requisitos formales y materiales», adoptando, en su caso, resolución motivada declarando la no adecuación de la modificación estatutaria a la normativa aplicable. No exige por tanto un procedimiento en el cual, previo a la elevación a público de los acuerdos, deba el Protectorado verificar la modificación estatutaria, lo que, en la práctica, convierte un procedimiento de mera comunicación en un procedimiento de autorización, en el cual la oposición se produce por motivos de oportunidad y no siempre respecto de aspectos esenciales que pudieran contravenir la voluntad fundacional. Sí hace hincapié en estos aspectos la legislación catalana, al prever que la intervención del Protectorado se ceñirá en el procedimiento de modificación a ve-

⁸ *Tratado de Fundaciones*, ob. cit.

rificar si la misma es contraria a la Ley, si contraviene a una prohibición expresada por los fundadores y si se aparta de la voluntad de los fundadores en lo que afecta a la denominación, las finalidades, la aplicación de los recursos, el destino de los bienes sobrantes o la composición del patronato.

En el procedimiento de fusión, la regulación autonómica ha sido en general más prolija que la legislación estatal, regulando en algunos casos distintos supuestos de fusión: la fusión por absorción o la fusión que da lugar a la creación de una nueva fundación. Además, el Libro III del Código Civil catalán contempla la transformación de asociaciones en otras entidades de naturaleza no lucrativa, siendo esta una de las propuestas tradicionales del sector fundacional, por el fenómeno tan frecuente de fundaciones constituidas por asociaciones.

33.^a Por último, y sin ánimo de constituir una propuesta de *lege ferenda*, mención especial merece la denominada «cláusula de reversión» de los bienes fundacionales, reconocida por la Comunidad de Madrid a través de la previsión legal de que *a los bienes y derechos resultantes de la liquidación de una fundación extinguida se les dará el destino previsto por el fundador*. De esta manera, la ley madrileña ha optado por un sistema en el que se otorga más peso a la voluntad del fundador, dado que a través de dicha redacción se contempla la posibilidad de que el fundador prevea que los bienes resultantes de la liquidación reviertan en su patrimonio. Mediante la mencionada cláusula se reconoce al fundador la posibilidad de decidir el destino de los bienes de la fundación extinguida, contemplando incluso la posibilidad de establecer para estos un destino que implique sustraerlos de su afección a fines de interés general (en los términos que ha señalado la Sentencia del Tribunal Constitucional 341/2005, de 21 de diciembre).

La Ley de fundaciones de interés gallego ha regulado también esta materia de manera parecida a la Ley de la Comunidad de Madrid, pero, a la posibilidad de que el destino de los bienes sea el previsto por el fundador, añade que dicho destino lo será también el decidido por el Patronato cuando tenga reconocida dicha facultad en la carta fundacional. Ambos constituyen ejemplos claros de que con estas disposiciones el legislador autonómico se apartó de la regulación estatal en la que el destino de los bienes resultantes de la liquidación será el de otras entidades no lucrativas privadas que persigan fines de interés general.

III. Reflexiones y propuestas sobre la fiscalidad de las Fundaciones

34.^a La Ley 49/2002 constituyó, a juicio del sector fundacional, un avance importante respecto al régimen fiscal de entidades sin fines lucrativos previsto en la Ley 30/1994, al mejorar el régimen de tributación de estas entidades, constituyendo uno de los regímenes fiscales más beneficiosos de los países de nuestro entorno. No obstante, lo cierto es que la aplicación de la Ley 49/2002 ha puesto de manifiesto ciertas lagunas en la regulación de los requisitos de acceso al régimen fiscal especial contemplados en su artículo 3, provocando algunas incertidumbres que resulta conveniente solventar, para evitar interpretaciones que pueden excluir de su ámbito de aplicación a fundaciones y a otras entidades sin ánimo de lucro que, a priori, no debieran quedar «relegadas» al régimen de entidades parcialmente exentas, pues como señala la exposición de motivos de la norma, *«la justificación de estos requisitos obedece a la intención de asegurar que el régimen fiscal especial que se establece para las entidades sin fines lucrativos se traduce en el destino de las rentas que obtengan a fines y actividades de interés general»*. En este sentido, sería positivo aclarar algunos de los requisitos del artículo 3 de la Ley 49/2002, entre otros, el de que las actividades de interés general de las entidades sin fines lucrativos pueden realizarse, bien por las propias entidades, bien financiando los proyectos de otras.

35.^a Por lo que se refiere a la tributación en el Impuesto sobre Sociedades de las rentas obtenidas por las entidades sin fines lucrativos, aun siendo positivo el sistema adoptado por la Ley 49/2002 respecto de la exención de las actividades económicas, sobre todo por su aplicación automática y no rogada, parece lógica la actualización de la lista de las actividades que deban estar exentas, para ajustarla a la realidad del ámbito de la actividad de las entidades sin fin de lucro.

36.^a También las exenciones en los tributos locales previstas en la Ley 49/2002 requieren ciertos ajustes, no tanto para establecer nuevos incentivos, como para mejorar técnicamente determinados supuestos no previstos en la regulación actual: respecto al IBI, por ejemplo, contemplar el supuesto de bienes afectos parcialmente a actividades económicas exentas y no exentas y sobre todo recoger, como ha señalado la Administración Tributaria, que las exenciones reguladas en el artículo 15 de la Ley 49/2002 son exenciones *ope legis* o automáticas, que no necesitan la solicitud del sujeto pasivo y por tanto tampoco el reconocimiento de las mismas por las entidades locales. Sí sería deseable el establecimiento de un nuevo incentivo en lo que a tributación local se refiere, como sería la previsión en la Ley de Haciendas Locales de una

posible bonificación, en el Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras, para las entidades acogidas a la Ley 49/2002.

37.^a Pero es la tributación indirecta, el IVA en concreto, la que resulta claramente perjudicial para las entidades sin fines lucrativos, por lo que deben analizarse, dadas las dificultades técnicas de modificación del Derecho de la Unión Europea, los sistemas de restitución nacional ya aplicados en otros países para entidades sin ánimo de lucro y también para entidades locales, así como otras posibles modificaciones de nuestra Ley para las que aquel sí deja margen.

38.^a Si el régimen subjetivo de tributación de las fundaciones es considerado positivo en términos generales, existe también un acuerdo en el sector y en numerosos ámbitos sociales en considerar que el régimen de incentivos al mecenazgo recogido en la Ley 49/2002 resulta claramente insuficiente, dado que esta norma se limitó a reproducir los incentivos fiscales al mecenazgo previamente existentes con ligeros cambios, por lo que siguen siendo insuficientes y no estimulan el crecimiento de la participación privada en la realización de actividades de interés general.

Una mejora de los incentivos al mecenazgo supondría un claro reconocimiento del papel social y económico que desempeñan las entidades sin fines lucrativos y el tercer sector en general, en la sociedad actual, en la atención de importantes demandas sociales. La mejora de los incentivos redundaría en un claro aumento de la colaboración de particulares y empresas, tal y como ha quedado de manifiesto en un país como Francia, en el que el aumento de los porcentajes de deducción al 60% y 66% en el Impuesto sobre Sociedades y sobre la Renta de las Personas Físicas se ha traducido en un claro aumento de las colaboraciones.

39.^a Como se señala en la obra que sirve de base a estas reflexiones y propuestas, *«los excesos de presión fiscal y las críticas a la eficiencia del Sector Público, orientaron a la sociedad civil a asumir responsabilidades tradicionales de éste en materia de servicios sociales, culturales, educativos, medioambientales, etc... La actual crisis fiscal hace, sin duda, todavía más imprescindible este papel complementario de las entidades sin fin de lucro, no solo en los países en vías de desarrollo sino en el primer mundo donde pobreza y marginación están creciendo alarmantemente»*⁹.

40.^a Así, se hace necesario un aumento de los porcentajes de deducción tanto en el Impuesto sobre Sociedades como en el IRPF; el reconocimiento

⁹ CRUZ AMORÓS, «Introducción a la fiscalidad de las fundaciones en España», en *Tratado de Fundaciones*, ob. cit., p. 740.

de las prestaciones de servicios gratuitas como mecenazgo fiscalmente deducible y «no penalizado»; la equiparación de los incentivos fiscales de los convenios de colaboración empresarial al de las donaciones puras y simples; el reconocimiento de incentivos fiscales a las donaciones de contribuyentes españoles a entidades sin ánimo de lucro establecidas en otros países de la UE, teniendo en cuenta así el contexto globalizado en el que las fundaciones y las entidades sin fines lucrativos actúan y buscando reciprocidad para las donaciones de contribuyentes de otros estados miembros a nuestras entidades; o permitir la participación del sector en la determinación anual de las actividades prioritarias de mecenazgo, para que se identifiquen con las necesidades reales de la sociedad.

41.^a En cuanto al régimen de mecenazgo no deben olvidarse tampoco los problemas de aplicación que han venido surgiendo en los casos de aportaciones de contribuyentes de territorios forales a entidades de régimen común, y en los de las aportaciones de contribuyentes de régimen común a entidades acogidas a algunas de las normas forales de régimen fiscal de entidades sin fines lucrativos ¹⁰.

42.^a Por lo que se refiere a las Comunidades Autónomas ¹¹, cabe señalar que, con excepción de las de régimen foral, su ámbito de posibilidades normativas para influir en el régimen tributario de las fundaciones y entidades sin fin de lucro es muy reducido, «*al carecer éstas de la posibilidad de incidir en los impuestos estatales que configuran el “núcleo duro” de su tributación (Sociedades y Valor Añadido) y tener poco margen en los tributos cedidos*» ¹², aparte las especialidades del régimen especial de Canarias.

Es en materia de mecenazgo donde los incentivos fiscales autonómicos se han mostrado más activos, por la capacidad normativa de las Comunidades Autónomas en la fijación de las deducciones de la cuota del IRPF. Sin embargo, el amplio rango y variabilidad de las deducciones autonómicas en materia de mecenazgo ¹³ llevan a proponer la conveniencia de un proceso de armonización en esta materia que garantice la mayor neutralidad posible en las decisiones de patrocinio y mecenazgo de los contribuyentes.

¹⁰ S. LÓPEZ RIBAS, «Régimen fiscal del Mecenazgo en las Comunidades Autónomas», en *Tratado de Fundaciones*, ob. cit., pp. 849 y ss.

¹¹ A las que se refiere el *Tratado* tantas veces citado en las pp. 747-843.

¹² CORCUERA TORRES, «La capacidad normativa de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales respecto al Régimen Fiscal de las Fundaciones», en *Tratado...*, ob. cit., pp. 747 y ss.

¹³ LÓPEZ RIBAS, «Régimen fiscal del mecenazgo...», ob. cit.

Las Haciendas Forales¹⁴ se han mantenido en una saludable aproximación al régimen común, tanto en la fiscalidad subjetiva de fundaciones y entidades sin fin de lucro como en materia de mecenazgo, lo que sería deseable que se mantuviera en el futuro como criterio de política tributaria.

IV. El horizonte jurídico del Tercer Sector y de las Fundaciones

43.^a Una de las cuestiones que se ha convertido en camino crítico para la consolidación del Tercer Sector es la insuficiencia de una construcción científica sólida y generalizada que determine con precisión la conceptualización de este sector, así como aspectos esenciales tales como su misión, fines o tipología de las organizaciones que lo constituyen, con la finalidad primordial de disponer de elementos de conocimiento y de fijación de las grandes coordenadas que den respuesta a la cuestión de qué es y quiénes lo componen. Ello facilitará la consecución del reconocimiento y ordenación de esta realidad socioeconómica en el ordenamiento jurídico, pues resulta imprescindible una norma de rango legal que contemple los elementos esenciales del Tercer Sector como representante genuino e interlocutor legitimado para intervenir en la defensa y mejora de los intereses sociales de la persona y de los colectivos con mayores necesidades de protección.

Por ello, y entre otros aspectos, hay que avanzar en la diferenciación e identidad del Tercer Sector y, específicamente, en las esencias del mismo: organizaciones privadas, ausencia de ánimo de lucro y realización de un interés general¹⁵. De estas tres notas, la doctrina científica debe estudiar más el concepto de interés general, ya que este constituye un título de legitimación frente a la sociedad en general. Se trata de algo de la mayor importancia, ya que es el mecanismo para abrir el Tercer Sector a nuevas energías y a mayores aportaciones. Pero también constituye la justificación más convincente frente a las Administraciones y los Poderes Públicos, agentes relevantes y que con sus contribuciones (subvenciones y ayudas) constituyen un soporte básico de arranque y mantenimiento de las organizaciones privadas del Tercer Sector al que nos referimos.

44.^a Hay que insistir en que la libertad y la igualdad son las dos grandes columnas en que se apoya el edificio del Tercer Sector. La libertad es el punto de arranque y supone la determinación de los fines de la organización, su es-

¹⁴ Como se explica ampliamente por CRUZ AMORÓS, «Régimen fiscal de las fundaciones en las Comunidades Autónomas de régimen foral», en *Tratado...*, ob. cit., pp. 803 y ss., y LÓPEZ RIBAS, ob. últ. cit.

¹⁵ CALVO ORTEGA, «Tercer Sector y Estado Social», *Tratado...*, ob. cit., pp. 961 y ss.

estructura y la relación con los tipos jurídicos asumidos por los ordenamientos. Principalmente, con la organización y la asociación. La cuestión que debe investigarse es si los tipos actuales dan respuesta jurídica y asociativa a las necesidades de desarrollo del Tercer Sector. En esta línea, tiene interés particular la adecuación de las organizaciones con las normas que regulan el fenómeno asociativo. Igualmente, es importante avanzar en la relación con las Administraciones para hacer compatible la satisfacción por estas de la correcta utilización de las subvenciones y ayudas con la necesaria libertad y flexibilidad de actuación de las organizaciones privadas.

45.^a El funcionamiento democrático de las organizaciones del Tercer Sector (sin perjuicio de las peculiaridades propias de la organización y funcionamiento de las fundaciones) es básico para el desarrollo de los objetivos, así como para la mayor difusión y aceptación por la sociedad. Este funcionamiento democrático debe permitir una transparencia y, en consecuencia, un avance continuo de la aceptación de las organizaciones. La realidad actual es satisfactoria y debe conocerse al máximo para que redunde en favor del Sector mismo.

46.^a La relación del Tercer Sector con las Administraciones comienza a romper la tesis de que el Estado es una construcción «desde arriba». Si la esencia del Estado Social son las políticas orientadas a la realización del valor igualdad (uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento según la Constitución), su realización «desde abajo» protagonizada por los ciudadanos con la colaboración de los Poderes Públicos ofrece el mayor interés ¹⁶.

47.^a Debe considerarse la posibilidad de promover una modificación constitucional, o aguardar a que se abra en algún momento este proceso de revisión, para incorporar a la Constitución Española de 1978 una mención expresa a la democracia participativa como medio de participación directa de los ciudadanos y la sociedad civil articulada en los asuntos colectivos de interés general, reconociendo al tiempo la relevancia del diálogo civil como mecanismo para esta participación activa ¹⁷.

48.^a Es el momento de desarrollar y articular el diálogo civil. El Tercer Sector ha de reclamar su participación y representación en el diálogo social, porque en el mismo se discuten asuntos en los que es un actor clave. Pero sobre todo ha de reclamar el diálogo civil, que el gobierno ha de poner en marcha y que tiene que contar al menos con: bases jurídicas suficientes en las que

¹⁶ CALVO ORTEGA, ob. últ. cit., pp. 979 y ss.

¹⁷ PÉREZ BUENO, «La ciudadanía organizada como actor político directo: democracia participativa y diálogo civil», *Tratado...*, ob. cit., pp. 985 y ss.

se reconozca su papel de interlocutor, una agenda de temas de negociación, que formen objeto del diálogo permanente, medios, dotación y estructura adecuada para poder ejercer este diálogo de modo maduro. Esta será la única manera en la que al Tercer Sector se le reconocerá el papel clave que tiene que jugar en el escenario económico, político y social de nuestro país y que ha de ser proporcional a lo que representa actualmente y a las potencialidades que tiene de contribuir al bien común.

Para ello, resulta imprescindible la aprobación de una legislación estatal sobre promoción de la participación democrática de la ciudadanía en los asuntos públicos. Esta legislación, de nueva planta, establecería el marco y los términos de la participación de la sociedad civil organizada e instauraría y regularía el diálogo civil como instrumento de esa práctica democrática.

Es inevitable poner de manifiesto y, por tanto, plantear la necesidad de regular reglamentariamente y constituir con urgencia el Consejo Superior de Fundaciones, establecido por la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, concebido como órgano asesor del que se recabará su parecer y opinión en todo lo relacionado con el sector fundacional.

49.^a Hay que requerir de las Administraciones Públicas un plan de apoyo al Tercer Sector, que por una parte le facilite los medios y condiciones para crecer, modernizarse y adaptarse a las nuevas circunstancias y por otra le sitúe en condiciones de ser un actor clave en la provisión de servicios y en la protección a las personas, desarrollando y potenciando aquellas fórmulas de economía social que se basan en la solidaridad y que han de tratarse no solo en igualdad de circunstancias, sino de acuerdo al valor añadido que aportan en la creación de capital y tejido social.

50.^a Debe reflexionarse acerca del escenario de crisis económica y sus efectos en el ámbito del Tercer Sector¹⁸. Incluso afrontando la crisis como una oportunidad para el Sector. Debe producirse un cambio de modelo en un entorno de coherencia y regido por los principios de la Buena Gobernanza: apertura, participación, responsabilidad, eficacia y coherencia¹⁹.

51.^a Puede resultar oportuno reflexionar en torno a las organizaciones representativas de la sociedad civil. La división actual de las diversas formas y figuras representativas del Tercer Sector, vertebrador de la sociedad civil, muchas veces especializadas en la tarea de las entidades integradas en cada asocia-

¹⁸ DE CASTRO SANZ, «Relaciones y retos del Tercer Sector y los mercados: la crisis económica y sus efectos», *Tratado...*, ob. cit., pp. 997 y ss.

¹⁹ FRESNO GARCÍA, «Retos del Tercer Sector en tiempos de encrucijada», *Tratado...*, ob. cit., pp. 1034 y ss.

ción, ha de romperse para trabajar en estructuras y planteamientos unitarios. De modo que se pueda expresar con voz única lo que piensa el Tercer Sector (la sociedad civil) que, por no hacerlo así, puede tener más de concepto disperso en una pluralidad de organizaciones. Esta dispersión representativa conduce, también, a incrementar el escepticismo ciudadano y refuerza elementos que impiden la implicación y unión de esfuerzos necesarios para una sociedad cohesionada.

Es el momento de dar un paso decisivo en la articulación interna del sector, partiendo de las plataformas y organizaciones de segundo y tercer nivel en las que ha ido organizándose en los últimos años. A pesar de la diversidad de situaciones, heterogeneidad de campos de actuación, niveles de desarrollo y prácticas organizativas, el Tercer Sector Social (aquellas entidades que operan en el campo de lo social y que en consecuencia se ocupan de la promoción de las personas desfavorecidas, defendiendo sus derechos y produciendo bienes y servicios que mejoren las condiciones de vida de las mismas), ha de aprovechar la actual coyuntura para organizarse y defender sus intereses y su meta-proyecto, es decir, los valores y el modelo de sociedad por el que lucha.

En efecto, la clave está en la unidad de acción del Tercer Sector y en la articulación de estrategias, discursos e instrumentos operativos comunes. Por tanto, el gran reto de futuro para el Tercer Sector y sus organizaciones está en la capacidad que tengan de adaptarse a las nuevas realidades y entornos basados en la eficiencia, la operatividad de escala, las alianzas y la verdadera capacidad de influencia ante terceros, especialmente ante el poder político y económico.

Estamos ante un sector muy atomizado y poco articulado, integrado por un sinnúmero de pequeñas y medianas organizaciones que, a veces, se integran en pequeñas plataformas representativas, pero todas ellas carentes de fuerza suficiente para ejercer una verdadera influencia en defensa de los intereses sociales de las personas y de la sociedad solidaria.

Las organizaciones sociales deben agruparse, integrarse y aliarse en función de intereses sectoriales o cualquier otro criterio de afinidad o proximidad; pero este criterio de alianzas en círculos concéntricos debe tender a desembocar en la consecución de una gran organización/paraguas que, dentro del respeto a todos los diferentes niveles subordinados, integre y represente a la inmensa mayoría de las organizaciones solidarias y, por tanto, consiga una verdadera capacidad de interlocución, negociación y presión ante las instancias públicas y los poderes económicos.

V. A propósito de la necesaria adopción del Estatuto de la Fundación Europea

52.^a Antes de concluir esta amplia batería de reflexiones y propuestas, resulta conveniente asomarse al Derecho de la Unión Europea para dar algunas pinceladas sobre la necesidad de una nueva regulación europea en materia de fundaciones y sobre su posible impacto en el ordenamiento español²⁰.

Nuestra principal recomendación a nivel propositivo y de *lege ferenda* consiste en la adopción de un Estatuto de la Fundación Europea que acabe con la discriminación que las fundaciones sufren con respecto a otros actores económicos, por no contar con un instrumento que les permita operar simultáneamente de manera eficaz en distintos Estados miembros. Más concretamente, dicho Estatuto debería permitir a las fundaciones establecidas o que operen en más de un país de la UE crear una Fundación Europea, registrada en un único país pero con posibilidad de operar en varios, sin necesidad de crear nuevas estructuras en cada país (con los gastos y complicaciones administrativas, legales, fiscales, laborales y operativas que ello conlleva) y de acuerdo con un sistema único de normas, una gestión unificada y un único sistema de rendición de cuentas.

En concreto, el Estatuto debería abordar los siguientes aspectos de las fundaciones europeas: creación, inscripción, cometido, capital, domicilio social, personalidad jurídica, capacidad, responsabilidad de la dirección, transparencia y requisitos de responsabilidad.

Para evitar replicar las deficiencias que han minado la utilidad de instrumentos similares de otras formas jurídicas abogamos porque dicho Estatuto adopte la forma de un reglamento comunitario. No se trataría de armonizar a través de una directiva las leyes existentes en esta materia en los diferentes Estados miembros sino de crear una nueva regulación. La misma sería opcional y la legislación existente a nivel nacional o regional no cambiaría. Las fundaciones podrían elegir, a través de una simple decisión del patronato, si quieren seguir rigiéndose por la normativa nacional o si quieren convertirse en Fundación Europea. En este sentido, el Estatuto deberá ser claro y abordar todos los aspectos fundacionales que acabamos de mencionar sin remitirse de manera subsidiaria al Derecho nacional específico, para así generar una estructura jurídica lo más semejante posible en todos los países europeos.

Creemos que el borrador de Estatuto elaborado por el Centro Europeo de Fundaciones en 2005, conjuntamente con el estudio de viabilidad encargado

²⁰ CABRA DE LUNA y DE LORENZO GARCÍA, «La futura ordenación jurídica de las fundaciones en la Unión Europea: situación actual, tendencias e impacto posible en el Derecho español», *Tratado...*, ob. cit., pp. 1039 y ss.

por la Comisión Europea y recientemente finalizado, constituyen una base adecuada y suficiente para que el ejecutivo comunitario ponga sobre la mesa un proyecto de reglamento. Políticamente nos encontramos en un momento ideal para ello, con una Comisión motivada para hacer nuevas propuestas y con el relanzamiento del mercado único como una de las prioridades de la Estrategia UE2020, recientemente adoptada.

En lo que respecta al ordenamiento jurídico español, la aprobación del Estatuto haría necesario realizar algunas reformas de la normativa de fundaciones, tanto a nivel estatal como autonómico. No obstante, se trataría de modificaciones puntuales de algunos artículos, las cuales no afectarían sustancialmente al espíritu de la norma ni a nuestra tradición normativa. Por el contrario, la adopción del Estatuto consolidaría la configuración de la fundación tal y como se entiende en el Derecho español y por ello protegería un blindaje adicional al sector fundacional español ante posibles derivas no deseadas de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo. Y, lo que es más importante, proporcionaría una base más sólida para un mayor desarrollo del sector fundacional.

VI. Cambios sociales y económicos y futuro del Tercer Sector

53.^a Concluimos nuestras aportaciones constatando que el Tercer Sector se encuentra en una coyuntura difícil de la que puede salir fortalecido si es capaz de dar los pasos necesarios para ocupar el papel que le corresponde en la sociedad y acometer nuevos retos, tal y como se apunta en las propuestas precedentes. Los cambios profundos que se adivinan en el brumoso horizonte dentro de los modelos organizativos de los diferentes ámbitos (modelo de Estado democrático; crisis del Estado de bienestar; relaciones poder político *versus* poder económico; reequilibrio de los factores de la competitividad y de la solidaridad; nuevas tendencias sociales en los hábitos de comportamiento individuales y grupales; la redistribución de la riqueza en el plano local, regional y mundial; las nuevas soluciones al problema del empleo, los movimientos migratorios y los sistemas de protección social; el establecimiento de un nuevo orden internacional con organismos sólidos de regulación, supervisión y corrección en las relaciones globalizadas, etc.), obligan a un enorme esfuerzo de las organizaciones sociales para conseguir una sólida articulación en torno a una organización que robustamente represente, con una voz única, al conjunto de dichas organizaciones y defienda eficazmente la salvaguardia de los intereses de lo social, de la igualdad y dignidad de las personas, la generalización de niveles de vida homogéneamente aceptables y el pleno disfrute de los derechos sociales.

Asociaciones y fundaciones canónicas: confusión en su personalidad jurídica civil

Remigio Beneyto Berenguer

Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad CEU-Cardenal Herrera Valencia

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PERSONALIDAD JURÍDICA CIVIL DE LAS ASOCIACIONES Y FUNDACIONES CANÓNICAS: 1. *Asociación canónica*. 2. *Fundación canónica*: A) «Fundaciones pías» (Código de 1917) en relación a «Fundaciones pías no autónomas» (Código de 1983). B) «Beneficios» e «Institutos eclesiásticos no colegiados» (Código de 1917) en relación a «Fundaciones pías autónomas» (Código de 1983): a) «Beneficios» en relación a «Fundaciones pías autónomas». b) «Institutos eclesiásticos no colegiados» en relación a «Fundaciones pías autónomas».—III. CLASIFICACIÓN DE LAS FUNDACIONES Y ASOCIACIONES CANÓNICAS COMO INSTITUCIONES DE BENEFICENCIA.—IV. PROPUESTA DE ACTUACIÓN.

I. Introducción

Desde la atalaya del asesoramiento eclesiástico y civil, se puede observar la confusión existente en cuanto a la personalidad jurídica canónica y/o civil de determinadas entidades, con las consecuencias en el régimen jurídico aplicable. Son constantes los problemas originados por el desconocimiento de los juristas actuales sobre cómo se ha adquirido la personalidad jurídica canónica, o sobre cómo se ha producido su reconocimiento civil. Abundan los litigios sobre Hermandades o Cofradías, que habiendo sido erigidas como asociaciones canónicas públicas posteriormente son clasificadas como Fundaciones civiles, con un doble perjuicio: primero, su desnaturalización como persona jurídica asociativa pasando a ser patrimonial o fundacional, y segundo, la incorporación al ordenamiento jurídico civil tras su sustracción al ordenamiento jurídico canónico. Las dudas sobre qué órgano colegiado de gobierno (si la Asamblea General de los Hermanos o Cofrades o si el Patronato de la fundación naciente) ha de regir la entidad acechan a los profesionales que han de relacionarse con ella, especialmente a los juristas, por cuanto la capacidad y legitimidad para actuar dependen de cuál sea el órgano competente. Supuestos que están afectando a Notarios, Registradores e incluso Jueces que pueden encontrar dificultades en saber si se encuentran ante Fundaciones o Asociaciones, y si son personas jurídicas canónicas o civiles.

Al tiempo se sufre otra serie de actuaciones erróneas: responsables de asociaciones o fundaciones canónicas que, ante una nueva legislación civil sobre asociaciones o fundaciones, modifican sus estatutos adecuándolas a dicha legislación, provocando nueva confusión sobre la personalidad y régimen jurídico de dichas entidades. O asociaciones y fundaciones de gran antigüedad, que precisando simplemente poder acreditar una personalidad jurídica civil que ya tienen, solicitan su inscripción en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia, y, ante esta medida necesaria, desde otras instancias incluso eclesiásticas, se denuncia dicha actuación como un intento de apoderamiento por parte de la autoridad eclesiástica o como una modificación de la naturaleza de la entidad.

Es ciertamente una materia compleja, pues confluyen elementos canónicos, civiles y eclesiásticos, y requiere también un conocimiento exhaustivo de la legislación sobre las asociaciones y fundaciones, dos figuras jurídicas sobre las cuales siempre ha habido una cierta confusión, sobre todo cuando se ha descuidado el elemento patrimonial en las fundaciones.

Todo se complica cuando desde nuestras Universidades españolas están saliendo profesionales del Derecho sin conocimientos del Derecho canónico, a pesar de que el Tribunal Constitucional haya dicho que «la imposición estatal del estudio del Derecho Canónico para obtener un título académico público no merma en modo alguno la libertad de profesión y expresión, pública o privada, de las propias convicciones religiosas, filosóficas o morales, ni obliga a nadie a declarar su ideología o sus creencias» y que «el Derecho Canónico, en cuanto asignatura basada en la explicación e interpretación de un Corpus Iuris, como es el Código de Derecho Canónico, no es por su misma naturaleza una disciplina de contenido ideológico, con independencia de que se base en un sustrato dogmático o confesional, cual es la doctrina de la Iglesia Católica. De hecho, muchas disciplinas jurídicas se centran en el estudio de textos legales y teorías jurídicas cuyo sustrato ideológico es identificable»¹.

Según la Conferencia Episcopal², en España hay 23.060 parroquias. Hay miles y miles de entidades eclesiásticas (asociaciones, cofradías, fundaciones pías autónomas y no autónomas) que tienen patrimonio, especialmente in-

¹ Auto del Tribunal Constitucional número 359/1985, de 29 de mayo. La demanda sobre la que versa el auto trae su causa en una instancia en la que la recurrente solicitaba del Director del Colegio Universitario «Domingo de Soto», de Segovia, donde cursaba estudios de Derecho, que se le eximiera de cursar la asignatura de Derecho Canónico, por entender que su exigencia obligatoria vulneraba su derecho a la libertad religiosa.

² En su publicación «Parroquias en España». Puede solicitarse en www.conferenciaepiscopal.es

mueble. Se generan multitud de negocios jurídicos (compraventas, permutas, usufructos, cesiones, hipotecas, servidumbres,...). No pueden estar saliendo juristas sin conocer el Derecho Canónico e incluso el Derecho Eclesiástico, máxime cuando a los efectos de determinar la extensión y límites de la capacidad de obrar de estas entidades eclesíásticas y de disponer de sus bienes se ha de estar a lo que disponga la legislación canónica³. Los líos, confusiones y errores que se están cometiendo obligan a precisiones y aclaraciones sobre el tema, que solo pueden hacerse desde la formación.

El objeto de este artículo es simplemente aclarar, desde la legislación y la jurisprudencia, algunos extremos sobre la personalidad jurídica civil de estas asociaciones y fundaciones canónicas⁴.

II. Personalidad jurídica civil de las asociaciones y fundaciones canónicas⁵

El Concordato entre España y la Santa Sede de 27 de agosto de 1953⁶, en su artículo IV establece: «1. El Estado español reconoce la personalidad jurídica y la plena capacidad de adquirir, poseer y administrar toda clase de bienes a todas las instituciones y asociaciones religiosas, existentes en España a la entrada en vigor del presente Concordato constituidas según el Derecho Canónico».

Todas las asociaciones, Hermandades, Cofradías, Obras Pías e Institutos eclesíásticos, erigidos canónicamente con anterioridad a la entrada en vigor del Concordato, tenían personalidad jurídica canónica y además el Estado español les reconocía la personalidad jurídica civil⁷.

³ Artículo I.4.2.º párrafo del Acuerdo de 3 de enero de 1979, entre el Estado Español y la Santa Sede, sobre Asuntos Jurídicos. Instrumento de ratificación de 4 de diciembre de 1979 (BOE núm. 300, de 15 de diciembre).

⁴ Ver R. BENEYTO BERENGUER, *Fundaciones sociales de la Iglesia Católica*, Valencia, 1996, 356 páginas; J. CAMARASA CARRILLO, *La personalidad jurídica de las entidades religiosas en España*, Madrid, 1995, 134 páginas; M. LÓPEZ ALARCÓN, *Las fundaciones eclesíásticas bajo el nuevo régimen de la Ley 30/1994, de fundaciones e incentivos fiscales*, Murcia, 1997, 53 páginas.

⁵ Ver F. DE CASTRO Y BRAVO, *La persona jurídica*, Madrid, 1981, 310 páginas; S. BUENO SALINAS, *La noción de persona jurídica en el derecho canónico*, Barcelona, 1985, 261 páginas; G. FERNÁNDEZ FARRERES, *Asociaciones y Constitución*, Madrid, 1987, 228 páginas.

⁶ El Canje de los Instrumentos de Ratificación tiene fecha de 27 de octubre de 1953. Publicado en el Acta Apostolicae Sedis de 27 de octubre de 1953, y en el BOE de 19 de octubre de 1953; E. FOGLIASO, «El nuevo Concordato español y el Derecho Público Eclesiástico», en *Revista Española de Derecho Canónico*, n.º 9 (1954), pp. 43-63; E. FERNÁNDEZ REGATILLO, *El Concordato español de 1953*, Santander, 1961, p. 149; J. MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, «Los primeros años del Concordato de 1953», en *Revista Española de Derecho Canónico* (1957), p. 15.

⁷ J. M. DE PRADA GONZÁLEZ, «Personalidad civil de los entes eclesíásticos», en AA.VV., *Los*

El Acuerdo de 3 de enero de 1979, entre el Estado español y la Santa Sede, sobre Asuntos Jurídicos, dispone en su artículo I.4: «El Estado reconoce la personalidad jurídica civil y la plena capacidad de obrar... de las Asociaciones y otras entidades y fundaciones religiosas que gocen de ella en la fecha de entrada en vigor del presente Acuerdo». El reconocimiento es automático ⁸. Es el principio de los derechos adquiridos el título por el que este Acuerdo les hace ese reconocimiento ⁹.

Puede concluirse que, tras la entrada en vigor del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos, estas entidades eclesiásticas tenían también personalidad jurídica civil.

Ahora bien, la disposición transitoria primera del mismo Acuerdo disponía que «... las Asociaciones y otras Entidades o Fundaciones religiosas que tienen reconocida por el Estado la personalidad jurídica civil y la plena capacidad de obrar, deberán inscribirse en el correspondiente Registro del Estado en el más breve plazo posible» ¹⁰, y añadía: «Transcurridos tres años desde la fecha de entrada en vigor en España del presente Acuerdo, sólo podrá justificarse su personalidad jurídica (civil) mediante certificación de tal Registro, sin perjuicio de que pudiera practicarse la inscripción en cualquier tiempo». Si estas entidades no se inscriben en el Registro, tendrán igualmente personalidad jurídica civil y capacidad de obrar, pero no podrán justificarla. Es imprescindible su inscripción, ya que se han restringido los medios de prueba de dicha personalidad ¹¹.

A mayor abundamiento, la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa ¹², dispone: «El Estado reconoce la personalidad jurídica y la plena capacidad de obrar de las Entidades religiosas que gocen de ella en la fecha de entrada en vigor de la pre-

Acuerdos entre la Iglesia y España, Madrid, 1980, p. 260; M. CABREROS DE ANTA, «Reconocimiento de la personalidad civil a las personas jurídicas eclesiásticas», en *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo (1954), pp. 30-31.

⁸ Ver también J. TRASERRA CUNILLERA, *Las fundaciones más autónomas*, Barcelona, 1985, p. 80.

⁹ J. FORNÉS DE LA ROSA, *El nuevo sistema concordatario español*, Pamplona, 1980, p. 63.

¹⁰ Este Registro es el Registro de Entidades Religiosas, creado de conformidad con lo establecido en el artículo 5 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa. Registro que radica en el Ministerio de Justicia, con carácter de Registro General y Público, dependiente de la actual Subdirección General de Relaciones con las Confesiones, y regulado por el Real Decreto 142/1981, de 9 de enero, sobre Organización y Funcionamiento del Registro de Entidades Religiosas (BOE núm. 27, de 31 de enero).

¹¹ L. PRIETO SANCHIS, «Posición jurídica de las asociaciones religiosas en el Derecho español», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, n.º 4 (1988), p. 440.

¹² Publicada en el BOE núm. 177, de 24 de julio.

sente Ley. Transcurridos tres años sólo podrán justificar su personalidad jurídica mediante la certificación de su inscripción en el Registro a que esta Ley se refiere».

El Real Decreto 142/1981, de 9 de enero, sobre organización y funcionamiento del Registro de Entidades Religiosas, en su disposición transitoria primera reza: «Las Entidades Religiosas que gozan de personalidad jurídica sin hallarse inscritas en ningún Registro del Estado podrán solicitar su inscripción en cualquier momento, pero transcurrido el plazo de tres años desde la entrada en vigor del presente Reglamento, sólo podrán acreditar su personalidad jurídica mediante la correspondiente certificación de hallarse inscritas en el Registro de Entidades Religiosas».

Puede afirmarse que a partir de enero de 1984, estas entidades eclesíásticas únicamente podrán acreditar la personalidad jurídica civil que tenían mediante la certificación de hallarse inscritas en el Registro de Entidades Religiosas.

Es momento de contemplar los posibles supuestos de entidades eclesíásticas para iluminar cuál es su personalidad y régimen jurídico.

1. *Asociación canónica*

Una asociación aprobada por la autoridad eclesíástica en los siglos XVIII o XIX, con la consiguiente aprobación de Estatutos o Constituciones, es una asociación canónica sometida al Derecho Canónico. En circunstancias normales, esa asociación estaría sujeta a la legislación canónica¹³ y civil, y especialmente a los Concordatos que se celebraron entre el Estado español y la Santa Sede. Dejando de lado el primer Concordato español, de 1418 (que reconoce las reservas pontificias en la provisión de beneficios) y los incompletos de 1717 y 1737, hay que prestar atención a los Concordatos de 1753¹⁴ de 1851¹⁵ y de 1953, para finalmente quedar sujeta al Acuerdo Básico de 28

¹³ Con anterioridad al Código de 1983, la legislación canónica era el Código de Derecho Canónico de 1917, promulgado por Benedicto XV el 27 de mayo de 1917, y que entró en vigor el 19 de mayo de 1918.

¹⁴ Concordato benefical, por el que se derogaban las reservas pontificias en España, haciéndose a la Monarquía Católica concesiones no igualadas hasta entonces al Real Patronato. Este Concordato quedó como subsidiario en el de 1851, en todo lo referente al Derecho de Patronato.

¹⁵ Concordato celebrado entre Su Santidad el Sumo Pontífice Pío IX y S.M.C. Doña Isabel II, Reina de las Españas, firmado el 16 de marzo de 1851, firmado por los Ministros Plenipotenciarios Joanes Brunelli, Archiepiscopus Thesalonicensis, y por Manuel Bertrán de Lis.

de julio de 1976¹⁶ entre la Santa Sede y el Estado español, y los Acuerdos de 3 de enero de 1979¹⁷.

Esta Asociación canónica debería presentar sus Estatutos en el Gobierno Civil para cumplir con lo establecido en el artículo 7.º de la Ley de Asociaciones de 30 de junio de 1887¹⁸, pues estaban sometidas a ella las asociaciones para fines religiosos (art. 1.º), con la única excepción de las autorizadas en España por el Concordato de 1851 (arts. 29 y 30)¹⁹: las casas de San Vicente de Paúl, San Felipe Neri y las Hijas de la Caridad.

La Real Orden de 6 de abril de 1906 insistía en la necesidad de someterse a la Ley civil, al señalar en su Considerando Quinto que siendo las Cofradías y Hermandades «Asociaciones formadas por varias personas bajo la advocación de un nombre sagrado con el fin de proporcionarse los asociados beneficios espirituales y aún temporales, todas ellas tienen a la vez un doble carácter civil y eclesiástico, por lo cual no estando exceptuadas de las formalidades que

¹⁶ Instrumento de Ratificación de 19 de agosto de 1976 (BOE núm. 230, de 24 de septiembre).

¹⁷ Acuerdos sobre Asuntos Jurídicos, sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, sobre la Asistencia Religiosa a las Fuerzas Armadas y Servicio Militar de Clérigos y Religiosos, y sobre Asuntos Económicos. Todos ellos con Instrumento de Ratificación de 4 de diciembre de 1979, y publicados en el BOE núm. 300, de 15 de diciembre de 1979.

¹⁸ Esta ley contempló una libertad de asociación mediatizada por la intervención de la burocracia gubernamental.

¹⁹ Artículo 29: «A fin de que en toda la Península haya el número suficiente de ministros y operarios evangélicos de quienes puedan valerse los prelados para hacer misiones en los pueblos de su diócesis, auxiliar a los párrocos, asistir a los enfermos y otras obras de caridad y utilidad pública, el Gobierno de su Majestad, que se propone mejorar oportunamente los Colegios de misiones para Ultramar, tomará desde luego las disposiciones convenientes para que se establezcan donde sea necesario, oyendo previamente a los prelados diocesanos, casas, y congregaciones religiosas de San Vicente de Paúl, San Felipe Neri y otra Orden de las aprobadas por la Santa Sede, las cuales servirán al propio tiempo de lugares de retiro para los eclesiásticos, para hacer ejercicios espirituales y para otros usos piadosos».

Artículo 30: «Para que haya también casas religiosas de mujeres, en las cuales puedan seguir su vocación las que sean llamadas a la vida contemplativa y a la activa de la asistencia a los enfermos, enseñanza de niñas y otras obras y ocupaciones tan piadosas como útiles a los pueblos, se conservará el instituto de las Hijas de la Caridad, bajo la dirección de los clérigos de San Vicente de Paúl, procurando el gobierno su fomento.

También se conservarán las casas de religiosas que, a la vida contemplativa, reúnen la educación y enseñanza de niñas u otras obras de caridad.

Respecto a las demás Órdenes, los prelados ordinarios, atendidas todas las circunstancias de sus respectivas diócesis, propondrán las casas de religiosas en que convenga la admisión y profesión de novicias y los ejercicios de enseñanza y caridad que sea conveniente establecer en ellas.

No se procederá a la profesión de ninguna religiosa sin que se asegure antes la subsistencia en debida forma».

exige para la existencia y legalidad de la Asociación la Ley de 30 de junio de 1887...».

Por tanto, puede ocurrir que una Asociación, en origen canónica, al no ser de las autorizadas por el Concordato de 1851, tuviera que adaptarse a la Ley de Asociaciones de 1887, pasando a tener desde ese momento el carácter de asociación civil, o teniendo una doble naturaleza: civil y canónica, y sujeta a una doble normativa: la canónica y civil.

Así, la Resolución de 21 de enero de 1932, de la Dirección General de los Registros, afirmó que las Asociaciones religiosas aún sometidas a la Ley de 1887 podían sujetarse libremente en sus Estatutos a las leyes canónicas, en cuanto a legislación jurídica, conforme a su condición y dentro de aquellos límites de la Ley nacional que debe salvaguardar el Estado.

No puede compartirse el concepto restrictivo del carácter religioso de una entidad canónica²⁰, expresado por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en Sentencia de 8 de noviembre de 1968 cuando afirma: «al no definir la Ley de Asociaciones, ni el Concordato vigente, lo que debe entenderse por “Asociaciones Religiosas”, obligado es analizar ese concepto, que no puede ser otro de acuerdo con lo expuesto por las contrapartes litigiosas, que aquellas agrupaciones cuyo objeto o finalidad exclusiva o excluyente, sea de orden eminentemente espiritual, encaminada a la defensa, a la exaltación, o al proselitismo de la Religión Católica, o al perfeccionamiento de sus miembros acorde con la doctrina de esta religión, de donde se sigue que la “ratio legis” de su existencia, el móvil de su fundación, descansa inexorablemente en el objeto o finalidad por las mismas perseguido, de tal modo que si aquel móvil es espiritual católico, aunque la Asociación se valga para ello de medios materiales, se estará en presencia de una Asociación de clase religiosa; “a contrario sensu” de no ser espiritual católico, aún siguiendo la Asociación las directrices de la Iglesia Católica y merezca la protección de su Jerarquía, entonces no se tratará de una Asociación religiosa».

Posteriormente, la Ley de Asociaciones de 1964²¹, en su disposición transitoria, dispuso: «1.º Las Asociaciones actualmente reconocidas deberán cumplir los preceptos de esta ley que le sean aplicables, adaptando a la misma sus Estatutos y solicitando, en su caso, las declaraciones necesarias de la Adminis-

²⁰ Ver R. BENEYTO BERENQUER, *Fundaciones sociales...*, ob. cit., pp. 146-154; M. J. GUTIÉRREZ DEL MORAL y M. A. CAÑIVANO SALVADOR, *El Estado frente a la religión: jurisprudencia constitucional española y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Barcelona, 2003, 187 páginas.

²¹ Ley 191/1964, de 24 de diciembre, publicada en el BOE núm. 311, de 28 de diciembre de 1964.

tración. 2.º Si en el plazo de un año a partir de la publicación de la presente Ley, dichas Asociaciones no se hubieran sometido a sus preceptos, se considerarán disueltas».

Estas Asociaciones, que se encontraban sujetas a la autoridad eclesiástica por ser personas jurídicas canónicas, pero al tiempo sometidas a la Ley civil de Asociaciones, deberían haber adaptado sus Estatutos a la Ley de Asociaciones de 1964, porque, de no haberlo hecho en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley, se considerarían disueltas, poniéndose en marcha el procedimiento de destino de los bienes en caso de extinción.

Estas Asociaciones deberían haber sido inscritas en el correspondiente Registro de Asociaciones, ya que según el artículo 2.º de la Orden de 10 de julio de 1965 (por la que se regula el funcionamiento de los Registros de Asociaciones), en la Sección Tercera de los Registros, tanto en el Nacional como en los demás Registros, se inscribían las Asociaciones a las que se refieren los números 1 al 4 del artículo 2.º de la Ley de Asociaciones de 1964. Y el artículo 2.º de esta Ley establece: «Quedan excluidas del ámbito de aplicación de esta Ley las entidades que se rijan por las disposiciones relativas al contrato de sociedad, según se define en las Leyes, y se constituyan con arreglo al Derecho Civil o Mercantil, así como, sin perjuicio de lo que en cada caso establezca la presente Ley, las asociaciones siguientes:

1. Las Asociaciones constituidas según el Derecho Canónico a que se refiere el artículo cuarto del Concordato vigente (1953) y las de la Acción Católica Española, en cuanto desarrollen fines de apostolado religioso, manteniéndose por lo que se refiere a actividades de otro género, de acuerdo con el artículo 34 de dicho texto Concordado, en el ámbito de esta ley».

Ante estos textos legales, pueden darse dos posibilidades: una, entender que son Asociaciones constituidas según el Derecho Canónico a que se refiere el artículo IV del Concordato de 1953, que desarrollan fines de apostolado religioso, y por tanto excluidas de la inscripción en el Registro de Asociaciones Nacional o Provincial y, después de las correspondientes transferencias, en el Registro Autonómico. Y la segunda posibilidad es considerar que, a pesar de ser una Asociación constituida con arreglo al Derecho Canónico, desarrolla actividades de otro género distinto al de apostolado religioso, con lo cual debe inscribirse en el correspondiente Registro. En este segundo caso, caben a su vez dos posibilidades: primera, que se haya procedido a la inscripción en el oportuno Registro, tras la adaptación a la Ley de 1964, con lo cual en la actualidad se trataría de una Asociación sujeta a dos legislaciones distintas: la civil y la canónica. Y segunda, que no se hubiera procedido a dicha adaptación e inscripción, con lo cual la Asociación civil debe considerarse disuelta, según la

disposición transitoria primera de la Ley. No así la asociación canónica, la cual seguirá teniendo personalidad canónica y también civil por aplicación de los artículos IV del Concordato de 1953 y I.4 del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos de 1979, ya que ninguna autoridad eclesiástica la habría extinguido.

El problema se restringiría únicamente a la acreditación de dicha personalidad mediante la certificación de su inscripción en el Registro de Entidades Religiosas.

2. *Fundación canónica*

A) «Fundaciones pías» (Código de 1917) en relación a «Fundaciones pías no autónomas» (Código de 1983)

En el Código de Derecho Canónico de 1917, reciben el nombre de «Fundaciones pías» «los bienes temporales dados en cualquier forma a alguna persona moral eclesiástica, con la carga perpetua o por largo tiempo de, con las rentas anuales, decir algunas Misas, o celebrar otras funciones eclesiásticas señaladas, o practicar determinadas obras piadosas o de caridad» (canon 1544.1). «La fundación legítimamente aceptada adquiere la condición de un contrato sinalagmático: do ut facias» (canon 1544.1). Esta fundación correspondería en el vigente Código de Derecho Canónico de 1983 a la «fundación pía no autónoma»²² (canon 1303.1.2).

Esta fundación pía no autónoma, en el vigente Código, no constituye una nueva persona jurídica, ni los bienes pueden estar inscritos a nombre de ella, sino de la persona jurídica eclesiástica pública a la que se dan. Sus características son la no independencia²³ y la no perpetuidad que aparece como novedad.

La única cuestión sería la aplicación de lo dispuesto en el canon 1303.2: «Una vez vencido el plazo, los bienes de una fundación pía no autónoma, si hubiesen sido confiados a una persona jurídica sujeta al Obispo diocesano, deben destinarse al instituto de que trata el canon 1274.1, a no ser que fuera otra la voluntad del fundador expresamente manifestada; en otro caso, revierten a la

²² «... es decir, los bienes temporales, dados de cualquier modo a una persona jurídica eclesiástica pública con la carga de celebrar Misas y cumplir otras funciones eclesiásticas determinadas con las rentas anuales, durante un largo período de tiempo, que habrá de determinar el derecho particular, o ha de perseguir de otra manera los fines indicados en el canon 114.2».

²³ L. DE ECHEVERRÍA Y MARTÍNEZ DE MARIGORTA, «Fundaciones piadosas», en *El Derecho Patrimonial Canónico en España*, Salamanca, 1985, p. 114.

misma persona jurídica». Será el derecho particular quien determinará la amplitud del «largo período de tiempo» dispuesto en el canon 1303.1.2²⁴.

Aquí, en principio, no hay problema, porque al no tener personalidad jurídica civil, no le vendría reconocida por el Estado en el Concordato de 1953 ni tampoco posteriormente en virtud del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos.

B) «Beneficios» e «Institutos eclesiásticos no colegiados» (Código de 1917) en relación a «Fundaciones pías autónomas» (Código de 1983)

a) «Beneficios» en relación a «Fundaciones pías autónomas»

A pesar de que las dos figuras (el beneficio y la fundación pía autónoma) suponen una personalidad jurídica independiente de cualquier otra persona jurídica eclesiástica²⁵, a pesar de haber sido las dos erigidas por la competente autoridad eclesiástica y tener como elemento esencial el patrimonial²⁶, la principal diferencia radica en la finalidad o el destino de las rentas de la dote. En el beneficio, las rentas están unidas perpetuamente al oficio eclesiástico en sentido estricto²⁷, y la unión perpetua de las rentas al oficio se entiende, por supuesto, en el sentido del canon 102 del Código de 1917²⁸.

Así, el titular que desempeñe el oficio eclesiástico tiene derecho a percibir las rentas del beneficio²⁹. En cambio, la finalidad de la fundación pía autónoma puede ser «cualquiera de los fines del c. 114.2» («obras de piedad, apostolado o caridad, tanto espiritual como temporal»).

²⁴ «A las fundaciones no autónomas, que tengan más de cincuenta años de existencia, constituidas según las normas del Código de Derecho Canónico de 1917, se les puede aplicar el vigente can. 1303.2» (art. 5 del «Decreto General de la Conferencia Episcopal Española sobre algunas cuestiones especiales en materia económica» aprobado por la XLI Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal celebrada del 26 de noviembre al 1 de diciembre de 1984, reconocido por la Sede Apostólica el 8 de junio de 1985 y que entró en vigor el 25 de agosto de 1985 (*Boletín Oficial de la Conferencia Episcopal Española*, n.º 2, 1985, pp. 66-69).

²⁵ «El beneficio eclesiástico es una entidad jurídica...» (canon 1409 del Código de 1917); «las fundaciones pías autónomas... erigidos como personas jurídicas...» (canon 1303.1.1 del Código de 1983).

²⁶ En el beneficio, la dote (canon 1410 del Código de 1917) y en la fundación pía autónoma, el conjunto de cosas (cánones 114 y 1303.1.1 del Código de 1983).

²⁷ «cualquier cargo constituido de una manera estable por ordenación divina o eclesiástica...» (canon 145.1 y 2 del Código de 1917).

²⁸ A pesar de ser perpetua, puede extinguirse «si es suprimida por la legítima autoridad, o si deja de existir durante cien años».

²⁹ J. TRASERRA CUNILLERA, *Las fundaciones pías...*, ob. cit., p. 12; T. MAURO, *La personalità giuridica degli enti ecclesiastici*, Roma, 1945, pp. 62-63.

En la problemática planteada no interesa profundizar en la personalidad jurídica civil del beneficio y en sus diferencias con las fundaciones pías autónomas, primero, porque los beneficios han sido abolidos o recomendado la reforma del sistema en el Concilio Vaticano II en el Decreto «Presbyterorum Ordinis» número 20 ³⁰, y segundo, porque en el actual Código de 1983 existe el canon 1272, que, intuyendo la posibilidad de aplicar drásticamente la abolición de los beneficios, establece que las rentas o incluso la dote de los beneficios aún no extinguidos, pasen gradualmente a un Instituto especial de sustentación del clero, que deberá haber en cada diócesis por disposición del canon 1274.1 en relación con el canon 281 del vigente Código ³¹.

b) «Institutos eclesiásticos no colegiados» en relación a «Fundaciones pías autónomas»

Los institutos eclesiásticos no colegiados se regulaban en los cánones 1489 a 1494 del Código de Derecho Canónico de 1917. Prescribía el canon 1489:

«1. Los hospitales, orfanatos y otros institutos semejantes destinados a obras de religión o de caridad, ya espiritual, ya temporal, pueden ser erigidos por el Ordinario del lugar, y por un decreto suyo quedar constituidos persona jurídica en la Iglesia. 2. No aprobará el Ordinario local estos institutos si el fin de la fundación no es verdaderamente útil, y si no cuentan con una dote, que, pensadas todas las cosas, baste o se prevea prudentemente que ha de bastar para conseguir dicho fin».

Por su parte, el canon 1490 regulaba los requisitos que debía contener el instrumento de fundación, al señalar en el primer apartado: «En el instrumento de fundación consignará diligentemente el piadoso fundador la constitución íntegra del instituto, el fin, la dotación, la administración y régimen, el empleo de las rentas y la sucesión en los bienes, en el caso de que el instituto llegue a extinguirse».

³⁰ El Decreto, tras expresar que los presbíteros han de recibir una justa remuneración por su trabajo y que la remuneración deberá ser la misma para todos los que se hallen en las mismas circunstancias, afirma: «Es preciso atribuir la máxima importancia a la función que desempeñan los sagrados ministros. Por lo cual hay que dejar el sistema que llaman benefical, o por lo menos hay que reformarlo, de suerte que la parte benefical, o el derecho a los réditos dotales anejos al beneficio, se considere como secundaria y se atribuya, en derecho, el primer lugar al propio oficio eclesiástico, que por cierto, ha de entenderse en lo sucesivo como cargo conferido establemente para ejercer un fin espiritual».

³¹ «Los clérigos dedicados al ministerio eclesiástico merecen una retribución conveniente a su condición, teniendo en cuenta tanto la naturaleza del oficio que desempeñan como las circunstancias del lugar y tiempo, de manera que puedan proveer a sus propias necesidades y a la justa remuneración de aquellas personas cuyo servicio necesitan».

Asimismo, el canon 1492 también indicaba que no se aceptaría la fundación si el fundador pretendiese que los administradores no quedasen obligados a rendir cuentas al Ordinario, estableciendo el derecho que este tiene a exigir cuentas; y estableciendo el canon 1493 la vigilancia del Ordinario para que se cumplan las piadosas voluntades expresadas en la fundación de estos institutos.

Estos institutos eclesiásticos no colegiados, a pesar de no recibir el nombre de Fundaciones, eran el equivalente a las «Fundaciones pías autónomas» del Código de 1983. Mediante un decreto del Ordinario del lugar quedaban constituidos en personas jurídicas de la Iglesia, obtenían la personalidad jurídica canónica. La cuestión es si habían adquirido la personalidad jurídica civil, pudiendo darse tres situaciones:

1. Si se hubieran erigido canónicamente antes de la entrada en vigor del Concordato de 1953, por aplicación del artículo IV.1, el Estado español les habría reconocido la personalidad y la plena capacidad de adquirir, poseer y administrar toda clase de bienes. Automáticamente, y en virtud del artículo I.4 del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos, les será reconocida por el Estado la personalidad jurídica civil, aunque a tenor de la disposición transitoria primera del mismo Acuerdo, pasados tres años de la entrada en vigor del Acuerdo, únicamente podrán justificar que tienen esa personalidad jurídica civil con el certificado de la inscripción en el Registro de Entidades Religiosas. Si no se inscriben, tendrán igualmente esa personalidad jurídica civil y capacidad de obrar, pero no podrán justificarla ³².

2. Si se hubieran erigido con posterioridad a la entrada en vigor del Concordato de 1953, pueden haber ocurrido dos supuestos:

³² La problemática no es baladí. Un supuesto práctico podría ser el siguiente: Un instituto eclesiástico no colegiado erigido canónicamente en 1934, al que se reconoció personalidad jurídica civil en virtud del Concordato de 1953 y posteriormente por el Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos, desea inscribirse en el Registro de Entidades Religiosas en 1993 para poder acreditar esa personalidad jurídica civil, pues ya han pasado tres años desde la entrada en vigor del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos, de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, y del Real Decreto que regula el Registro de Entidades Religiosas. Evidentemente puede hacerlo, pues la disposición transitoria primera dispone: «... sin perjuicio de que pueda practicar la inscripción en cualquier tiempo». Pero ¿podría denegársele la inscripción por no haberse acreditado debidamente los requisitos a que se refiere el artículo 3 del Real Decreto 142/1981? ¿Qué ocurriría si el Registro de Entidades Religiosas deniega la inscripción por considerar que los fines del instituto eclesiástico no colegiado erigido en 1934 no son religiosos? ¿Ocurriría que ese instituto, poseedor de personalidad canónica y civil, no podrá justificar nunca la personalidad civil? Evidentemente el Registro no podrá denegar la inscripción, pues el instituto ya tiene personalidad jurídica civil, y por consiguiente es un derecho adquirido que no se le puede denegar.

Primer supuesto: Que el decreto de erección se hubiera comunicado oficialmente por escrito a las autoridades competentes del Estado ³³, comunicación que tenía una eficacia meramente probatoria y no constitutiva. A tenor del artículo 2 del Decreto 1542/1959, de 12 de marzo ³⁴, las fundaciones «acreditarán el reconocimiento de su personalidad mediante un certificado expedido por el Ministerio de Justicia, en el que conste que ha recibido la comunicación escrita de la Autoridad Eclesiástica competente, con el testimonio literal del Decreto de erección» ³⁵.

El Tribunal Supremo ha tratado esta cuestión en, al menos, dos sentencias:

En una de ellas ³⁶ se desestima el recurso de apelación interpuesto por el Instituto de Hermanos del Sagrado Corazón contra la anulación judicial de la adquisición de un solar al Ayuntamiento en subasta, por no haberse acreditado la personalidad jurídica del adjudicatario, ya que «debió unirse certificación expedida por la autoridad eclesiástica competente en que se hiciera constar su carácter de institución o asociación religiosa existente en España con anterioridad a la entrada en vigor del Concordato de 27 de agosto de 1953, o, de ser posterior, citar el Decreto de erección o aprobación canónica y fecha de la comunicación escrita por conducto oficial a las autoridades españolas (art. IV, apdo. 2) para que la personalidad jurídica fuese indiscutible dado su carácter canónico...».

En la otra ³⁷, alegada la incapacidad de una cofradía para adquirir bienes, el Tribunal Supremo afirma la personalidad jurídica civil de la Cofradía:

«A) Porque el artículo 38, párrafo 2, del Código civil manda atenerse a la legislación concordada entre la Iglesia Católica y el Estado español, y esta legislación, Concordado a la sazón vigente de 27 de agosto de 1953 (art. IV,

³³ En los primeros años de vigencia del Concordato, el problema estaba en determinar cómo debía hacerse la notificación y a qué autoridad civil, pues las autoridades competentes del Estado no concretaron estos extremos (M. CABREROS DE ANTA, *Reconocimiento de la personalidad...*, ob. cit., p. 34). J. M. DE PRADA GONZÁLEZ señala que «no es suficiente el mero decreto de aprobación o de erección, sino que hace falta un escrito emanado de la autoridad eclesiástica competente que “comunique” la erección o aprobación “oficialmente”» (*Personalidad civil de los entes...*, ob. cit., p. 238).

³⁴ BOE de 16 de marzo de 1959.

³⁵ J. M. DE PRADA afirma que «el acto de comunicación es por naturaleza un acto unilateral emanado de la autoridad eclesiástica que cumple por completo su cometido con llevarlo a cabo y que “comunicada” la erección o aprobación, se adquiere la personalidad jurídica sin necesidad de acto, aprobación ni manifestación alguna por parte de las autoridades del Estado, bien sea ésta expresa o tácita» (*Personalidad civil de los entes...*, ob. cit., pp. 237-238).

³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1979 (Ar. 4014).

³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1986 (Ar. 6622).

apdo. 2), reconoce personalidad jurídica y plena capacidad de adquirir, poseer y administrar toda clase de bienes, a las entidades, entre otras, Congregaciones religiosas e Institutos seculares de perfección cristiana que sean erigidas o aprobadas después del Concordato por las autoridades eclesiásticas competentes, con la sola condición de que el Decreto de erección sea comunicado oficialmente por escrito a las autoridades competentes del Estado.

B) En todo caso esta comunicación del Ministerio de Justicia no es constitutiva de la personalidad sino meramente administrativa o de control estatal de estas instituciones, sin que la Cofradía haya de soportar perjuicio alguno por el retraso de la Autoridad Ministerial en acusar recibo de su comunicación...».

Se creaba, pues, una especie de registro y archivo en la Dirección General de Asuntos Eclesiásticos, en el Ministerio de Justicia ³⁸, donde las fundaciones podían enviar (no obligatorio) una copia autorizada de sus Estatutos o de la parte de ellos en que se determinara cuáles eran sus órganos de gestión, con sus prerrogativas y atribuciones en el orden patrimonial ³⁹.

Por tanto, a esos institutos eclesiásticos no colegiados, automáticamente, y en virtud del artículo I.4 del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos, les era reconocida por el Estado la personalidad jurídica civil, aunque debían inscribirse en el Registro de Entidades Religiosas en el más breve plazo posible, pues pasados tres años desde la entrada en vigor del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos, sólo podrían justificar su personalidad jurídica civil mediante certificación de tal Registro.

Segundo supuesto: Que el Decreto de erección de esos institutos eclesiásticos no colegiados no se hubiera comunicado oficialmente por escrito a las autoridades competentes del Estado. En este caso no se les reconocería personalidad jurídica civil ⁴⁰, siéndoles de aplicación el artículo I.4, tercer párrafo, del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos, que establece la necesaria inscripción en el Registro de Entidades Religiosas para adquirir la personalidad jurídica civil.

3. Si estos institutos eclesiásticos no colegiados se hubieran erigido con posterioridad a la entrada en vigor del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos, le se-

³⁸ Artículo 3.2 del Decreto 1542/1959, de 12 de marzo: «El registro y archivo de las comunicaciones y decretos de erección y aprobación en el Ministerio de Justicia radicarán en la Dirección General de Asuntos Eclesiásticos».

³⁹ Artículo 4 del Decreto 1542/1959, de 12 de marzo; M. E. OLMOS ORTEGA, «El Registro de Entidades Religiosas», en *Revista Española de Derecho Canónico*, n.º 45, 1988, p. 99.

⁴⁰ M. LÓPEZ ALARCÓN, «La personalidad jurídica civil de las Asociaciones Canónicas Privadas», en *Revista Española de Derecho Canónico*, n.º 44, 1987, pp. 399-400.

ría también de aplicación lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo I.4 del Acuerdo: «... y las que se erijan canónicamente en el futuro, podrán adquirir la personalidad jurídica civil con sujeción a lo dispuesto en el ordenamiento del Estado, mediante la inscripción en el correspondiente Registro, en virtud del documento auténtico en el que consten la erección, fines, datos de identificación, órganos representativos, régimen de funcionamiento y facultades de dichos órganos».

Después de esbozar los posibles supuestos de reconocimiento o adquisición de la personalidad jurídica civil, ha de acometerse la cuestión de la adquisición de la personalidad jurídica civil de las fundaciones pías autónomas.

El Código de Derecho Canónico de 1983 establece en el canon 1303.1: «Bajo el nombre de fundaciones pías se comprenden en el derecho: 1.º Las fundaciones pías autónomas, es decir, los conjuntos de cosas destinados a los fines de que se trata en el c. 114.2, y erigidos como personas jurídicas por la autoridad eclesiástica competente».

Estas fundaciones autónomas, que tienen personalidad jurídica canónica al haber sido erigidas canónicamente por la competente autoridad de la Iglesia Católica, podrán adquirir personalidad jurídica civil mediante su inscripción en el Registro de Entidades Religiosas ⁴¹.

La inscripción en el Registro se hará teniendo en cuenta el Real Decreto 589/1984, de 8 de febrero, sobre fundaciones religiosas de la Iglesia Católica ⁴²; el Real Decreto 142/1981, de 9 de enero, sobre organización y funcionamiento del Registro de Entidades Religiosas ⁴³; la Resolución de 11 de marzo de 1982 ⁴⁴; la Orden de 11 de mayo de 1984 ⁴⁵, y por las Normas sobre Procedimiento aprobadas por la Comisión Permanente de la Conferencia Episcopal Española, para la inscripción de las fundaciones en el Registro de Entidades Religiosas ⁴⁶.

⁴¹ Artículo 1 del Real Decreto 589/1984, de 8 de febrero (BOE núm. 85, de 28 de marzo); M. E. OLMOS ORTEGA, «El Registro de Entidades...», ob. cit., pp. 97-121; I. ALDANONDO SALAVERRÍA, «El Registro de Entidades Religiosas», en *Anuario de Derecho Eclesiástico*, n.º 7, 1991, pp. 13-47.

⁴² Consta de seis artículos y una disposición transitoria.

⁴³ BOE núm. 27, de 31 de enero de 1981. Consta de ocho artículos y dos disposiciones transitorias.

⁴⁴ Resolución de la Dirección General de Asuntos Religiosos sobre inscripción de entidades de la Iglesia Católica en el Registro de Entidades Religiosas (BOE núm. 76, de 30 de marzo).

⁴⁵ Orden sobre publicidad del Registro de Entidades Religiosas (BOE núm. 125, de 25 de mayo).

⁴⁶ Normas fruto de las conversaciones mantenidas con la Dirección General de Asuntos

Por tanto, en la actualidad, para acreditar la personalidad jurídica civil de esos institutos eclesiásticos no colegiados o de las fundaciones pías autónomas se necesita la certificación del Registro de Entidades Religiosas.

III. Clasificación de las fundaciones y asociaciones canónicas como instituciones de beneficencia

El Real Decreto de 14 de marzo de 1899⁴⁷, en su artículo 2, establecía que son Instituciones de Beneficencia los establecimientos o asociaciones permanentes destinados a la satisfacción gratuita de necesidades intelectuales o físicas, como Escuelas, Colegios, Hospitales, Casas de Maternidad... y las fundaciones sin aquel carácter de permanencia, aunque con destino semejante, conocidas comúnmente con los nombres de Patronatos, Memorias, Legados, Obras y Causas Pías. Pertenecen, pues, a la Beneficencia Particular todos los establecimientos clasificados con este carácter (art. 3 del Real Decreto de 14 de marzo), y la Beneficencia Particular comprende todas las instituciones benéficas creadas y dotadas con bienes particulares y cuyo patronazgo y administración fueron reglamentados por los respectivos fundadores, o en nombre de estos y confiados en igual forma a Corporaciones, Autoridades o personas determinadas (art. 4 del Real Decreto de 14 de marzo).

Podría ocurrir que un instituto eclesiástico no colegiado erigido canónicamente por la autoridad eclesiástica como persona jurídica eclesiástica y con personalidad jurídica civil reconocida por el Estado en virtud del Concordato de 1953 y del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos de 1979, fuera clasificado como Institución de Beneficencia por la Administración.

Podría también haber ocurrido que la Administración clasificara también como Institución de Beneficencia a una Asociación canónica con personalidad jurídica canónica y civil reconocida por el Estado. Incluso podría darse el supuesto de que se clasificara como Institución de Beneficencia una fundación pía de las del Código de 1917 (sin independencia ni permanencia).

Los problemas que se originan con estas Órdenes de Clasificación son inmensos, porque la Instrucción de 14 de marzo de 1899, para el ejercicio del Protectorado del Gobierno en la Beneficencia Particular, dispone que el Pro-

Religiosos para la aplicación concreta del Real Decreto 589/1984; aprobadas por la Comisión Permanente de la Conferencia Episcopal Española celebrada los días 11-13 de julio de 1984.

⁴⁷ Real Decreto sobre organización de servicios de la beneficencia particular. Debe tenerse en cuenta también la Ley General de Beneficencia de 20 de junio de 1849, y el Real Decreto de 14 de marzo de 1852, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley General de Beneficencia.

tectorado de las Instituciones de Beneficencia comprenderá las facultades necesarias para lograr que sea cumplida la voluntad de los fundadores en lo que interese a colectividades indeterminadas⁴⁸. En la misma Instrucción se concreta que corresponde al Ministro de la Gobernación la facultad de clasificar los establecimientos de beneficencia⁴⁹, y los representantes legítimos de las Instituciones particulares de beneficencia tendrán la obligación de presentar al Protectorado (que es la Administración) los títulos de fundación y de propiedad de las instituciones que tengan a su cargo y darle relación de sus bienes y valores⁵⁰.

Desde el momento en que un instituto eclesiástico no colegiado, una fundación pía o una asociación canónica son clasificados por la Administración, quedan sujetos al Protectorado de la misma, con todas las consecuencias que de ello se derivan respecto a la colisión con las competencias que tiene la Autoridad eclesiástica sobre estas entidades eclesiásticas.

El mismo Tribunal Supremo⁵¹ afirmó que la clasificación de la fundación puede hacerse de oficio o a instancia de los interesados, y el que pueda iniciarse de oficio tiene su justificación en que «en modo alguno es lícito negar al Gobierno los medios hábiles para el ejercicio inmediateísimo del Protectorado, comenzando por la clasificación», pues de lo contrario «dejarían desarmado al poder público, que tiene perentorias responsabilidades de función», y sigue diciendo que si se admitiese que prevalece la interpretación que los particulares den sobre el destino de los bienes, se estaría subordinando el interés del Estado (el general) a otro de índole privada, lo que conduciría a «dejar durante un lapso en indeterminación la personalidad jurídica del nuevo ente social, quedaría incumplida la voluntad inmediata del agente creador, en interín las actividades beneficiantes, expuestos los patrimonios» y, en suma, desnaturalizada la intención caritativa y desconocida la autoridad de las potencias estatales.

Partiendo del hecho de que estos entes y realidades hubieren sido clasificados por la Administración, el siguiente paso ha de ser analizar cuál es la intensidad de la vigilancia y control del Protectorado de la Administración en cada supuesto:

1. Si se trata de una fundación pía del Código de 1917, esto es, de «una masa de bienes dados a una persona jurídica eclesiástica», el artículo 2 de la Instrucción de 24 de julio de 1913, para el ejercicio del Protectorado del Go-

⁴⁸ Artículo 1 de la Instrucción de 14 de marzo de 1899.

⁴⁹ Artículo 7 de la Instrucción.

⁵⁰ Artículo 35 de la Instrucción.

⁵¹ Sentencia de 28 de marzo de 1936 (Ar. 927).

bierno en la beneficencia particular docente, disponía que en las herencias y legados benéfico-docentes que no impliquen obligaciones permanentes, la acción del Protectorado del Ministerio de Instrucción Pública cesará con el cumplimiento probado de la voluntad del testador.

2. Si se trata de un instituto eclesiástico no colegiado, el Real Decreto e Instrucción de 14 de marzo de 1899 advierten de la obligatoriedad de su clasificación. Así se desprende también de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1947 (Ar. 804), en que, a pesar de la oposición del Obispado, una fundación cuyo fin era la enseñanza gratuita de instrucción primaria y religiosa católica, apostólica y romana a niñas y niños pobres, regentada por monjas y cuyo patrono era el Señor Obispo, es clasificada como de beneficencia, manteniéndose la intervención de la Junta Provincial de Beneficencia.

La intervención del Protectorado de la Administración civil sobre estas entidades es completa, ya que, en definitiva, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁵² y del Tribunal Supremo⁵³, su función es velar por el cumplimiento de la voluntad del fundador y de los fines de interés general, no solo durante toda la vida de la fundación sino incluso antes de su constitución y después de su extinción con el destino de los bienes.

Tal era la vocación de control sobre este tipo de entidades, que el artículo 2 de la Instrucción de 24 de julio de 1913 para el ejercicio del Protectorado del Gobierno en la beneficencia particular docente disponía que los Notarios y Registradores tendrán la obligación de comunicar al Ministerio toda fundación de este género y de su cumplimiento tan pronto tengan conocimiento de ambas cosas.

Únicamente este control podía quedar atenuado en las llamadas *Fundaciones «a fe y conciencia»*⁵⁴, planteándose unos supuestos de exención al control del Protectorado. Estos supuestos son:

— Cuando el fundador relevare a sus patronos o administradores de la presentación de cuentas, no tendrán estos obligación de rendirlas regular y pe-

⁵² Sentencia del Tribunal Constitucional 49/1988, de 22 de marzo, sobre la naturaleza de las Cajas de Ahorro, dictada en los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley 31/1985, de 2 de agosto, sobre Órganos Rectores de las Cajas de Ahorro. Previamente también la Sentencia del Tribunal Constitucional número 18/1984, de 7 de febrero. Recurso de amparo 475/1982 contra el «acto administrativo» dictado por el Consejo de Administración de la Caja de Ahorros de Asturias.

⁵³ Ver la completísima monografía de J. L. PIÑAR MAÑAS, *Régimen jurídico de las Fundaciones: Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*, Madrid, 1992, pp. 18-24.

⁵⁴ J. A. DEL CAMPO ARBULO, «Las Fundaciones a fe y conciencia en el ordenamiento jurídico español», en *La Ley*, 6 de junio de 1995, pp. 1-4.

riódicamente, pero sí la de justificar el cumplimiento de las cargas de la fundación, siempre que sean requeridas al intento por autoridad competente ⁵⁵.

— Cuando por disposición explícita del fundador quedase el cumplimiento de su voluntad a la fe y conciencia del patrono o administrador, solo tendrán estos la obligación de declarar solemnemente dicho cumplimiento, acreditando que es ajustado a la moral y a las leyes ⁵⁶.

En estos supuestos, las facultades del Protectorado quedan reducidas en beneficio del Patronato, ya que los fundadores normalmente confían más en los patronos que en la Administración.

A pesar del giro constituido por el Decreto 2930/1972, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de las Fundaciones Culturales Privadas y Entidades Análogas ⁵⁷, y de la Orden de 23 de junio de 1986 ⁵⁸, la jurisprudencia del Tribunal Supremo admitía las fundaciones «a fe y conciencia» ⁵⁹.

Por consiguiente, la manifestación de la cláusula «a fe y conciencia» había de ser «expresa, clara y terminante» ⁶⁰. No obstante, según el Tribunal Supre-

⁵⁵ Artículo 5 de la Instrucción de 14 de marzo de 1899.

⁵⁶ Artículo 6 de la Instrucción de 14 de marzo de 1899.

⁵⁷ Al establecer, en los artículos 35 y siguientes, y de manera especial en el 44, para las fundaciones sometidas a este Protectorado, con carácter obligatorio, la rendición contable al Protectorado, exceptuando de la misma tan sólo a las fundaciones constituidas con anterioridad a su promulgación, respecto de las cuales la disposición transitoria cuarta establece que «sólo les será de aplicación el presente Reglamento en cuanto no suponga la extinción de la fundación, por haberse condicionado su subsistencia por disposición explícita del fundador en forma tal que dicha aplicación supusiera el cumplimiento de una condición resolutoria. En otro caso se seguirán rigiendo por la legislación anterior».

⁵⁸ Que en su artículo 6 contempla la posibilidad de que «las fundaciones, que de conformidad con la voluntad del fundador, están exentas de la obligación de rendir cuentas, podrán renunciar a tal beneficio mediante simple acuerdo del Patronato al respecto, que deberá ponerse en conocimiento del Protectorado, siéndoles de aplicación lo dispuesto en la presente Orden sobre Contabilidad y Rendición de Cuentas».

⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1928 (SEIX 1929): «El Patronato de la Fundación Colegio de San Ambrosio de Salamanca no viene obligado a formar presupuestos, rendir cuentas al Protectorado... y dicha fundación se debe regir y administrar de conformidad con lo establecido por su fundador en su testamento y codicilo»; Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1913 (SEIX 1914) que dispone que no tiene obligación de justificar el cumplimiento de cargas de una fundación el patrono de la misma nombrado por el instituyente, dejando por entero a sus cualidades morales la práctica del legado benéfico; Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1952 (Ar. 169): «... que esta Junta (de Patronato) tendrá todas las facultades legalmente necesarias para la representación de la entidad creada y estará relevada de dar cuenta de su gestión al Gobierno, pues la testadora considera como la mejor garantía para el cumplimiento de su voluntad la conciencia y la fe de los Vocales, a los que releva de prestar fianza en el desempeño de sus cargos».

⁶⁰ «... que la voluntad de los fundadores aparezca claramente expresada» (Sentencia del

mo ⁶¹, la interpretación de estas cláusulas había de hacerse de forma restrictiva, ya que toda cláusula eximitoria de la intervención de la Administración civil «obliga a una interpretación restrictiva, para que la Administración General pueda sin traba alguna ejercer su acción tuitiva, velando por la realidad de la inversión de los fondos obtenidos de los bienes fundacionales y fundamentalmente por el cumplimiento de la voluntad de la testadora».

La Ley 30/1994 ⁶², en su artículo 9.2, establecía que «toda disposición de los Estatutos de la Fundación o manifestación de la voluntad del fundador que sea contraria a la presente Ley se tendrá por no puesta, salvo que afecte a la validez constitutiva de aquélla. En este último caso no procederá la inscripción en el Registro de Fundaciones».

Pero para las fundaciones preexistentes de competencia estatal, la disposición transitoria primera de la Ley disponía que «estarán sujetas a los preceptos de la Ley salvo aquellos cuya aplicación suponga, en virtud de lo dispuesto expresamente por el fundador, el cumplimiento de una condición resolutoria que implique la extinción de la fundación».

Todos aquellos institutos eclesiásticos no colegiados, asociaciones canónicas y fundaciones pías fueron clasificados, y ahora sujetos totalmente a los preceptos de la Ley de Fundaciones. El mandato de la disposición transitoria segunda de la Ley es rotundo: «En el plazo de dos años a partir de la entrada en vigor de esta Ley, las fundaciones ya constituidas deberán adaptar sus Estatutos a lo dispuesto en la misma y presentarlos en el Registro de Fundaciones».

Finalmente, la vigente Ley de Fundaciones, la Ley 50/2002 ⁶³, en su disposición transitoria primera, también establece la obligatoriedad de adaptar los estatutos a los preceptos de la nueva ley, en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de la misma, pero en la disposición adicional segunda de la Ley dispone que: «Lo dispuesto en esta Ley se entiende sin perjuicio de lo establecido en los Acuerdos con la Iglesia Católica y en los acuerdos y convenios de cooperación suscritos por el Estado con otras Iglesias, Confesiones y Comuni-

Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1911, SEIX 1912); porque «es norma de la Administración: el mantener como principio fundamental de su actuación en las fundaciones del Protectorado, la voluntad de los fundadores en cuanto a regular las condiciones en que se han de desenvolver las instituciones benéfico-docentes... de modo que la voluntad del testador, clara, precisa y concretamente manifestada, ha de ser respetada en todo caso por la Administración...» (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1926, SEIX 1926).

⁶¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1955 (Ar. 862), referida a la Fundación «Sagrado Corazón de Jesús», en Antequera.

⁶² Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones e Incentivos Fiscales a la participación privada en actividades de interés general (BOE núm. 282, de 25 de noviembre de 1994).

⁶³ De 26 de diciembre (BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2002).

dades Religiosas, así como en las normas dictadas para su aplicación, para las fundaciones creadas o fomentadas por las mismas».

La cuestión fundamental es que no puede olvidarse que son personas jurídicas canónicas, sujetas a toda la normativa canónica (modificación de estatutos, extinción y destino de los bienes), y que además tienen la obligación de rendir cuentas al Ordinario del lugar (canon 1287.1) ⁶⁴, ya que el Ordinario es ejecutor y vigilante de las pías voluntades (canon 1301) ⁶⁵. Desde su origen han sido personas jurídicas de la Iglesia, pero después fueron clasificadas como instituciones de beneficencia particular. No puede un ordenamiento jurídico civil sustraer una persona jurídica al ordenamiento jurídico canónico.

Como se advierte fácilmente, estas entidades están sujetas a una doble normativa: la canónica y la civil, con todos los problemas que plantea: la aprobación de cualquier actuación por parte de un Protectorado pero no del otro ⁶⁶, la no coincidencia entre la Administración civil ⁶⁷ y la división eclesiástica en diócesis ⁶⁸.

Se produce una esquizofrenia en la propia entidad que solo puede ser solventada mediante soluciones concordadas entre la autoridad civil y la eclesiástica.

3. Pero incluso puede acontecer un supuesto más complicado, y es el siguiente: *Una asociación canónica, una Hermandad, erigida canónicamente, y que atendiendo a la propuesta de la correspondiente Junta Provincial de Beneficencia, sea clasificada como Institución Benéfica*. Piénsese en una Hermandad o Asociación que tenga un establecimiento benéfico como una Residencia de ancianos, o una Casa de Maternidad, o una escuela para niños pobres. La Orden de Clasificación en principio parece acertada porque distingue entre la persona jurídica

⁶⁴ «Quedando reprobada la costumbre contraria, los administradores, tanto clérigos como laicos, de cualesquiera bienes eclesiásticos que no estén legítimamente exentos de la potestad de régimen del Obispo diocesano, deben rendir cuentas cada año al Ordinario del lugar, que encargará de su revisión al consejo de asuntos económicos».

⁶⁵ «1. El Ordinario es ejecutor de todas las pías voluntades, tanto mortis causa como inter vivos. 2. En virtud de este derecho, el Ordinario puede y debe vigilar, también mediante visita, que se cumplan las pías voluntades; y los demás ejecutores deben rendirle cuentas, una vez cumplida su función. 3. Las cláusulas contenidas en las últimas voluntades que sean contrarias a este derecho del Ordinario se tendrán por no puestas».

⁶⁶ El Obispo aprueba la modificación de estatutos, o la extinción de la entidad, o la rendición de cuentas, pero no lo aprueba el Protectorado, o al revés.

⁶⁷ Que puede ser la Administración estatal o la autonómica, interviniendo toda la legislación autonómica sobre fundaciones.

⁶⁸ Hay diócesis con parroquias o entidades en varias Comunidades Autónomas. Había fundaciones sujetas al Arzobispo de Valencia, como Ordinario, y también al Protectorado de Fundaciones de la Comunidad de Aragón como Protectorado de la Administración civil.

(la Hermandad, que es una asociación canónica) y la actividad (la Residencia de ancianos, la Casa de Maternidad, la escuela para niños pobres) que realiza la persona jurídica, pero al final lo confunde todo; ya no distingue entre asociación, fundación o institución, y no se sabe bien qué se está clasificando como institución de beneficencia: si la actividad o la persona jurídica o las dos cosas. Con todo, lo cierto es que a partir de ese momento la Asociación, la Hermandad, la persona jurídica canónica es clasificada por la Administración civil como una Institución de Beneficencia. Se clasifica reconociendo que el Protectorado no tiene otra misión que la de velar por la higiene y por la moral pública. Así lo disponía también el artículo 3 de la Instrucción de 14 de marzo de 1899, para el ejercicio del Protectorado del Gobierno en la Beneficencia Particular.

Obsérvese que la propia Orden, a pesar de clasificarla como Institución de Beneficencia, reconoce que no se trata de una fundación sino de una asociación canónica, fundada, gobernada y sostenida por los propios socios, con las cuotas obligatorias de los mismos. Pues, a pesar de todo ello, partiendo de ese pilar falso (entender que se trata de una fundación), ante la entrada en vigor de las sucesivas Leyes de Fundaciones, tanto estatales como autonómicas, se obliga por parte de la Administración civil a la adaptación de los estatutos a dichas leyes, con lo cual quedan sujetas ya de manera completa al Protectorado, el cual asume todas las competencias, y no solo la de velar por la higiene y la moral pública.

Es cierto que podría plantearse la *desclasificación* para volver a considerarla como asociación y religiosa, sometida únicamente a la autoridad eclesiástica, pero casi con toda seguridad el propio Protectorado de la Administración civil (el Ministerio o Consejería correspondiente) se opondría a ello, teniendo que acudir a los Tribunales para la defensa de los derechos.

Existe amplia Jurisprudencia del Tribunal Supremo en los años 1920 y 1930 que mantiene que todos los Establecimientos o Asociaciones permanentes destinados a la satisfacción de necesidades intelectuales o físicas son Instituciones de Beneficencia, y por tanto están sujetas al ordenamiento jurídico civil. Llegan incluso a considerar como Instituciones de Beneficencia a las Comunidades, Corporaciones y Órdenes Religiosas. La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1921, SEIX 1921, llega a afirmar: «Estudiadas las Constituciones de la Orden Hospitalaria de San Juan de Dios, se adquiere el convencimiento de que en su origen y así continua este Instituto, con independencia de la categoría de Orden Religiosa, y en la que con posterioridad se elevó, persigue un fin benéfico característico, representado por la obra de misericordia de dedicarse exclusivamente al cuidado y servicio de los enfer-

mos, y siendo esto notorio, por el número conocido de Asilos, Hospitales y manicomios en que los Hermanos de la Orden se dedican a un caritativo fin, no cabe duda que corresponde clasificarla como una de las Instituciones de Beneficencia...».

Efectivamente, parece que todas aquellas entidades cuya finalidad no fuera estrictamente espiritual (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1972) o religiosa (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1968), deberían someterse a las disposiciones legales vigentes.

Pero actualmente las cosas parecen haber cambiado. En el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia ⁶⁹, en las distintas provincias, constan cientos de entidades, entre las que se encuentran Casas de Congregaciones, Comunidades y Órdenes Religiosas, Asociaciones católicas... todas ellas entidades que, en su día, estarían clasificadas como Instituciones de Beneficencia, sujetas al Protectorado de la Administración civil.

Además, lo que no debe hacer la Orden de Clasificación es sustraer una persona jurídica ya constituida a su ordenamiento primitivo para insertarla en otro distinto. Así lo afirmó la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1930 (Ar. 2936) pero al revés, ya que manifestó que no procedía la erección posterior como persona jurídica canónica de una fundación ya clasificada. Lo mismo puede afirmarse: No procede la sustracción de una persona jurídica canónica como es una Hermandad o Asociación canónica, a través de la Clasificación como Institución de Beneficencia y su pase al ordenamiento civil. También en el mismo sentido se expresa el Dictamen del Consejo de Estado de 18 de noviembre de 1966 (Expediente número 34669).

Este razonamiento anterior es válido tanto para las asociaciones canónicas como para las fundaciones y los institutos eclesiásticos no colegiados.

Frente al argumento de que hubieran sido precisamente los patronos o la Junta de Gobierno de la Asociación quienes pidieron la «clasificación» o quienes accedieron a la modificación de los estatutos y su inscripción en el Registro de Fundaciones, conviene hacer tres matizaciones:

Primera: Que realmente muchas Órdenes de Clasificación se produjeron en períodos de presión por parte de las autoridades civiles, debido a la secularización de las actividades benéficas y asistenciales: especialmente en los años 1870-1880 y 1930-1940.

Segunda: Que incluso en el supuesto de que fuere el mismo Patronato o Junta de Gobierno, sin ningún tipo de presión, quien solicitare y accediere a la

⁶⁹ www.dgraj.mju.es en Entidades Católicas.

Clasificación, esta no sería válida, pues el Patronato o Junta de Gobierno, si la entidad hubiere sido erigida canónicamente y tuviere reconocida personalidad jurídica civil, no tiene competencia para dicha actuación sin la correspondiente autorización de la autoridad eclesiástica. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1969 (Ar. 4481) afirma que en cuanto a la capacidad jurídica de disponer y administrar de estos entes morales de inferior categoría «no cabe olvidar en cambio que este precepto dispone que el régimen jurídico a que la expresada materia debe someterse se regirá por lo concordado y que el art. 43 del Protocolo de 1851 agrega que lo referente a personas o cosas eclesiásticas “será dirigido y administrado según la disciplina canónicamente vigente...”». En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1962 (Ar. 4302).

Tercera: Que existen incluso Resoluciones en que ha sido la propia Administración quien ha denegado la «Clasificación» de algunas Fundaciones, por estar ya erigidas canónicamente y sometidas al Protectorado de la Autoridad Eclesiástica. Muestra de ello es la siguiente resolución ⁷⁰:

«Con fecha 28 de febrero ppdo. El Excmo. Sr. Ministro de la Gobernación comunica a esta Junta (Provincial de Beneficencia de Barcelona) lo siguiente:

“Visto el expediente sobre clasificación de la entidad benéfica denominada ‘Institución de...’ domiciliada en Barcelona, y...

Este Ministerio ha dispuesto:

1.º Denegar la clasificación que como entidad de Beneficencia particular se solicita para la ‘Institución...’ en razón de tratarse de un Instituto Eclesiástico no colegiado, erigido por el Ordinario del lugar y constituido como persona jurídica de la Iglesia”».

El tema de la desclasificación no es baladí, ya que, por una parte, se ha desnaturalizado la persona jurídica canónica (pasándola de canónica a civil o incluso de asociativa a patrimonial), aprobado unos Estatutos que poco o nada tienen que ver con aquellos que los fundadores habían previsto, y por otra parte, estas modificaciones tienen su reflejo en la administración y disposición de los bienes de dichas entidades.

No puede olvidarse que tratándose de bienes eclesiásticos, en cuanto pertenecientes a una persona jurídica eclesiástica pública (Asociación pública,

⁷⁰ Contenida en J. TRASERRA CUNILLERA, *Las fundaciones pías autónomas...*, ob. cit., pp. 86-88. Se trataba de una Institución que tenía por objeto atender a sacerdotes ancianos o enfermos.

Hermandad, Instituto eclesiástico no colegiado, o masa de bienes dados a una persona eclesiástica pública ya existente), deben observarse las normas contenidas en el Libro V del Código de Derecho Canónico (cánones 1254-1310) ⁷¹. Estas normas son de validez para la enajenación de los bienes eclesiásticos. Por tanto hay que plantearse la nulidad de la Orden de clasificación, la nulidad de los actos de cambio de asociación a fundación, de modificación de estatutos de persona jurídica canónica a civil, y, al tiempo, los referentes a las cuestiones patrimoniales, aunque evidentemente la cuestión de si se trata de una nulidad o anulabilidad es discutida.

Se podría oponer la no impugnación de los acuerdos dentro de los plazos legales, pero tanto el Tribunal Supremo como las Audiencias Provinciales han asentado jurisprudencia en el sentido de la imprescriptibilidad de la acción de la nulidad de pleno derecho ⁷². Así el Tribunal Supremo afirma: «Los vicios de inexistencia y nulidad radical de los actos o negocios jurídicos no son susceptibles de sanación por el transcurso del tiempo, de conformidad con el principio “quod ad initium vitiosum est non potest tractu temporis convalescere”, por lo que las acciones correspondientes son imprescriptibles» ⁷³, y «las relaciones afectadas de nulidad absoluta, al resultar inexistentes en derecho, no pueden convalidarse con el transcurso del tiempo, al ser imprescriptible la acción de nulidad» ⁷⁴.

Sería obligado plantearse la posible cancelación de las inscripciones registrales como consecuencia de los actos realizados por este tipo de entidades eclesiásticas sin las licencias y autorizaciones pertinentes. Teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 33 ⁷⁵, 40 ⁷⁶ y 82 ⁷⁷ de la Ley Hipotecaria, puede concluirse que para la rectificación y posible cancelación de los asientos regis-

⁷¹ En el Código de Derecho Canónico de 1917, especialmente las normas contenidas en la *Pars Sexta: De Bonis ecclesiae temporalibus* (cánones 1495 y siguientes), especialmente el *Titulus XXIX: De contractibus* (cánones 1529 y siguientes).

⁷² Aunque es cierto que muchas veces se estima que existe «anulabilidad» donde debería apreciarse «nulidad».

⁷³ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2002.

⁷⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2000.

⁷⁵ «La inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las Leyes».

⁷⁶ «Cuando la inexactitud procediere de falsedad, nulidad o defecto del título que hubiere motivado el asiento y, en general, de cualquier otra causa de las no especificadas anteriormente, la rectificación precisará el consentimiento del titular o, en su defecto, resolución judicial».

⁷⁷ «Las inscripciones... hechas en virtud de escritura pública no se cancelarán sino por sentencia contra la cual no se halle pendiente recurso de casación, o por otra escritura o documento auténtico, en el cual preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción... o sus causahabientes o representantes legítimos».

trales que hayan sido consecuencia de actuaciones de estas entidades sin las licencias pertinentes existen dos vías: la judicial y la extrajudicial.

La primera de ellas, la judicial, exige la sentencia firme de declaración de nulidad del título que ha originado la inscripción. La acción de nulidad es imprescriptible, por lo que deberá existir un proceso judicial en el que la parte demandante obtenga la sentencia firme de nulidad del título por el que se produce un cambio en la titularidad registral que no responde a la titularidad material. Al mismo tiempo, en la demanda de nulidad deberá también solicitarse, como consecuencia, que se cancelen las inscripciones a que dieron origen dichos títulos. Así se exige en el párrafo segundo del artículo 38 de la Ley Hipotecaria cuando dice: «... no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos a nombre de persona o entidad determinada sin que previamente o a la vez se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción».

La segunda de ellas, la extrajudicial, exige una escritura pública en la que las partes intervinientes reconozcan la nulidad de los títulos y soliciten la cancelación de las inscripciones. Pero en un cúmulo de confusiones sobre la naturaleza jurídica de las entidades eclesiásticas: si son fundaciones o asociaciones, si son institutos eclesiásticos no colegiados o fundaciones civiles, si son fundaciones pías no autónomas o autónomas, etc., el saber cuáles son las partes intervinientes es de suma dificultad. Pero más aún lo es que la Administración civil admita esas correcciones, fruto y consecuencia del acto de clasificación en su día, y posteriormente de la obligación de acomodar los estatutos a las legislaciones sobre fundaciones. La intervención de la Administración, como Protectorado civil, en estos casos es decisiva, ya que se requiere su consentimiento por las consecuencias que ello puede tener en la vida de la fundación civil, así como en su patrimonio.

Podría oponerse a esta postura lo mantenido en la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1997, que expresa: «Pero es que además, hay que admitir la duda referente a que dicho artículo I.4.2.º párrafo del Acuerdo de 3 de enero de 1979 ⁷⁸ pudiera estudiarse desde un punto de vista de obligatoriedad interna, sin que dichas normas canónicas devenidas en estatutarias, pueda proclamarse de obligado conocimiento para terceros, pues llevada su exigencia hacia un total voluntarismo, podrían cuartearse los principios de responsabili-

⁷⁸ Se está refiriendo al artículo I.4.2.º párrafo del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos que reza: «A los efectos de determinar la extensión y límites de su capacidad de obrar y, por tanto, de disponer de sus bienes, se estará a lo que disponga la legislación canónica, que actuará en este caso como derecho estatutario».

dad, de protección a la “bona fides” y, sobre todo, a la seguridad jurídica que debe presidir toda relación contractual».

Pero no pasa de ser una sentencia anecdótica, puesto que tanto la Dirección General de los Registros y del Notariado como el Tribunal Supremo han tratado estos temas de personalidad jurídica civil de las entidades eclesásticas y de la disposición de sus bienes, manteniendo una posición distinta a la mantenida por esta sentencia, y dando eficacia a los controles canónicos. Entre otras razones, porque el Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos, según el Tribunal Constitucional⁷⁹, es un Tratado Internacional, y, según el artículo 96 de la Constitución española, «los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno». Es más, sigue diciendo el artículo 96 que «sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional». Y tiene tanta fuerza este tratado que, según la Convención de Viena, de 23 de mayo de 1969, sobre el Derecho de los Tratados, ratificada y publicada oficialmente por España, «todo tratado en vigor obliga a las Partes y debe cumplirse por ellas de buena fe» (art. 26), hasta el punto de que «una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado» (art. 27). Pero la misma fuerza la tiene para la Santa Sede, que también ha ratificado la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, y que establece en el canon 3 de su Código de Derecho Canónico lo siguiente: «Los cánones de este Código no abrogan ni derogan los convenios de la Santa Sede con las naciones o con otras sociedades políticas; por tanto, estos convenios siguen en vigor como hasta ahora, sin que obsten en nada las prescripciones contrarias de este Código»⁸⁰.

⁷⁹ La Sentencia número 66/1982, de 12 de noviembre, con expresa referencia al Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos, dice textualmente: «No podemos menos de constatar que este Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede tiene rango de tratado internacional y, por tanto, como aprecia el Fiscal, se inserta en la clasificación del artículo 94 de la Constitución española, sin que respecto a él se hayan, institucionalmente, denunciado estipulaciones contrarias a la propia Constitución ni procedido conforme al artículo 95 de la misma, y, una vez publicado oficialmente el tratado, forma parte del ordenamiento interno» (Fundamento Jurídico número 5).

La Sentencia número 187/1991, de 3 de octubre, refiriéndose expresamente al Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, dice textualmente: «Dicho Acuerdo es un tratado internacional, cuyo texto ha sido aprobado por las Cortes Generales, publicado oficialmente (BOE de 15 de diciembre de 1979), lo que significa, en virtud de lo dispuesto en el artículo 96 de la Constitución española, que forma parte del ordenamiento jurídico interno» (Fundamento jurídico número 4).

⁸⁰ Ver CONFERENCIA EPISCOPAL ESPAÑOLA, *Los Acuerdos entre la Santa Sede y el Estado Español* (Veinte años de vigencia), Madrid, 2001, 212 páginas.

Finalmente, impera la necesidad de clarificar este tipo de personas jurídicas eclesiásticas que fueron clasificadas, quedando sujetas al Protectorado de la Administración. Debería realizarse una labor conjunta entre los representantes de la Iglesia Católica y de la Administración en este sentido. No debe resultar extraño este actuar, pues el mecanismo viene establecido en el artículo VII del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos: «La Santa Sede y el Gobierno español procederán de común acuerdo en la resolución de las dudas o dificultades que pudieran surgir en la interpretación o aplicación de cualquier cláusula del presente Acuerdo, inspirándose para ello en los principios que lo informan»⁸¹.

Esta necesidad de sentido común ya se ha manifestado en la legislación fiscal⁸².

La Ley 49/2002⁸³, en su disposición adicional octava, regula las fundaciones de las entidades religiosas, al tenor siguiente: «Lo dispuesto en esta Ley se entiende sin perjuicio de lo establecido en los acuerdos con la Iglesia Católica y en los acuerdos o convenios de cooperación suscritos por el Estado con las iglesias, confesiones y comunidades religiosas, así como en las normas dictadas para su aplicación, para las fundaciones propias de estas entidades, que podrán optar por el régimen fiscal establecido en los artículos 5 a 25 de esta Ley, siempre que en este último caso presenten la certificación de su inscripción en el Registro de Entidades Religiosas, y cumplan el requisito establecido en el número 5.º del artículo 3 de esta Ley».

Y a continuación, en la disposición adicional novena, refiriéndose al régimen tributario de la Iglesia Católica y de otras iglesias, confesiones y comunidades religiosas, regula: «2. El régimen previsto en esta Ley será también de aplicación a las asociaciones y entidades religiosas comprendidas en el artículo V del Acuerdo sobre Asuntos Económicos⁸⁴ suscrito entre el Estado español y la Santa Sede... siempre que estas entidades cumplan los requisitos exigi-

⁸¹ El mismo texto obra en los artículos XVI del Acuerdo sobre Enseñanza, VII del Acuerdo sobre Asistencia Religiosa y VI del Acuerdo sobre Asuntos Económicos.

⁸² T. GARCÍA LUIS, *Fiscalidad de fundaciones y asociaciones*, Valladolid, 1995, 338 páginas.

⁸³ Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general (BOE núm. 307, de 24 de diciembre).

⁸⁴ Artículo V del Acuerdo Económico: «Las Asociaciones y Entidades Religiosas no comprendidas entre las enumeradas en el artículo IV de este Acuerdo (Santa Sede, Conferencia Episcopal, Diócesis, Parroquias y otras circunscripciones territoriales, Órdenes y Congregaciones Religiosas y los Institutos de Vida Consagrada y sus Provincias y sus Casas), y que se dediquen a actividades religiosas, benéfico-docentes, médicas u hospitalarias o de asistencia social, tendrán derecho a los beneficios fiscales que el Ordenamiento Jurídico-tributario del Estado español prevé para las entidades sin fin de lucro y en todo caso los que se conceden a las entidades benéficas privadas».

dos por esta Ley a las entidades sin fines lucrativos para la aplicación de dicho régimen».

En el artículo 3 de la Ley 49/2002 se detallan los requisitos que deben reunir las entidades sin fines lucrativos, concretándose en el requisito 9.º: «Que cumplan las obligaciones de rendición de cuentas que establezca su legislación específica».

El Real Decreto 765/1995, de 5 de mayo, de incentivos fiscales, en la disposición adicional segunda, llamada de adaptación a las entidades eclesíásticas del régimen previsto en el Título II de la Ley 30/1994, sustituía el certificado del Protectorado civil por la certificación de la autoridad eclesíástica, sobre su naturaleza y fines, así como sobre el hecho de que la entidad correspondiente le rinde cuentas.

En la Diócesis de Valencia se aprobaron por la autoridad eclesíástica ⁸⁵ unas Orientaciones sobre la presentación de cuentas anuales de las asociaciones, fundaciones y otras entidades eclesíásticas, donde se disponía que para poder disfrutar del régimen fiscal especial debía presentarse la siguiente documentación:

a) Certificación literal de su inscripción en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia.

b) Certificación de la autoridad eclesíástica de la que dependan sobre su naturaleza y fines, así como sobre el hecho de que la entidad correspondiente le rinde cuentas.

La disposición adicional única, en su apartado 2, del Real Decreto 1270/2003, de 10 de octubre ⁸⁶ reza: «A las entidades a las que se refieren la disposición adicional octava (fundaciones de entidades religiosas) (...) les será de aplicación lo dispuesto en los artículos 1, 2 y 4 de este reglamento a los efectos del ejercicio de la opción por el régimen fiscal especial y de la acreditación del derecho a la exclusión de la obligación de retener o ingresar a cuenta».

En la legislación fiscal, se observa claramente que la manera como los bienes se emplean para los fines de la fundación y el correcto funcionamiento de sus órganos de gobierno, es una función protectora mínima a desarrollar por el Ordinario. Todas las personas jurídicas canónicas están sometidas a la vigilancia y control del Ordinario, quien actúa como un auténtico Protectorado.

⁸⁵ Publicadas en el *Boletín Oficial del Arzobispado de Valencia* de mayo de 2002.

⁸⁶ Por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación del régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo (BOE núm. 254, de 23 de octubre).

IV. Propuesta de actuación

Por parte de las autoridades eclesíásticas (Ordinarios o Conferencia Episcopal) y por las distintas Administraciones (estatal y autonómicas) deberían crearse las Comisiones Mixtas necesarias para proceder a un esclarecimiento de todas las personas jurídicas canónicas (Asociaciones, Fundaciones, Instituciones) que hayan sido clasificadas como Instituciones de Beneficencia y que actualmente se encuentren sujetas al Protectorado de la Administración Civil.

La solución pasa, sin lugar a dudas, por una desclasificación de las mismas, con la consiguiente baja en los Registros estatal y autonómicos, y su inscripción en el Registro de Entidades Religiosas.

Estas entidades tenían personalidad jurídica canónica y civil. Únicamente precisan la acreditación de su inscripción en el Registro. Ello no supone en ningún caso una modificación de la persona jurídica existente, ni la creación de una persona jurídica nueva, sino un cumplimiento de las disposiciones transitorias de los Acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede.

Una vez dilucidada la personalidad jurídica canónica y civil de estas entidades, su Protectorado es el Ordinario correspondiente, el pío ejecutor de las pías voluntades, el vigilante de que se cumplan las mismas, y al que deben rendir cuentas los órganos de gobierno de las distintas entidades.

Por consiguiente, este tipo de entidades dejarán de estar sujetas al Protectorado de la Administración civil, tanto estatal como autonómica.

Finalmente, deberá clarificarse el patrimonio de estas entidades, investigando si las distintas enajenaciones de bienes en sentido amplio, canónicas (ventas o constitución de derechos reales) se han realizado teniendo en cuenta la competencia y legitimidad para realizarse. De lo contrario deberá procederse a su subsanación, siempre en defensa del cumplimiento de la voluntad de los fundadores, Ley máxima en la vida de estas entidades.

En el supuesto no deseable de ruptura de la colaboración necesaria entre la Iglesia Católica y la Administración civil, debería estudiarse y evaluarse la posibilidad de interponer las pertinentes acciones judiciales, pidiendo la nulidad de las actuaciones realizadas con anterioridad.

Claroscuros de la Ley 5/2011 de Economía Social

Manuel Ignacio Feliu Rey

Profesor Titular (Catedrático Acreditado) de Derecho Civil
Director Cátedra Asgeco
Universidad Carlos III de Madrid

«Las leyes inútiles debilitan a las necesarias».
(MONTESQUIEU)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN GENERAL: 1. *Previo*. 2. *Visión general de la Ley 5/2011*.—II. CUESTIONES AJENAS A LA LEY DE ECONOMÍA SOCIAL: 1. *Una ley que regula cuestiones ajenas a la Economía Social: otra vuelta de tuerca a la inseguridad jurídica*. 2. *Una ley que regula cuestiones ajenas a la Economía Social: la defectuosa técnica jurídica empleada por el legislador en las referidas materias impropias*.—III. ECONOMÍA SOCIAL Y LEY DE ECONOMÍA SOCIAL.—IV. BREVE ANÁLISIS DE ALGUNAS «ENTIDADES» DE LA ECONOMÍA SOCIAL: 1. *Fundaciones y Ley 5/2011*. 2. *Asociaciones y Ley 5/2011*. 3. *¿Cofradías de Pescadores y Ley 5/2011?* 4. *Entidades y Entidades*.—V. EL CONSEJO PARA EL FOMENTO DE LA ECONOMÍA SOCIAL.—VI. CONCLUSIONES.

I. Introducción general

1. *Previo*

Desafortunadamente han caído en el olvido, tal vez como consecuencia de una continua, profusa y desordenada actividad legislativa, las afirmaciones que el profesor Luis Díez-Picazo¹ efectuara en 1985 al prologar la obra de Rudolph von Ihering. Señala el famoso prologuista que «*El Derecho es una idea práctica. No nace y se desarrolla con objeto de permitir especulaciones inacabables. Es una idea práctica. Tiene un fin. Y es un fin lo que le justifica. Este fin a su vez es también práctico*», afirmación de una absoluta actualidad y que resulta de aplicación tanto a quienes aplican el Derecho como a quienes asumen la responsabilidad creativa de legislar.

Y es que, ya Portalis, en su famoso Discurso Preliminar al Código Civil francés, advertía que «Las leyes no son puros actos de poder: son actos de pru-

¹ L. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, «Presentación» a la obra de Rudolph VON IHERING, *La lucha por el derecho*, Civitas, Madrid, 1985, p. 12.

dencia, de justicia y de razón. El legislador ejerce menos una autoridad que un sacerdocio»², siendo «esencial imprimir en las instituciones nuevas ese carácter de permanencia y de estabilidad que pueda garantizarles el derecho de hacerse antiguas»³, de tal forma que, «cuando la ley es clara, hay que seguirla; cuando es oscura, hay que profundizar en sus disposiciones»⁴.

Y en el presente caso, la oscuridad y ambigüedad de la Ley 5/2011 nos obliga a realizar el ejercicio de análisis que ya desde antiguo recomendaba Portalis.

Desde luego, no deja de resultar oportuna una Ley en tiempos de crisis cuya denominación se compone con los términos «Economía» y «Social», así como anteriormente (el mismo mes de marzo) había sido publicada la Ley 2/2011 de «Economía Sostenible». Da la impresión que ambas Leyes, con el flamante *nomen iuris* que ostentan tuvieran un efecto o valor taumatúrgico o «Leyes Prodigio»⁵. En nuestra opinión nada más lejos de alcanzar dicha eficacia, y muy especialmente la Ley 5/2011.

2. *Visión general de la Ley 5/2011*

La Ley de Economía Social⁶, que por una cierta semejanza cacofónica no debe confundirse con la caótica Ley de Economía Sostenible, tiene el dudoso mérito de ser la primera ley (alguna voces afirman que en el entorno mundial) que regula la «Economía Social».

Ciertamente, y a juicio de quien firma el presente trabajo, el mérito es más que dudoso, tanto por la falta de rigor, la ausencia de una absoluta originali-

² J. E. M. PORTALIS, *Discurso Preliminar al Código Civil Francés*, Civitas, Madrid, 1997, p. 32.

³ Aut. ob. cit., p. 52.

⁴ Aut. ob. cit., p. 43.

⁵ En realidad ambas son dos leyes «políticas», muy especialmente la Ley 5/2011. Y claro, ya sabemos que «La política es el arte de buscar problemas, encontrarlos, hacer un diagnóstico falso y aplicar después los remedios equivocados» (Groucho Marx).

⁶ La expresión «Economía Social» —nacida formalmente en 1830 cuando Charles Duyor publicó en París un Tratado de Economía Social, si bien hunde sus raíces en los Principios de Rochdale (Lancashire, UK, 1844)— ha sido y sigue siendo objeto de constante evolución y desarrollo. Consecuencia de dicha evolución ha sido la confusión terminológica entre las expresiones «Economía Social», «Economía Solidaria», «Tercer Sector» y «*Non Profits Organizations*». Al respecto aconsejamos la lectura del trabajo (donde se realiza un interesante estudio de la evolución histórica al que remitimos) «Economía social: Conceitos, fundamentos e tipología» del Prof. J. M. CROCA CAEIRO de la Universidad Lusíada de Lisboa. Rev. Katál. Florianópolis, vol. 11, n.º 1, 2008, pp. 61-72. También J. L. ARGUDO PÉRIZ, «El Tercer Sector y Economía Social. Marco Teórico y situación actual», en *Acciones e Investigaciones Sociales*, n.º 15, 2002, pp. 239-263. ARGUDO habla también de la expresión «Sector Emergente».

dad, la dudosa eficacia de la ley y, finalmente, el empleo espúreo de la misma, una vez más —lo que ya viene siendo tónica y práctica habitual del legislador en las más recientes legislaturas—, para regular cuestiones y materias que nada tienen que ver directamente con la llamada Economía Social ⁷.

Ciertamente nadie puede poner en cuestión la relevancia histórica, social, económica e incluso política que las «entidades» que integran la denominada «Economía Social» comportan, y tal es así que, en el plano nacional, el número de las referidas «entidades» asciende aproximadamente a 200.000, generando más de 2.000.000 de puestos de trabajo (directos e indirectos), aportando el 3% al PIB. Por lo que respecta a su impacto a nivel de la Unión Europea, según se refleja tanto en el denominado «Informe Toia» ⁸, como en la Resolución del Parlamento Europeo de 19 de febrero de 2009 sobre economía social ⁹, «representa el 10% del conjunto de las empresas europeas, es decir, 2 millones de empresas, que suponen el 6% del empleo total».

En otras palabras, el objeto de regulación (que no el desarrollo normativo que se lleva a cabo) que se anuncia bajo la rúbrica de la Ley 5/2011 («de Economía Social») tiene una trascendencia más que considerable, tanto a nivel nacional como europeo (de Mercado Interior).

Y a pesar de dicha trascendencia, a mi juicio, la Ley 5/2011 no deja de ser una Ley que, a falta de un desarrollo reglamentario posterior coherente, riguroso y absolutamente necesario en este caso, puede llegar a carecer de sentido en sí misma aisladamente considerada ¹⁰ (tal es su calidad y rigor en la redacción), siendo un texto —si se permite la expresión— meramente programático o de principios que básicamente reproduce el texto «propuesto» por el Informe Toia y el Informe CESCE ¹¹, reproducción, reelaboración y modifica-

⁷ Nos referimos a la disposición adicional sexta LECS «Ejercicio de actividades sanitarias por titulados universitarios de Licenciados en Psicología o Graduado en el ámbito de la Psicología».

⁸ Informe sobre Economía Social [2008/22550 (INI)] de 16.1.2009. Comisión de Empleo y Asuntos Sociales, Ponente: Patrizia Toia, de quien deriva la denominación «Informe Toia», que emplearemos en adelante.

⁹ Nos referimos a la Resolución del Parlamento Europeo de 19 de febrero de 2009 sobre economía social [2008/2250 (INI)], DOCE 2010/C 76/E/04, de 25.3.2010.

¹⁰ Una «Ley Humo», políticamente correcta y de una oportunidad extraordinaria (la fecha es de 29 de marzo de 2011). Téngase en cuenta que el año 2010 fue un semillero de medidas legislativas absolutamente impopulares: Ley Sinde, Ley Antitabaco, Reforma Concursal, Ley del Juego (fiscalidad) y muy especialmente la pretendida Reforma Laboral. La Ley de Economía Sostenible y la Ley de Economía Social fueron anunciadas con gran antelación —suponemos que con efecto disuasorio o paliativo de las medidas anteriores— y como panacea de la crisis que padecemos.

¹¹ Informe sobre la Economía Social en la Unión Europea (N.º CESE/COMM/05/2005). El Comité Económico y Social Europeo (CESE) (R. CHAVES, J. L. MONZÓN). Sin duda alguna

ciones sucesivas llevadas a cabo con escaso rigor jurídico por nuestros legisladores.

De hecho, si dejamos al margen consideraciones estrictamente políticas, la verdad es que resulta realmente difícil comprender la razón de ser de la Ley 5/2011 (en adelante LECS) en su actual redacción, no tanto por la importancia del objeto que pretende regular, sino más concretamente al intentar hacer encajar forzosamente determinados principios y valores (cuya razón de ser encuentran un acomodo perfecto en el ámbito cooperativo) en aquellas otras «*entidades de la economía social*» (en dicción legal) que, aun perteneciendo a la misma, no pueden asumir algunos de dichos principios por resultar estos absolutamente inaplicables en atención a la especial configuración legal de cada una de dichas «entidades». Así, a modo de ejemplo, ¿desde cuándo en el ámbito de las fundaciones se habla de «fin social» o de «aportaciones de trabajo y servicio»? O bien, ¿desde cuándo en el ámbito de las asociaciones estas desarrollan propiamente una actividad «empresarial»?

Es la de Economía Social una Ley redactada pensando muy especialmente (aunque no exclusivamente) en el sector cooperativo¹², donde encuentra su

ello debe ser así, por cuanto el denominado «Informe para la elaboración de una Ley de Fomento de la Economía Social», CIRIEC —Centro Internacional de Investigación e Información de la Economía Pública, Social y Cooperativa—, diciembre 2009, fue coordinado por J. L. Monzón, siendo además autor del mismo, juntamente con R. Chaves (habiendo sido ambos ponentes del Dictamen CESE), y la participación de otros juristas de prestigio.

¹² ARGUDO PÉREZ, ob. cit., p. 245, manifiesta que «el núcleo permanente de la Economía Social, al menos en su manifestación empresarial, es la sociedad cooperativa». Así, el Informe sobre la Economía Social en la Unión Europea (N.º CESE/COMM/05/2005) del Comité Económico y Social Europeo (CESE) (R. CHAVES, J. L. MONZÓN), sobre el cual nos referiremos más adelante, afirma que: «Una característica muy importante de las organizaciones de la Economía Social (ES), muy enraizada en su historia, es su carácter democrático, de manera que, en el proceso de toma de decisiones, se aplica el principio de “una persona, un voto”». Se trata de un principio eminentemente cooperativo, pero de difícil aplicación por ejemplo en las Fundaciones. Y continúa: «(se) subrayan tres características esenciales de las empresas de la ES: A) se crean para satisfacer las necesidades de sus socios, mediante la aplicación del principio de self-help, es decir, son empresas en las que habitualmente se da la doble condición de socio y usuario de la actividad. B) Las empresas de la ES son productores de mercado, lo que significa que son empresas cuya producción se destina principalmente a la venta en el mercado a precios económicamente significativos. El SEC-1995 considera que las cooperativas, mutuas, sociedades holding, otras empresas similares e instituciones sin fines de lucro al servicio de las anteriores son productores de mercado. C) Pueden distribuir beneficios o excedentes entre los socios usuarios, pero no en proporción al capital o a las cotizaciones aportadas por los mismos, sino de acuerdo con la actividad que éstos realizan con la entidad». Ahora bien, al hablar de las «instituciones sin fines de lucro al servicio de entidades de la Economía Social» manifiesta que «Las únicas instituciones sin fines de lucro que se consideran en este apartado son aquellas que están al servicio de las empresas de Economía Social. Estas entidades se financian por medio de cuotas o suscripciones del grupo de empresas de que se trate y son consideradas como pagos por los servicios prestados, es decir, como ventas. En consecuencia, estas instituciones sin fines de lucro son productoras de mercado y se clasifican en el sector “sociedades no financieras”»

anclaje perfecto. Buena prueba de ello son las continuas referencias en el texto normativo a determinadas expresiones que son ajenas al ámbito de las fundaciones («socios», «capital», «fin social», etc.) y las mutualidades («actividad empresarial o económica», etc.), así como la referencia expresa al Ministerio de Trabajo (propia del Derecho de Cooperativas), cuando las competencias en materia de Fundaciones las ostenta el Ministerio de Justicia y en materia de Asociaciones el Ministerio del Interior.

Finalmente, no debe pasarse por alto, como ya hemos manifestado anteriormente, que es una ley «trufada» con alguna «sorpresa» en el sentido de que, una vez más, ha sido aprovechada para regular determinadas cuestiones que no tienen absolutamente nada que ver con el objeto de la LECS, cual es la disposición adicional sexta (*«Ejercicio de actividades sanitarias por titulados universitarios de Licenciado en Psicología o Graduado en el ámbito de la Psicología»*). La inseguridad jurídica está, una vez más, servida.

II. Cuestiones ajenas a la Ley de Economía Social

1. *Una ley que regula cuestiones ajenas a la Economía Social: otra vuelta de tuerca a la inseguridad jurídica*

Como ya hemos señalado anteriormente, una vez más nos encontramos ante el uso abusivo de una Ley con un objeto específico (a pesar de que el mismo no se alcance plenamente), siendo utilizada como vehículo para regular una cuestión totalmente ajena a la cuestión principal, como así ocurre con la disposición adicional sexta, *«Ejercicio de actividades sanitarias por titulados universitarios de Licenciados en Psicología o Graduado en el ámbito de la Psicología»*. Por consiguiente, aun perteneciendo al «corpus» material legislativo, la presente es una cuestión absolutamente extraña a la denominada Economía Social, y dejando a salvo nuestro absoluto rechazo a lo que viene siendo una mala praxis del legislador que se ha convertido en regla general (¿dónde está el Código de Conducta de nuestros legisladores?), obviamos todo comentario al respecto

si están al servicio de cooperativas o empresas similares de la Economía Social de este sector, o en el sector “instituciones financieras” si están al servicio de cooperativas de crédito, mutuas u otras entidades financieras de la Economía Social». Las asociaciones y fundaciones, de las que apenas habla el Informe, son incluidas en el denominado «subsector no de mercado de la Economía Social». Adelantamos que la problemática específica de la incardinación de las Asociaciones y Fundaciones tampoco fue contemplada o analizada (aunque sí citada de pasada) o J. L. MONZÓN en su trabajo realizado en coautoría con J. BAREA, «La economía social desde una perspectiva española», *Ekonomiaz*, n.º 33, pp. 140-153 (de hecho la expresión «fundaciones» ni siquiera figura entre las «palabras claves» de la Revista).

por tanto por no resultar procedente, sino lo que es peor aun, ni eficaz. No obstante dicha ineficacia no debe privarnos del ejercicio legítimo del derecho de «denuncia» y «advertencia»¹³.

2. Una ley que regula cuestiones ajenas a la Economía Social: la defectuosa técnica jurídica empleada por el legislador en las referidas materias impropias

Pudiera tener un «pase» el hecho de que el legislador recurriese a una determinada Ley para regular en un momento dado una determinada cuestión o materia, a pesar de que la misma (como en el presente caso) nada tenga que ver con el contenido y objeto principal del Texto Legal si el legislador, preocupado por regular cuestiones de urgencia o sin revestir tal carácter pero sí al menos necesarias, recurra al citado expediente ciertamente «irregular».

Ahora bien, la pretendida justificación desaparece prácticamente desde el punto y hora en que este otro «cuerpo extraño» (disposición forzada que al igual que la disposición adicional 6.^a es una auténtica «trufa» del legislador) adolece además de una defectuosa técnica jurídica. Y eso es lo que ocurre con la *disposición transitoria segunda: Cooperativas de Viviendas*¹⁴, en la que, tras efectuar una remisión al artículo 89.4.º de la Ley 27/1999 (posibilidad de enajenar o arrendar los locales comerciales y las instalaciones y edificaciones complementarias de la Cooperativa), establece que «*las cooperativas de viviendas podrán enajenar o arrendar a terceros no socios, las viviendas de su propiedad iniciadas con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley*» dentro de ciertos límites porcentuales (50% de las realizadas con los socios) y mediante el acuerdo previo de la Asamblea, que acordará el destino del importe obtenido.

¹³ Esta mala praxis y abuso no es patrimonio exclusivo del presente Gobierno. Todos recordamos las denominadas Leyes de Acompañamiento a las diferentes Leyes del Presupuesto General del Estado y Autonómicas. *Vid.*, al respecto, L. M.^a CAZORLA PRIETO, *Las llamadas leyes de acompañamiento presupuestario. Sus problemas de constitucionalidad*, Instituto de Estudios Fiscales, Marcial Pons, Madrid, 1998, y F. X. SAMBOLA CABRER, *Leyes de presupuestos, «leyes de acompañamiento» y seguridad jurídica*, [http://noticias.juridicas.com/articulos/35-Derecho Fiscal Financiero y Tributario/200004-leyes.html](http://noticias.juridicas.com/articulos/35-Derecho%20Fiscal%20Financiero%20y%20Tributario/200004-leyes.html), abril 2000.

¹⁴ Ley 5/2011, disposición transitoria segunda. *Cooperativas de viviendas*.

«Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 89.4 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, las cooperativas de viviendas podrán enajenar o arrendar a terceros no socios, las viviendas de su propiedad iniciadas con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley. En este supuesto, la enajenación o arrendamiento de las viviendas y sus condiciones generales deberán haber sido acordadas previamente por la Asamblea General. Adicionalmente, estas operaciones con terceros no socios podrán alcanzar como límite máximo el 50 por ciento de las realizadas con los socios. La Asamblea General acordará también el destino del importe obtenido por la enajenación o arrendamiento».

Obviamente dicha medida parece responder, no tanto a la Economía Social, sino a la actual situación económica que atraviesa el sector inmobiliario en especial, y nuestro país (como tantos otros) en general. Por lo tanto, creemos sinceramente que no responde a la filosofía y esencia de la «Economía Social» (excepto en lo que se refiere a permitir en cierto modo la supervivencia de las Cooperativas de Viviendas).

Pero es más, estimamos que casa mal con el artículo 89.1.º de la Ley 27/1999 que vincula las cooperativas de viviendas con la condición de socio (o persona que conviva con el mismo) ¹⁵. La finalidad de dichas cooperativas es asociar a personas físicas (incluso jurídicas) que precisen alojamiento y/o locales para sí y las personas que con ellas convivan. De ahí que la única excepción contemplada en la Ley de Cooperativas de 1999 estuviera referida precisamente a lo que «no son viviendas»: *locales comerciales y las instalaciones y edificaciones complementarias* ¹⁶.

Por consiguiente, echamos en falta una más depurada redacción en la disposición transitoria segunda de la Ley 5/2011, por cuanto si la finalidad es atender a un momento concreto de crisis económica (como creemos, pero que no se dice), debería haberse puesto un límite temporal o al menos una referencia a un ulterior desarrollo normativo que sí lo estableciera. Además, la redacción de dicha disposición transitoria segunda debía haber tenido en cuenta el artículo 89.1.º de la Ley de Cooperativas. Finalmente, para desarrollar más la presente cuestión, podían haberse establecido cautelas (mayoría exigible, derecho de adquisición preferente a favor de familiares de los socios

¹⁵ Ley 27/1999 de Cooperativas. Artículo 89. *Objeto y ámbito*.

«1. Las cooperativas de viviendas asocian a personas físicas que precisen alojamiento y/o locales para sí y las personas que con ellas convivan. También podrán ser socios los entes públicos y las entidades sin ánimo de lucro, que precisen alojamiento para aquellas personas que dependientes de ellos tengan que residir, por razón de su trabajo o función, en el entorno de una promoción cooperativa o que precisen locales para desarrollar sus actividades. Asimismo, pueden tener como objeto, incluso único, en cuyo caso podrán ser socios cualquier tipo de personas, el procurar edificaciones e instalaciones complementarias para el uso de viviendas y locales de los socios, la conservación y administración de las viviendas y locales, elementos, zonas o edificaciones comunes y la creación y suministros de servicios complementarios, así como la rehabilitación de viviendas, locales y edificaciones e instalaciones complementarias».

¹⁶ Texto originario del artículo 89.4 de la Ley 27/1999:

«4. Las cooperativas de viviendas podrán enajenar o arrendar a terceros, no socios, los locales comerciales y las instalaciones y edificaciones complementarias de su propiedad. La Asamblea General acordará el destino del importe obtenido por enajenación o arrendamiento de los mismos».

cooperativistas, etc., similar al que establece el art. 92 de la Ley 27/1999¹⁷ —supuesto de transmisión por el socio, etc.—).

Pues bien, como podremos observar a lo largo del presente comentario, dicha ausencia de rigor se erige en pauta general y común a toda la Ley 5/2011.

III. Economía social y Ley de Economía Social

El punto de partida inmediato de la Ley son sin duda el denominado Informe TOIA y el Informe CESCE (Chaves, Monzón). Especialmente este segundo, elaborado a su vez partiendo de diversos trabajos preparatorios y textos normativos de la UE ha ejercido una especial influencia en el legislador español, tanto por el prestigio indiscutible del órgano del que emana el informe como por la propia autoridad de los autores o ponentes del mismo. Adelantamos por otra parte que la influencia de dicho Informe CESCE ha sido especialmente positiva para las cooperativas.

Debemos señalar la calidad del citado Informe CESCE, realmente bien documentado, donde se expone de una forma clara y detallada la evolución de la denominada «Economía Social», así como el problema de la confusión terminológica con otras expresiones que la doctrina venía utilizando con un valor sinónimo o al menos de uso indistinto, tales como «Tercer Sector», «Economía Solidaria» y «*Non Profits Organizations*»¹⁸.

Así pues, el primer valor añadido de la Ley (*rectius*, del Informe) es la delimitación terminológica y conceptual, al haber realizado una opción legislativa

¹⁷ Artículo 92 Ley 27/1999. *Transmisión de derechos*.

«1. En las cooperativas de viviendas, el socio que pretendiera transmitir “inter vivos” sus derechos sobre la vivienda o local, antes de haber transcurrido cinco años u otro plazo superior fijado por los Estatutos, que no podrá ser superior a diez desde la fecha de concesión de la licencia de primera ocupación de la vivienda o local, o del documento que legalmente le sustituya, y de no existir, desde la entrega de la posesión de la vivienda o local, deberá ponerlos a disposición de la cooperativa, la cual los ofrecerá a los solicitantes de admisión como socios por orden de antigüedad. El precio de tanteo será igual a la cantidad desembolsada por el socio que transmite sus derechos sobre la vivienda o local, incrementada con la revalorización que haya experimentado, conforme al índice de precios al consumo, durante el período comprendido entre las fechas de los distintos desembolsos parciales y la fecha de la comunicación de la intención de transmisión de los derechos sobre la vivienda o local. Transcurridos tres meses desde que el socio puso en conocimiento del Consejo Rector el propósito de transmitir sus derechos sobre la vivienda o local, sin que ningún solicitante de admisión como socio por orden de antigüedad haga uso del derecho de preferencia para la adquisición de los mismos, el socio queda autorizado para transmitirlos, “inter vivos”, a terceros no socios. No obstante, transcurrido un año desde que se comunicó la intención de transmitir sin haber llevado a cabo la transmisión, deberá repetirse el ofrecimiento a que se refiere el párrafo primero».

¹⁸ *Vid.* nota pie página 5.

clara a favor de la expresión «Economía Social» reafirmando la misma definitivamente y excluyentemente respecto de las demás expresiones terminológicas al uso ¹⁹.

No obstante, la bondad resultante de la clara «inspiración» del legislador español en los Informes TOIA y CESCE tiene a su vez una cara y una cruz, cuanto más cuando dicha «inspiración» o «asimilación» casi directa (como si se tratara de la trasposición de una Directiva de máximo) da la impresión de no haber sido debidamente tamizada y adaptada al complejo y poliédrico contenido material que en realidad era objeto de regulación.

Esta ausencia de tamiz o filtro se manifiesta, por ejemplo, en el hecho incontestable de no haber sido recabado el Informe del Consejo de Estado cuya aportación hubiera sido realmente enriquecedora.

Y de este modo, de la misma virtud de la Ley, esto es, ser una práctica asimilación de los citados Informes, se deriva lo que antes se han denominado la «cara» y cruz» de la misma, o dicho de otra forma, los logros y confusiones en las que incurre.

El primer logro, como ya hemos señalado, es la fijación terminológica de la expresión «Economía Social» (que no es un logro en sí, pues dicha expresión figuraba en nuestro ordenamiento desde la Ley 27/1999 y normas de desarrollo de 2001 y 2005).

El segundo es el anclaje directo e inmediato que se establece entre Economía Social y Cooperativismo (indiscutible y que siempre ha existido).

Obviamente, como pone de manifiesto muy especialmente el Informe CESCE, ello es una consecuencia natural, ya que Economía Social y Cooperativismo/Mutualismo han ido históricamente de la mano. Y así, el referido Informe CESCE ²⁰, a la hora de proponer una «definición de trabajo de Economía Social» piensa principalmente en las Cooperativas, al definir la Economía Social como el:

¹⁹ Algunos autores que han comentado la Ley 5/2011, así como el Proyecto y el Anteproyecto de la misma han afirmado erróneamente que «la Ley tiene como virtud introducir por vez primera la expresión legal de Economía Social en nuestro Ordenamiento jurídico». Esta expresión supone desconocer la Ley 27/1999 en cuya disposición adicional segunda venía ya recogida dicha expresión al crear el Consejo para la Economía Social, posteriormente desarrollado mediante RD 209/2001, modificado parcialmente —solo en su constitución— por el RD 177/2005. Todas las citadas normas recogían expresamente la expresión «Economía Social». Luego la Ley 5/2011 no es pionera en modo alguno. Si acaso en ser anunciada a bombo y platillo, si bien ése no es el problema, si no el objeto material de anuncio: humo.

²⁰ Informe sobre la Economía Social en la Unión Europea (N.º CESE/COMM/05/2005) El Comité Económico y Social Europeo (CESE) (R. CHAVES, J. L. MONZÓN), p. 20.

«Conjunto de empresas privadas organizadas formalmente, con autonomía de decisión y libertad de adhesión, creadas para satisfacer las necesidades de sus socios a través del mercado, produciendo bienes y servicios, asegurando o financiando y en las que la eventual distribución entre los socios de beneficios o excedentes así como la toma de decisiones, no están ligados directamente con el capital o cotizaciones aportados por cada socio, correspondiendo un voto a cada uno de ellos».

En aras a la verdad, no es menos cierto que también son incluidas en el concepto, aunque con cierto carácter residual, a

«... aquellas entidades privadas organizadas formalmente con autonomía de decisión y libertad de adhesión que producen servicios de no mercado a favor de las familias, cuyos excedentes, si los hubiera, no pueden ser apropiados por los agentes económicos que las crean, controlan o financian».

La definición propuesta en el Informe, por una parte distingue dos grandes sectores: «sector de entidades de mercado» (Cooperativas y Mutuas) y «sector de entidades no de mercado» (Asociaciones y Fundaciones)²¹, primando las primeras respecto de estas últimas y adscribiendo categorías absolutamente diferenciadas, e ignorando la constante evolución y desarrollo tipológico. Y por otra parte, la referida definición guarda una especial coherencia interna abso-

²¹ Así, el citado Informe, al analizar en su epígrafe 3.2 el denominado «subsector no de mercado de la Economía Social», afirma que: «Este subsector está constituido, muy mayoritariamente, por asociaciones y fundaciones, aunque también pueden encontrarse entidades con otra forma jurídica. Está formado por todas aquellas entidades de la ES que, según los criterios establecidos por la contabilidad nacional, son productores no de mercado, es decir, aquellos cuya producción se suministra mayoritariamente de forma gratuita o a precios económicamente no significativos».

«Como se ha señalado en el epígrafe 3.1, se trata de entidades privadas organizadas formalmente, con autonomía de decisión y libertad de adhesión que producen servicios de no mercado en favor de las familias, cuyos excedentes, si los hubiera, no pueden ser apropiados por los agentes que las crean, controlan o financian. Es decir, se trata de entidades no lucrativas en sentido estricto, que aplican el principio de no distribución de beneficios (PNDB) y en las que, como en todas las entidades de la Economía Social, los individuos son los verdaderos beneficiarios de los servicios producidos».

En resumidas cuentas, mete en un cajón de sastre figuras jurídicas que, como la Asociación y Fundación, estructuralmente nada o muy poco tiene que ver, y en especial ese distanciamiento se manifiesta, entre otros aspectos, en la «libertad de adhesión» (que sí se da en la Asociación y resulta imposible en la Fundación), y en el destino de los servicios «a favor de las familias» (salvo que se entienda en un sentido muy genérico —«a todas las familias que se encuentren en determinada situación»—, por cuanto las asociaciones particulares están prohibidas a la luz del artículo 3.3.º de la Ley 50/2002; *vid.* también el artículo 3.4.º de la Ley 49/2002. Véase al respecto el excelente trabajo de J. CAFFARENA LAPORTA, «Las fundaciones: fines de interés general, beneficiarios y cláusulas de reversión», *ADF* 2009, p. 38 y notas pie 19 y 20). Por otra parte, los excedentes, en el caso de las Fundaciones, pueden revertir a la propia Fundación si así se adopta tal decisión por el Patronato, obviamente dentro de los límites de los artículos 27 LF y 32 RF, así como lo establecido estatutariamente.

luta con el discurso previo del propio Informe, el cual vincula históricamente la Economía Social, especialmente las cooperativas, y solo muy recientemente se produce la inclusión de las Fundaciones²². Así, en las páginas 17-18 del citado Informe se expone lo que sigue:

«La más reciente delimitación conceptual de la ES, realizada por sus propios protagonistas, ha sido planteada en la Carta de Principios de la Economía Social promovida por la Conferencia Europea Permanente de Cooperativas, Mutualidades, Asociaciones y Fundaciones (CEP-CMAF)²³, plataforma europea representativa de las cuatro familias de entidades sobredichas. Estos principios son los siguientes:

- *Primacía de la persona y del objeto social sobre el capital*
- *Adhesión voluntaria y abierta*
- *Control democrático por sus miembros (excepto para las fundaciones, que no tienen socios)*
- *Conjunción de los intereses de los miembros usuarios y del interés general*
- *Defensa y aplicación de los principios de solidaridad y responsabilidad*
- *Autonomía de gestión e independencia respecto de los poderes públicos*
- *Destino de la mayoría de los excedentes a la consecución de objetivos a favor del desarrollo sostenible, del interés de los servicios a los miembros y del interés general».*

Pues bien, dicha relación de «principios» encuentra su reflejo en el actual artículo 4 LECS («Principios Orientadores»), los cuales no han experimentado una gran cambio desde su redacción en fase de Anteproyecto.

El artículo 4 LECS reza del siguiente modo²⁴:

«Artículo 4. Principios orientadores.

Las entidades de la economía social actúan en base a los siguientes principios orientadores:

²² Informe sobre la Economía Social en la Unión Europea (N.º CESE/COMM/05/2005). El Comité Económico y Social Europeo (CESE) (Ponentes: R. CHAVES, J. L. MONZÓN), pp. 17 y 18. En sentido afirma tajantemente el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Estatuto de la Fundación Europea» (Dictamen de iniciativa) (2011/C 18/06) Ponente: Mall HELLAM que: «Las fundaciones desempeñan un papel importante en el mercado laboral. Las 110 000 fundaciones identificadas en el estudio de viabilidad sobre un Estatuto de la Fundación Europea aportan directamente entre 750 000 y un millón de puestos de trabajo a tiempo completo en la Unión Europea. Al otorgar ayudas o apoyo económico a personas y organizaciones, también respaldan el empleo y la labor de voluntariado».

²³ *Déclaration finale commune des organisations européennes de l'Économie Sociale*, CEP-CMAF, 20 juin 2002.

²⁴ *Artículo 4. Principios orientadores.*

«Las entidades de la economía social actúan en base a los siguientes principios orientadores:

a) *Primacía de las personas y del fin social sobre el capital, que se concreta en gestión autónoma y*

a) *Primacía de las personas y del fin social sobre el capital, que se concreta en gestión autónoma y transparente, democrática y participativa, que lleva a priorizar la toma de decisiones más en función de las personas y sus aportaciones de trabajo y servicios prestados a la entidad o en función del fin social, que en relación a sus aportaciones al capital social.*

b) *Aplicación de los resultados obtenidos de la actividad económica principalmente en función del trabajo aportado y servicio o actividad realizada por las socias y socios o por sus miembros, y, en su caso, al fin social objeto de la entidad.*

c) *Promoción de la solidaridad interna y con la sociedad que favorezca el compromiso con el desarrollo local, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, la cohesión social, la inserción de personas en riesgo de exclusión social, la generación de empleo estable y de calidad, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la sostenibilidad.*

d) *Independencia respecto a los poderes públicos* ²⁵.

Los Principios ACI son los siguientes: a) membresía abierta y voluntaria; b) control democrático de los miembros; c) la participación económica de los miembros; d) autonomía e independencia; e) educación, formación e información; f) cooperación entre cooperativas; g) compromiso con la comunidad.

Por su parte, los Valores Cooperativos rezan lo siguiente: «Las cooperativas se basan en los valores de ayuda mutua, responsabilidad, democracia, igualdad, equidad y solidaridad. Siguiendo la tradición de sus fundadores sus miembros creen en los valores éticos de honestidad, transparencia, responsabilidad social y preocupación por los demás».

transparente, democrática y participativa, que conlleva priorizar la toma de decisiones más en función de las personas y sus aportaciones de trabajo y servicios prestados a la entidad, que en relación a sus aportaciones al capital social.

b) *Aplicación de los resultados obtenidos de la actividad económica principalmente en función del trabajo aportado y servicio o actividad realizada por las socias y socios y, en su caso, al fin social objeto de la entidad.*

c) *Promoción de la solidaridad interna y con la sociedad que favorezca el compromiso con el desarrollo local, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, la cohesión social, la inserción grupos excluidos, la generación de empleo estable y de calidad y la sostenibilidad.*

d) *Independencia respecto a los poderes públicos».*

Apenas hubo variación respecto del Texto del Anteproyecto.

²⁵ La LEF, en su Exposición de Motivos, justificaba la necesidad de la reforma del 2002, de la siguiente forma: «Tres son los objetivos que se pretende alcanzar con esta nueva regulación del derecho de fundación. En primer término, reducir la intervención de los poderes públicos en el funcionamiento de las fundaciones. Así, se ha sustituido en la mayor parte de los casos la exigencia de autorización previa de actos y negocios jurídicos por parte del Protectorado, por la de simple comunicación al mismo del acto o negocio realizado, con objeto de que pueda impugnarlo ante la instancia judicial competente, si lo considera contrario a derecho, y, eventualmente, ejercitar acciones legales contra los patronos responsables».

Estimamos que el paralelismo entre los Principios ACI y los recogidos en el artículo 4 LECS resulta más que evidente.

Pero ¿qué ocurre con aquellas otras entidades que forman parte importante y principal de la Economía Social, incluidas en el Informe CESCE en el llamado «sector de entidades no de mercado»? En otras palabras, ¿qué opinión merece la LECS respecto de las Asociaciones y las Fundaciones (aunque no solo de ellas)?

Para responder a dicho interrogante no podemos olvidar la finalidad de la LECS, la cual se pone de manifiesto en el propio Preámbulo.

En efecto, dicho Preámbulo, tras poner de manifiesto la tendencia actual del marco comunitario, el acervo comunitario y *«la tendencia de los países al establecimiento de un marco jurídico de apoyo y reconocimiento de la economía social»* (Preámbulo I), así como manifestar que *«a partir de 1990, en España, la economía social empieza a tener un reconocimiento expreso por parte de las instituciones públicas»*²⁶ (Preámbulo II), concluye en el apartado III del citado Preámbulo que *«El objetivo básico de la Ley es configurar un marco jurídico que, sin pretender sustituir la normativa vigente de cada una de las entidades que conforma el sector, suponga el reconocimiento y mejor visibilidad de la economía social, otorgándole una mayor seguridad jurídica por medio de las actuaciones de definición de la economía social, estableciendo los principios que deben contemplar las distintas entidades que la forman»*.

En otras palabras, la LECS pretende:

1. Adaptar la normativa española a la realidad española y de la UE vigente.
2. Establecer un marco jurídico «complementario» al existente.
3. Reconocer y dar visibilidad al sector.

²⁶ La referencia al año 1990 viene motivada por la creación del Instituto Nacional de Fomento de la Economía Social (INFES) por la Ley 31/1990, de 27 de diciembre. Y de nuevo aparece la íntima imbricación entre Economía Social y Cooperativismo, ya que el propio Preámbulo se encarga de poner de manifiesto que «Dicho Instituto sustituyó a la antigua Dirección General de Cooperativas y Sociedades Laborales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, y entre sus objetivos, figuró el fomento de las entidades de economía social y por ello creó en su seno el Consejo. Una vez desaparecido el Instituto en el año 1997, sus funciones fueron asumidas por la Dirección General del Fomento de la Economía Social y del Fondo Social Europeo. La Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, incorpora el Consejo para el Fomento de la Economía Social como órgano asesor y consultivo para las actividades relacionadas con la economía social, y que fue desarrollado por el Real Decreto 219/2001, de 2 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Consejo. Este Consejo, por lo tanto, se configura como la institución que dota de visibilidad al conjunto de entidades de la economía social». Por mi parte, estoy de acuerdo en situar el año 1990 como fecha clave, pero no precisamente (o al menos no exclusivamente) por las razones que alega el Preámbulo.

4. Otorgar mayor seguridad jurídica.
5. Establecer los principios de la Economía Social.

Vaya por delante, que dudamos mucho (ojalá nos equivoquemos, y mucho) que tan amplia, difusa y vaga finalidad se consiga con la presente LECS.

Es por ello que, tal vez por razones de prudencia, resulte aconsejable acudir al artículo 1 de la Ley 5/2011 (en adelante LECS) el cual, bajo la rúbrica «Objeto», establece que:

«La presente Ley tiene por objeto establecer un marco común para el conjunto de entidades que integran la economía social, con pleno respeto a la normativa específica aplicable a cada una de ellas, así como determinar las medidas de fomento a favor de las mismas en consideración a los fines y principios que les son propios».

Es decir:

1. Un *marco común y general* para todas las entidades, presentes y *obviamente futuras*, que integran y puedan integrar la economía social. No se trata de una Ley que establezca un desarrollo normativo uniforme para las referidas entidades, sino simplemente un «marco» (sin ser estrictamente una Ley-Marco).
2. Determinar las medidas de fomento en función de los fines y principios de la Economía Social.

Es realmente fácil llegar a una conclusión tras realizar una lectura comparativa entre los ambiciosos fines del Preámbulo y los del artículo 1 LECS. Lo cierto es que los fines propuestos que se cumplen, total o parcialmente, son los del artículo 1, así como el establecimiento de los Principios de la Economía Social (art. 4 LECS). En menor medida, la visibilidad jurídica y la mayor seguridad jurídica, según expondremos.

Vaya por delante que la ambiciosa tarea del legislador —establecer un «marco común» y «unos principios generales» para todas las entidades, presentes y *obviamente futuras*²⁷, que integran y puedan integrar la economía social nos parece más que loable. Es más, necesaria. De hecho, poco a poco, el legislador español ha ido poniendo orden —siquiera sectorialmente— en esta materia:

²⁷ Legislar de presente exclusivamente resulta a la postre una tarea de parcheo. La prudencia del legislador y los caracteres propios de toda norma (permanencia, generalidad y universalidad) obligan a realizar ese esfuerzo intelectual de previsión del posible desarrollo y evolución razonable del supuesto de hecho.

— Así, en materia de Fundaciones la importante Ley de 1994 puso orden en lo que se refiere a estas entidades ²⁸, estableciendo un régimen único y general para todas ellas, posteriormente modificado por la Ley de Fundaciones 50/2002, de 26 de diciembre, y Ley de Mecenazgo 49/2002, de 23 de diciembre.

— La Ley General de Cooperativas 3/1987, de 2 abril, y más tarde la Ley de Cooperativas 27/1999, de 16 de julio, también introdujeron nuevos y relevantes criterios modernizadores en el sector cooperativo.

— Por lo que respecta a las Asociaciones, baste citar la LO 1/2002, de 22 de marzo.

— Obviamente también existen otras normas importantes (los respectivos Reglamentos de desarrollo, la Ley 6/1996 del Voluntariado ²⁹, de 15 de enero, etc.) que no deberían haber sido olvidadas ni omitidas por el legisla-

²⁸ Como reza la Exposición de Motivos de la LF 50/2002, dicha Ley puso fin a un régimen regulador de las fundaciones que cabría calificar de vetusto (algunas de sus normas databan de mediados del siglo XIX), fragmentario, incompleto y aun contradictorio, satisfaciendo las legítimas demandas y aspiraciones reiteradamente planteadas por el sector, y adaptando, en suma, esta normativa a las exigencias del nuevo orden constitucional, singularmente en lo que se refiere al sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. En este sentido se manifiesta la generalidad de la doctrina.

²⁹ Artículo 3. *Concepto de voluntariado.*

«1. A los efectos de la presente Ley, se entiende por voluntariado 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.

2. Quedan excluidas las 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.

3. La actividad de voluntariado no podrá en ningún caso sustituir al trabajo retribuido».

Artículo 8. *De las organizaciones.*

«1. 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. 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».

dor (ni por los autores de los Informes —al menos el Informe CEPES—) a la hora de establecer un «marco general y común» para todas y cada una de las referidas entidades ya reguladas con carácter general. La complejidad es aun mayor si el ámbito subjetivo se extiende (como así ocurre con la LECS siguiendo la estela de la Propuesta normativa del Informe TOIA) a «aquellas entidades que realicen actividad económica y empresarial, cuyas reglas de funcionamiento respondan a los principios enumerados en el artículo anterior, y que sean incluidas en el catálogo de entidades establecido en el artículo 6 de esta ley» (art. 5.2.º LECS).

En todo caso, y para concluir, la LECS responde a la necesidad de plasmar normativamente un movimiento social, un cambio sociológico cuyas raíces se hundan en el s. XIX y que ha ido experimentando un desarrollo y una evolución muy diferente en el transcurso del tiempo, y muy especialmente en el siglo actual: un fenómeno eminentemente participativo en beneficio de terceros que se realiza principalmente (aunque no exclusivamente) a través de estructuras jurídicas previamente tipificadas: cooperativas, asociaciones, fundaciones y mutualidades.

Y sabiendo que ya que la finalidad de la LECS es establecer una marco general que englobe y defina (también de forma general) a todos los «sujetos» que intervienen en la Economía Social, podemos intentar responder a la cuestión relativa a si las Fundaciones y Asociaciones se encuentran debidamente identificadas.

IV. Breve análisis de algunas «entidades» de la economía social ³⁰

1. Fundaciones y Ley 5/2011

Afirma el Preámbulo (II) que «*Las sociedades cooperativas, en sus distintas modalidades, y entre ellas, las de trabajo asociado, consumo, vivienda, agrarias, servicios, mar, crédito, enseñanza, sanitarias, seguros, de transporte, las sociedades laborales, las asociaciones, fundaciones y mutualidades, las empresas de inserción, los centros especiales de empleo, las sociedades agrarias de transformación y las cofradías de pescadores comparten los principios orientadores de la economía social*». Dicha afirmación es absolutamente cierta, ya que tanto las Cooperativas, las Mutualidades, las Asocia-

³⁰ Obviamos el análisis de la posible adecuación de la LECS a las Cooperativas, no solo porque los Informes en los que se ha basado el legislador tenían presente precisamente el entorno cooperativo, sino que ello obligaría a realizar un estudio que excedería (atendiendo a las diversas clases de cooperativas, etc.) con mucho la extensión del presente trabajo. Por la misma razón (extensión del trabajo) tampoco estudiaremos las Mutualidades, ni las Sociedades Agrarias de Transformación, Empresas de Inserción, Entidades Singulares y Sociedades Laborales.

ciones y las Fundaciones³¹ pertenecen o forman parte de la Economía Social³² y por lo tanto «comparten los principios orientadores de la economía social». Lo que se puede poner en duda es si «comparten los principios orientadores de la economía social que han sido recogidos en la Ley 5/2011», o por el contrario la redacción de dichos principios debía haber sido otra muy distinta.

El artículo 2 LF define las Fundaciones como aquellas *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. Las fundaciones se rigen por la voluntad del fundador, por sus Estatutos y, en todo caso, por la Ley*. No obstante, dicho artículo 2 LF debe ser leído, entre otros, a la luz del artículo 3 LF, por rúbrica «Fines y Beneficiarios», y así mientras el artículo 3.1.º LF establece un elenco meramente ejemplificativo de qué se entiende por interés general³³ (con mención expresa al fomento de la economía social), el artículo 3.2.º LF dispone que *«La finalidad fundacional debe beneficiar a colectividades genéricas de personas. Tendrán esta consideración los colectivos de trabajadores de una o varias empresas y sus familiares»*, y el artículo 3.3.º LF al prohibir las fundaciones familiares³⁴.

Precisamente en íntima conexión con el interés perseguido se encuentra el artículo 2 LCES, el cual, además de excluir de entrada a las Fundaciones Públicas³⁵ (al establecer la referencia en su redacción al *«ámbito privado»*), esta-

³¹ Esta afirmación se contempla expresamente en la Exposición de Motivos de la LF al señalar que: «El Parlamento Europeo, en su Resolución sobre las fundaciones en Europa (R.A. 304/93), señala, en este sentido, que «merecen apoyo especial las fundaciones que participen en la creación y desarrollo de respuestas e iniciativas, adaptadas a las necesidades sociológicas de la sociedad contemporánea. Particularmente, las que luchan por la defensa de la democracia, el fomento de la solidaridad, el bienestar de los ciudadanos, la profundización de los derechos humanos, la defensa del medio ambiente, la financiación de la cultura, las ciencias y prácticas médicas y la investigación». También nuestro Tribunal Constitucional (STC 18/1984, de 7 de febrero, entre otras) ha apuntado que una de las notas características del Estado social de Derecho es que los intereses generales se definen a través de una interacción entre el Estado y los agentes sociales, y que esta interpenetración entre lo público y lo privado trasciende también al campo de lo organizativo, en donde, como es fácil entender, las fundaciones desempeñan un papel de primera magnitud».

³² Afirma J. L. PIÑAR MAÑAS, «Entidades privadas e interés general: El papel de las fundaciones», *ADF*, 2010, p. 282, que «Las fundaciones son sociedad civil y forman parte del tercer sector. Una y otro hacen referencia al ámbito del interés colectivo o general».

³³ *Vid.* al respecto J. CAFFARENA LAPORTA, «Las fundaciones: fines de interés general, beneficiarios y cláusulas de reversión», *ADF*, 2009, pp. 29 a 58.

³⁴ Artículo 3.3.º LF: *«En ningún caso podrán constituirse fundaciones con la finalidad principal de destinar sus prestaciones al fundador o a los patronos, a sus cónyuges o personas ligadas con análoga relación de afectividad, o a sus parientes hasta el cuarto grado inclusive, así como a personas jurídicas singularizadas que no persigan fines de interés general»*.

³⁵ Como señala acertadamente C. BARRERO RODRÍGUEZ, «Las fundaciones en relación con

blece como rasero que «*la actividad económica y empresarial*» de las entidades de la economía social (de conformidad con los principios del art. 4 LECS) persigan bien el «*interés colectivo de sus integrantes*», bien el «*interés general económico o social*», o «*ambos*» (es decir, el interés de sus integrantes y el interés general económico o social).

En un intento de aplicar el artículo 2 LECS a las Fundaciones nos encontraremos con la paradoja de que dichas Fundaciones, estructural y constitutivamente, no tienen integrantes³⁶, sino una dotación patrimonial de cuya gestión, eso sí, redundará un beneficio a favor de terceros («beneficiarios»), los cuales en ningún caso son parte integrante de la Fundación, sino —reiteramos— simples destinatarios de la gestión de la dotación patrimonial adscrita al fin fundacional concreto en función del fin fundacional establecido por el fundador en el título constitutivo.

Así, como ha señalado el profesor Caffarena, «conforme a lo dispuesto en el artículo 3.2.º de la Ley de Fundaciones no basta con que el fin sea relevante socialmente sino que es preciso además y en íntima conexión con dicha relevancia que la finalidad fundacional beneficie a “colectividades genéricas de personas”, expresión poco afortunada del legislador que en su día se pretendió sin éxito sustituir por la de “colectividades de personas no determinadas individualmente”»³⁷.

las actividades y bienes culturales», *ADF* 2010, p. 210, al tratar de las Fundaciones del Patrimonio Histórico «es cierto que estas fundaciones tendrían como beneficiarios claros al propio fundador... no puede sin embargo, mantenerse que sean fundaciones que sirven a intereses estrictamente particulares, toda vez que su objeto último no es otro que el contribuir a la conservación y difusión de bienes dotados de valor cultural». Y en p. 214 pone de manifiesto la existencia de Fundaciones mixtas, resultado de la concurrencia de iniciativas públicas y privadas, las cuales quedan sujetas a la LF. En todo caso todas ellas pertenecen al Tercer Sector.

³⁶ Así, J. M. EMBID IRUJO, «Empresa y fundación en el ordenamiento jurídico español (la fundación empresarial)», *Anuario de Derecho de Fundaciones*, 2010, p. 22, con cita de J. M.ª GONDRA [«La estructura de la empresa (el fenómeno de la empresa desde la perspectiva de la teoría general de Derecho)», *RDM*, n.º 228, 1998, pp. 523 y 525] afirma 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», y continúa diciendo que «tal cosa supone, como es fácil de imaginar, la ausencia, cuando menos teórica, de individuos directamente ligados por su interés a la actividad empresarial (caso de la fundación empresarial) y una orientación necesaria distinta, mas “institucional”, si cabe decir, de los órganos que asumen la gestión y dirección de la fundación-empresa (“caso de la fundación empresarial”)». Ambos paréntesis aclaratorios con la expresión «caso de la fundación empresarial» son nuestros.

³⁷ Especialmente interesante y estimamos que relevante desde un punto de vista práctico es la afirmación del Prof. CAFFARENA (ob. cit., p. 30) al señalar con buen criterio que «No cabe duda de que la sola lectura de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad hace pensar en la cuestión de las fundaciones con beneficia-

De esta forma, al carecer la Fundación de un «elemento o sustrato personalista» propiamente dicho (a diferencia de las cooperativas y las asociaciones), todas las referencias *subjetivas* que la LECS efectúa tales como: la «aportación al trabajo», «actividad³⁸ de los socios», «solidaridad interna» (de los socios), etc., o bien no tienen ningún sentido —por no resultar de aplicación a las Fundaciones— o bien deben ser objeto de una reinterpretación que en numerosos casos terminará siendo excesivamente forzada y desnaturalizada.

A mayor abundamiento, como ha afirmado el *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Estatuto de la Fundación Europea» (Dictamen de iniciativa) (2011/C 18/06)* (Ponente: Mall Hellam) DOCE 19.1.2011 C 18/30 a 18/34:

«La inmensa mayoría de las fundaciones de la UE se basan en sus activos y se rigen por el interés público. Por regla general, no tienen miembros ni accionistas, y son entes constituidos por separado y sin ánimo de lucro. Disponen de una fuente de ingresos establecida y fiable que se destina de manera irrevocable a objetivos de interés público... son organizaciones privadas sin ánimo de lucro que persiguen un objetivo de interés público y carecen de accionistas o miembros que las controlen».

No obstante —sigue diciendo el referido Dictamen—:

«Una Fundación Europea podría considerarse de utilidad pública si:

(1) sirve al interés público, en general a escala europea o internacional, bien ejecutando sus propios programas, bien ayudando a otras personas, asociaciones, instituciones o entidades, y si,

rios determinados individualmente. Todo ello pone de manifiesto la conveniencia de volver a pensar sobre el alcance del requisito de fines de interés general con relación a las fundaciones».

³⁸ Ni siquiera el Dictamen que contempla el Estatuto de la Fundación Europea, es decir, que parte de modelos muy diversos de Fundaciones existentes en el seno de la Unión, hace referencia a la «actividad» como dotación, sea ordinaria o extraordinaria. En efecto: «(La dotación) Puede ser en forma de “bienes muebles” (dinero en efectivo, acciones, títulos, obras de arte, derechos de autor, licencias de investigación) o “bienes inmuebles” (terrenos o propiedades inmobiliarias, como museos o centros de asistencia). Además, obtienen ingresos de otras fuentes, como legados y donaciones, colectas, ingresos propios, contratos o recaudaciones de lotería». Como puede observarse el contenido siempre es un *dare* y nunca un *facere*. Igualmente el artículo 12 LF y artículo 5 RF. Respecto de la «Dotación» aconsejamos la lectura de CAFFARENA LAPORTA, *El Régimen jurídico de las fundaciones, estudio para su reforma*, Ministerio de Asuntos Sociales, D.L., Madrid, 1991. Más recientemente, M.^a E. SERRANO CHAMORRO, *Las fundaciones: dotación y patrimonio*, Civitas Thomson-Reuters, Madrid, 2010. A este respecto se plantea el problema de la validez y eficacia de las cláusulas de reversión y la posibilidad o no de la revocación de las donaciones (siendo hoy la tesis aceptada la inaplicabilidad de las mismas). Por el contrario, las «aportaciones» de los cooperativistas son susceptibles del derecho de reembolso (si bien respecto del valor liquidativo, art. 51.1.º LC 1999).

(2) *entre los propósitos para los que fue creada, figura la promoción del interés público en uno o más ámbitos que se hayan definido de utilidad pública...».*

Y continúa:

«Atendiendo al objetivo de utilidad pública de la Fundación Europea, poder desempeñar actividades económicas directamente, o a través de otra entidad jurídica, siempre y cuando todos los ingresos o superávit se destinen a cumplir cometidos de utilidad pública».

Y al llegar a este punto resulta inevitable la cita del artículo 24 LF³⁹ y del artículo 23 RF⁴⁰, o lo que es lo mismo, realizar alguna reflexión sobre la «Fundación Empresaria»⁴¹ en nuestro Ordenamiento jurídico y la posible incoordinación de la misma con la LECS.

Distingue el profesor Embid entre «Fundación-empresa» y «Fundación con empresa» y, en función, respectivamente, del carácter directo (titularidad directa o inmediata) o no (titularidad indirecta o inmediata) del ejercicio empresarial por la fundación. En todo caso, concluye que «las fundaciones que realizan actividades empresariales, directa o indirectamente, merecen la califi-

³⁹ Artículo 24.1.º LF: «1. Las fundaciones podrán desarrollar actividades económicas cuyo objeto esté relacionado con los fines fundacionales o sean complementarias o accesorias de las mismas, con sometimiento a las normas reguladoras de la defensa de la competencia.

Además, podrán intervenir en cualesquiera actividades económicas a través de su participación en sociedades, con arreglo a lo previsto en los siguientes apartados».

⁴⁰ Artículo 23 RF. *Actividades de la fundación.*

«1. Las fundaciones podrán desarrollar actividades propias y actividades mercantiles.

A estos efectos, se entiende por actividad propia la realizada por la fundación para el cumplimiento de sus fines, sin ánimo de lucro, con independencia de que la prestación o servicio se otorgue de forma gratuita o mediante contraprestación.

2. Las fundaciones podrán, además, desarrollar directamente actividades mercantiles cuando realicen la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos, o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios para obtener lucro, siempre que su objeto esté relacionado con los fines fundacionales o sean complementarias o accesorias de aquéllas, con sometimiento a las normas reguladoras de defensa de la competencia. Asimismo, las fundaciones podrán realizar cualquier actividad mercantil mediante la participación en sociedades, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente».

El artículo 24 RF desarrolla la participación de las Fundaciones en las sociedades mercantiles.

⁴¹ Respecto de la Fundación-Empresa resulta imprescindible la lectura del trabajo del Prof. J. M. EMBID IRUJO, «Empresa y fundación en el ordenamiento jurídico español (la fundación empresaria)», *Anuario de Derecho Fundaciones*, 2010, pp. 15-67, con abundante cita jurisprudencial y bibliográfica sobre tema desde el clásico trabajo de VALERO AGUNDEZ («La fundación como forma de empresa», Valladolid, 1969) hasta las más recientes aportaciones nacionales y extranjeras. La terminología empleada *supra* «Fundación Empresarial» ha sido obtenida del citado trabajo del Prof. EMBID.

cación de empresarios», superando de esta forma la «visión tradicional que las veía como simples formas organizativas de un patrimonio, para convertirse en auténticos operadores económicos»⁴².

Ahora bien, la cuestión que desarrolla y resuelve Embid —y que tiene una gran relevancia respecto de la LECS— es la incidencia (grado de compatibilidad) de la realización de actividades económicas y/o empresariales por parte de una fundación (sea directa o indirectamente) respecto del fin fundacional y por tanto, respecto de la propia esencia de la fundación⁴³. Así, resulta 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»⁴⁴. De hecho, el artículo 23.2.º RF contempla expresamente «*la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios para obtener lucro*»⁴⁵, ahora bien, «*siempre que su objeto esté relacionado con los fines fundacionales o sean complementarias o accesorias*». Es decir, siempre que dicha actividad mercantil (cualquier actividad mercantil) lucrativa se justifique con mayor o menor intensidad en los fines fundacionales⁴⁶, por cuanto

⁴² Aut. ob. cit., p. 26.

⁴³ Obviamente el presente trabajo no es ni pretende ser un desarrollo del elaborado por EMBID IRUJO al que remitimos con carácter general. Por tanto, a pesar del deslinde que realiza el citado autor entre «fundación-empresa» y «fundación con empresa», partimos de la premisa necesaria de atender en ambos supuestos al fin fundacional, conociendo las dificultades propias de conciliación de intereses que en mayor o menor grado puedan producirse con los intereses estrictamente «mercantiles». Vid. por todos, respecto de esta conciliación de intereses, para el caso concreto de la «Fundación con empresa», pp. 63-64, y para la «fundación-empresa», p. 45 *in fine*.

⁴⁴ Vid. EMBID, ob. cit., pp. 36 y ss.

⁴⁵ Vid. EMBID, ob. cit., pp. 44 y ss.

⁴⁶ Resulta muy interesante la aportación de la Prof. A. REAL PÉREZ, «Fundaciones, actividades mercantiles e impuesto de sociedades: Algunas reflexiones a propósito de las Leyes 49/2002 y 50/2002», Asociación de Profesores de Derecho Civil, Asociaciones y Fundaciones, XI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Universidad de Murcia, 2005, pp. 281-287. Al respecto véase también EMBID, ob. cit., nota pie 65, pp. 47-48. Confieso que en una primera lectura la sugerente tesis de la Prof. REAL PÉREZ resulta realmente convincente, no obstante la Ley 49/2002 es una ley fiscal y por tanto no la consideración de entidad sin fin lucrativo tiene una relevancia exclusivamente fiscal, lo cual ya es bastante, pero en ningún caso sustantiva. Véase también V. L. MONTÉS, «Fragmentos de un estudio sobre las fundaciones en el derecho español, después de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre», Asociación de Profesores de Derecho Civil, Asociaciones y Fundaciones, XI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Universidad de Murcia, 2005, pp. 225-227. Igualmente resulta interesante el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Estatuto de la Fundación Europea», el cual establece un criterio mucho más restrictivo que la Ley 49/2002, al establecer, no ya los porcentajes del artículo 3.2.º y 3.º de la citada, sino el 100%: «*atendiendo al objetivo de utilidad pública de la Fundación Europea, poder desempeñar actividades económicas directamente, o a través*

es precisamente el fin fundacional (realización del interés general) la razón de ser primera y última de la fundación.

Por tanto, *estructural y constitutivamente* las Fundaciones se caracterizan por la existencia de una voluntad fundacional, una dotación y un fin fundacional, según se ha expuesto ⁴⁷. Y negativamente, por la ausencia de socios o miembros ⁴⁸. Así mismo, *constitutivamente* la Fundación nace desde el momento en que se otorga la escritura pública fundacional, si bien puede estar en situación de «irregularidad o proceso de formación» en tanto no se proceda a la inscripción de la misma en el Registro de Fundaciones (que depende del Ministerio de Justicia —art. 36 LF—) en el plazo máximo de seis meses (art. 13 LF). Desde un punto de vista *estatutario* se compone de un órgano de gestión ⁴⁹ (Patronato), un Protectorado (ejercido por la Administración General del Estado y cuya función es velar por el correcto ejercicio del derecho de fundación y por la legalidad de la constitución y funcionamiento de las fundaciones). Finalmente, la LF prevé un Consejo Superior de Fundaciones.

Así pues, el artículo 2 LECS («Objeto») resulta solo parcialmente aplicable a las Fundaciones, por cuanto, por un lado al referir las actividades económicas y empresariales... que persigan el bien colectivo de «sus» miembros, quedan excluidas las «fundaciones empresariales o no», ya que estas «no tienen miembros». Como el artículo 2 LECS también contempla las «actividades económicas y empresariales que persigan el interés económico y social», dicho artícu-

de otra entidad jurídica, siempre y cuando todos los ingresos o superávit se destinen a cumplir cometidos de utilidad pública».

⁴⁷ La STC 341/2005 ha señalado, con cita de la STC 49/1988, que la fundación nace 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.

⁴⁸ Cuestión bien distinta es la que formula J. L. PIÑAR MAÑAS, «Entidades privadas e interés general: El papel de las fundaciones», *ADP* 2010, p. 288, al afirmar que «el concepto actual de fundación, por tanto, atenúa la importancia del elemento patrimonial 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». Y continúa en p. 290: «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». Si tal es la evolución, la LECS tal vez no hubiera sido mala ocasión, de haber tenido una redacción acertada y correcta desde un punto de vista de técnica jurídica, para incorporar algunas de las referidas innovaciones. No obstante, lo cierto es que el «tipo legal» no contempla esa «organización personificada». Aunque ello no supone negar, como afirma el mismo autor en páginas anteriores (p. 281), el «camaleonismo» de esta figura.

⁴⁹ El titular de todos los bienes y derechos es la propia Fundación, dotada con personalidad jurídica y no el Patronato.

lo 2 LCES es aplicable a las Fundaciones Empresariales, pero no a aquellas que no realicen «actividades económicas y empresariales», como por ejemplo las Fundaciones Dotacionales. Pero es más, el artículo 2 LECS —como está pensando principalmente en las Cooperativas— no es capaz de discernir (ni discernir) entre actividad económica desarrollada por una Fundación-Empresa y el Fin Fundacional, por cuanto el Fin Fundacional nunca es ni puede ser una actividad económica y empresarial, sino el interés general⁵⁰. El artículo 2 LECS vincula necesariamente (sin dar otro margen o posibilidad) en su redacción (defectuosa) la actividad empresarial y el interés general cuando en realidad en el ámbito de las Fundaciones debe atenderse al interés general (es decir, un beneficio para la comunidad)⁵¹.

El artículo 5.1.º LECS («Entidades de economía social») vuelve a insistir en el mismo error al poner el acento en la «actividad económica»: «*Forman parte de la economía social las cooperativas, las mutualidades, las fundaciones y las asociaciones que lleven a cabo actividad económica...*».

¿Acaso no pertenecen a la Economía Social las Fundaciones que *no* llevan a cabo una actividad económica? En otras palabras, o la Ley 5/2011 define qué se entiende por «actividad económica» exactamente, o la única salida que nos queda es —como ya es *communis opinio*— que el legislador desconoce absolutamente la figura de la Fundación.

Habíamos señalado anteriormente, siguiendo el criterio expuesto en el Preámbulo, que una finalidad perseguida por la Ley era establecer un *marco común y general* para todas las entidades que integran la economía social. Hasta el momento dicho *marco común* resulta inexistente al haber dejado fuera de la LECS a las fundaciones, no tanto formalmente, pues son citadas de continuo en la Ley, sino materialmente, ya que estructuralmente no tienen cabida en la misma. A ello hay que añadir la pretensión (infantil) del artículo 3 LECS, mera declaración de principios: que la aplicación de la LECS se extienda a *todas* las entidades de la economía social que actúen dentro del Estado será solo en la medida en que dicha Ley sea susceptible de aplicación y, desde luego, visto lo visto, a las Fundaciones resulta realmente difícil dicha

⁵⁰ En este sentido resulta especialmente la afirmación de C. BARRERO RODRÍGUEZ, «Las fundaciones en relación con las actividades y bienes culturales», *ADF* 2010, p. 192, al señalar que «podría hablarse de una verdadera escala del interés general, de una horquilla de actividades en expresión de R. de Lorenzo» (*El nuevo derecho de fundaciones*, Marcial Pons, 1993, pp. 414 y ss.) en uno de cuyos extremos se encontrarían fundaciones de interés general evidente (p. ej., Fundación Caja Madrid)... en el otro extremo de esa escala se situarían fundaciones en las que el interés general... aparece extraordinariamente diluido (Fundaciones «Amithaba Budista»).

⁵¹ El artículo 3 LECS no merece comentario alguno, ya que no pasa de ser una mera declaración de intenciones.

aplicación, dificultad añadida por el complejo mapa legislativo autonómico existente actualmente.

La segunda finalidad propuesta por la LECS es determinar las medidas de fomento en función de los fines y principios de la Economía Social. Si las medidas de fomento vienen referidas a otorgar subvenciones (disposición adicional segunda, «Financiación»), la verdad, la LECS resulta baladí. Si por el contrario, como reza el Preámbulo, la pretensión es «reconocer y dar visibilidad al sector» y «otorgar mayor seguridad jurídica», la finalidad se ve frustrada al imponer una excesiva carga a las entidades, en este caso a las Fundaciones, las cuales además de causar inscripción en el registro correspondiente (estatal —Ministerio de Justicia— y/o autonómico) deberán inscribirse (sin carácter constitutivo) en un catálogo dependiente del Ministerio de Trabajo e Inmigración (art. 6 LECS). ¿Con qué finalidad? Según la disposición adicional primera la Información estadística de las entidades (información estadística que actualmente, por lo que se refiere a las Fundaciones, viene facilitada por el Registro de Fundaciones). Además ¿qué información suministrará dicho Catálogo? ¿Solamente la relación de las entidades y su tipología, o además informará de otros extremos —cumplimiento de fines propuestos, mutaciones estructurales, concurso, relación de subvenciones concedidas, etc.? Porque si es una simple relación, la utilidad creemos que será bien pobre. Finalmente, en el caso concreto de las Fundaciones, como ha señalado la STC 49/1988, de 22 de marzo, el control administrativo respecto de las fundaciones es real y es amplio, que va desde el control sobre del fin de las fundaciones a la figura del Protectorado⁵² (por no decir el control de la Agencia Tributaria habida cuenta su especial régimen fiscal). En definitiva, existe una supervisión decidida por parte de la Administración.

En conclusión, para no extendernos más, entendemos que la LECS será de muy difícil aplicación a las Fundaciones, no tanto porque estas no sean «entidades» de la Economía Social sino porque la redacción de la Ley se ha efectuado sin tener en cuenta las particularidades de esta persona jurídica. Ello no debe impedir, por el contrario, que siendo inaplicable la LECS, no pueda beneficiarse de los recursos económicos y de financiación que en su momento se establezcan a favor de las Entidades de Economía Social, ya que todas las Fundaciones pertenecen a dicho ámbito. Lo contrario sería sancionar injusta-

⁵² En la línea a la crítica a la LECS que se expone resulta procedente la observación de J. L. PIÑAR MAÑAS, «Entidades privadas e interés general: El papel de las fundaciones», *ADF*, 2010, p. 297, que aboga por un proceso de unificación de los servicios del Protectorado frente a la dispersión existente. Creemos que la LECS introduce mayor dispersión, no tanto en el Protectorado, como en un posible e hipotético control de la Administración.

mente a las Fundaciones como consecuencia de una pésima redacción de un texto legal.

2. Asociaciones y Ley 5/2011

La imbricación entre Asociacionismo y Economía Social puede resultar indiscutible. En este sentido, el propio Preámbulo (III y IV) de la LO 1/2002, de 22 de marzo, se encarga de subrayar que:

«El derecho de asociación proyecta su protección desde una doble perspectiva; por un lado, como derecho de las personas en el ámbito de la vida social,

La presente Ley reconoce la importancia del fenómeno asociativo, como instrumento de integración en la sociedad y de participación en los asuntos públicos... Resulta patente que las asociaciones desempeñen un papel fundamental en los diversos ámbitos de la actividad social, contribuyendo a un ejercicio activo de la ciudadanía y a la consolidación de una democracia avanzada, representando los intereses de los ciudadanos ante los poderes públicos y desarrollando una función esencial e imprescindible, entre otras, en las políticas de desarrollo, medio ambiente, promoción de los derechos humanos, juventud, salud pública, cultura, creación de empleo y otras de similar naturaleza... No puede olvidarse, en este aspecto, el importante papel de los voluntarios,... en los términos establecidos en la Ley 6/1996 de 15 de enero del Voluntariado»⁵³.

No obstante, ya la Comunicación de la Comisión sobre el Fomento del Papel de las Asociaciones y Fundaciones en Europa⁵⁴ afirmaba que: *«De los tres sectores cooperativas —mutualidades y asociaciones— que componen la economía social, el de las asociaciones es, con diferencia, el más difícil de delimitar o definir»*⁵⁵.

⁵³ En este sentido, también el Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Comunicación de la Comisión sobre *«El fomento del papel de las asociaciones y fundaciones en Europa»* [COM (97) 241 final] SOC/347 «Las asociaciones y fundaciones en Europa», Bruselas, 28 de enero de 1998.

⁵⁴ COM (97) 241 final, Bruselas, 06.06.1997.

⁵⁵ La citada Comunicación continúa: «En un extremo del espectro, el mundo de las asociaciones se funde imperceptiblemente en el tejido de la vida cotidiana de la sociedad, de la comunidad y de la familia; en el otro extremo encontramos grandes instituciones de gran relevancia nacional e incluso internacional, como son las universidades, los hospitales y las instituciones dedicadas a la investigación o a la cultura, que muchas personas están acostumbradas a considerar (erróneamente) directamente como organismos “públicos”. Algunas asociaciones se componen de poco más que de un activista local rodeado de una masa difusa de ciudadanos intermitentemente activos, y subsisten con poco más que el esfuerzo de voluntarios, complementado tal vez por modestas cuotas de socios y pequeñas donaciones». Como veremos, este complejo universo será una de las dificultades para «ensamblar» perfectamente el asociacionismo con la Economía Social.

Pues bien, y teniendo en cuenta el aviso de navegantes que nos hace la Comisión de la UE, no debe extrañar que si las fundaciones encuentran un difícil encaje en la LECS, la misma dificultad (o mayor) encuentren las Asociaciones, no tanto porque éstas carezcan de un sustrato personal, que sí lo tienen (asociados —y no socios—), sino precisamente por las características que revisten el fin u objeto de las Asociaciones, que a diferencia de las Fundaciones, reside precisamente en la posibilidad de cumplir «*finés de interés particular*»⁵⁶, y no exclusivamente fines de «interés general» como dice la LECS («utilidad pública» en dicción de la LODA).

Así, el artículo 5.1.º (por rúbrica «*Acuerdo de constitución*») de la LO 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación (en adelante LODA) establece que: «*Las asociaciones se constituyen mediante acuerdo de tres o más personas físicas o jurídicas legalmente constituidas, que se comprometen a poner en común conocimientos, medios y actividades para conseguir unas finalidades lícitas, comunes, de interés general o particular, y se dotan de los Estatutos que rigen el funcionamiento de la asociación*»⁵⁷.

Pero es más, como ha señalado con acierto Santos Morón⁵⁸, el «art 5,1.º consagra expresamente la posibilidad de que los fines perseguidos por las asociaciones sean “de interés general o particular”. Actualmente no hay pues

⁵⁶ Así, de nuevo se hace indispensable la cita de PIÑAR MAÑAS, «Entidades privadas e interés general: El papel de las fundaciones», *ADF*, 2010, p. 294, al analizar el «interés general» (art. 34 de la Constitución y art. 3.2.º Ley 50/2002 —Fundación—) como contrapunto del interés particular (art. 5.1.º LO 1/2002 de Asociaciones). Esta es una de las diferencias más significativas con las asociaciones. Éstas, integrantes también del tercer sector, pueden cumplir *finés de interés particular*, ceñidos solo a los propios socios, que pueden estar perfectamente definidos y ser identificables (por ejemplo, una asociación de antiguos alumnos). Por este motivo, el artículo 22 CE, 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... Por eso hay un derecho constitucional de las asociaciones a ser reconocidas de utilidad pública, pues los fines de las asociaciones pueden ser privados».

⁵⁷ Señala la Comunicación de 1997 que «En su concepto más básico, asociaciones son simplemente grupos de personas que se han unido con un fin determinado».

⁵⁸ M.ª J. SANTOS MORÓN, *La responsabilidad de las Asociaciones y sus órganos directivos*, Iustel, Madrid, 2007, p. 67. Recomendamos vivamente la lectura de la citada monografía, rigurosa, muy bien documentada, y con una redacción especialmente cuidada a pesar de la complejidad de la temática, a todos aquellos que sientan curiosidad por el fenómeno asociativo. También merece ser destacado en los mismos términos los trabajos del Prof. J. J. MARÍN LÓPEZ, «Personalidad jurídica, capacidad y responsabilidad de las asociaciones», Asociación de Profesores de Derecho Civil, Asociaciones y Fundaciones, XI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Universidad de Murcia, 2005, así como «El patrimonio de la asociación» en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, tomo I, Barcelona, 2005. Finalmente, no puede dejar de citarse la enriquecedora aportación del Prof. PANTALEÓN PRIETO, «Asociación y sociedad (a propósito de una errata del Código Civil)», *ADC*, 1993-I.

duda acerca de la posibilidad de que el fin de las asociaciones sometidas a la LODA sea de interés particular»⁵⁹. Y presupuesto lo anterior, continúa más adelante la citada autora, «la LODA sólo considera como asociaciones aquellas entidades que no persiguen un fin de lucro»⁶⁰. En este sentido, Santos Morón propone —a la luz del art. 5.1.º LODA y ante la ausencia de un concepto legal— el concepto de asociación: «*la agrupación de personas que se unen, poniendo en común conocimientos, medios y actividades, para conseguir fines lícitos de interés general o particular*»⁶¹.

Respecto del fin lucrativo o no de las asociaciones, los artículos 1.2.º, 7.1.ºk) y 13.2.º⁶² LODA se pronuncian expresamente sobre el carácter no lucrativo de la asociación⁶³. Es decir, es preciso que el fin perseguido carezca de contenido económico y sea de naturaleza «ideal», lo que no impide a la asociación realizar actividades económicas si constituye el medio a través del cual se obtiene el fin ideal, o dicho de otra forma, siempre y cuando, con los límites del artículo 13 LODA⁶⁴. De hecho, los artículos 1.3.º y 1.4.º LODA también se erigen en criterio interpretativo para excluir el fin de lucro de las asociaciones⁶⁵.

⁵⁹ SANTOS MORÓN, ob. cit., p. 71.

⁶⁰ Aut. ob. cit., p. 73. Así lo establece expresamente el Preámbulo (IX) de la LODA: «*En definitiva, con la presente Ley se pretende superar la vigente normativa preconstitucional tomando como criterios fundamentales la estructura democrática de las asociaciones y su ausencia de fines lucrativos...*».

⁶¹ Aut., ob. cit., p. 74. Obviamos señalar, por sabido, que otro elemento configurador de las Asociaciones es la exigencia de una estructura corporativa.

⁶² Así MARÍN LÓPEZ, «*Prólogo a la Ley Orgánica del Derecho de Asociaciones*», Tecnos, Madrid, 2000, p. 18.

⁶³ Especialmente tajantes resultan al respecto DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS (*Sistema de Derecho Civil I*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 602): «el ánimo de lucro está ausente en las asociaciones regidas por la legislación general, de manera que constituiría un fraude de ley aparecer con la figura de la asociación para obtener el fin de lucro...». Así también la Comunicación de la Comisión COM (1997) 241 final afirma tajantemente que «No reparten beneficios, es decir, sus fines son otros que buscar el lucro para sus directivos o sus miembros».

⁶⁴ Artículo 13 LODA. *Régimen de actividades*.

«1. Las asociaciones deberán realizar las actividades necesarias para el cumplimiento de sus fines, si bien habrán de atenerse a la legislación específica que regule tales actividades.

2. Los beneficios obtenidos por las asociaciones, derivados del ejercicio de actividades económicas, incluidas las prestaciones de servicios, deberán destinarse, exclusivamente, al cumplimiento de sus fines, sin que quepa en ningún caso su reparto entre los asociados ni entre sus cónyuges o personas que convivan con aquéllos con análoga relación de afectividad, ni entre sus parientes, ni su cesión gratuita a personas físicas o jurídicas con interés lucrativo».

⁶⁵ El artículo 1.3.º contempla aquellas entidades sin fin de lucro a las que resulta de aplicación con carácter subsidiario la LODA (partidos políticos; los sindicatos y las organizaciones empresariales; las iglesias, confesiones y comunidades religiosas; las federaciones deportivas; las asociaciones de consumidores y usuarios...). Por el contrario, el artículo 1.4.º LODA excluye de su ámbito de aplicación a los entes de base asociativa que tienen fin de lucro: las comunida-

De esta forma, de nuevo nos encontramos con el escollo de la redacción del artículo 2 LECS («Objeto y denominación»). Si la Asociación persigue (*puede perseguir*) un interés *particular* y además *toda* asociación se caracteriza por no realizar actividades empresariales (si bien solamente podrá realizar actividades económicas con carácter instrumental y accesorio para alcanzar el fin asociativo no lucrativo). Quiere esto decir que el artículo 2 LECS resulta parcialmente inaplicable a las Asociaciones [*«actividades empresariales (de las) entidades que persiguen, bien el interés colectivo de sus integrantes, bien el interés general económico o social, o ambos»*]. Al poner el acento el artículo 2 LECS en las «*actividades empresariales*» que pueda desarrollar una entidad privada de economía social, las Asociaciones quedan fuera del ámbito de aplicación. No así respecto de las «*actividades económicas*». Y es que por «*actividad económica*», además de tener un carácter puramente «*ocasional*»⁶⁶ (y por ende, la ausencia de una estructura organizativa específica dirigida a realizar dicha actividad), debe entenderse en el ámbito asociativo, como señala Santos Morón⁶⁷, «aquella que está dirigida a procurar la cobertura de los costes con los ingresos que se obtienen... no tiene por qué permitir la obtención de ganancias para el sujeto que la ejerce».

Pero, además, dicha exclusión (en la aplicación del art. 2 LECS) queda ratificada con la expresión legal «*interés colectivo de sus integrantes*» (¿y aun en el caso de que los integrantes sean personas jurídicas y no personas físicas, como por ejemplo una asociación entre fundaciones o una asociación de PYMES?) así como con la expresión normativa «*interés general económico o social*», expre-

des de bienes y propietarios, sociedad(es), cooperativas y mutualidades, así como las uniones temporales de empresas y las agrupaciones de interés económico. Así lo expone el Preámbulo (II) de la LODA: La presente Ley Orgánica, siguiendo nuestra tradición jurídica, limita su ámbito a las asociaciones sin fin de lucro, lo que permite dejar fuera del ámbito de aplicación de la misma a las sociedades civiles, mercantiles, industriales y laborales, a las cooperativas y mutualidades, y a las comunidades de bienes o de propietarios, cuyas finalidades y naturaleza no responden a la esencia comúnmente aceptada de las asociaciones, sin perjuicio de reconocer que el artículo 22 CE puede proyectar, tangencialmente, su ámbito protector cuando en este tipo de entidades se contemplen derechos que no tengan carácter patrimonial (cfr. SANTOS MORÓN, ob. cit., pp. 78-79). Con gran acierto, a nuestro juicio, concluye SANTOS (p. 84) que las entidades del artículo 1.4.º LODA —absolutamente heterogéneas— «no persiguen siempre la obtención de una ganancia partible entre sus miembros, pero sí se constituyen en todos los casos con la finalidad de que éstos obtengan ventajas económicas como consecuencia de su participación en ellas [...] persiguen la satisfacción de intereses de carácter puramente patrimonial». En cualquier caso, como afirman M.ª J. MORILLAS JARILLO y M. I. FELIU REY (*Curso de Cooperativas*, Tecnos, 2002, p. 82), «la cooperativa es una sociedad mercantil especial».

⁶⁶ De forma que cuando la «*actividad económica*» es *habitual, organizada y planificada* pasa a ser una «*actividad empresarial*», opción esta última, a diferencia de la primera, que no debe ser admitida en el ámbito asociativo.

⁶⁷ Aut. ob. cit., p. 98.

sión esta última que solo podría ser de aplicación a las «asociaciones de utilidad pública ⁶⁸» obviamente si la referida expresión no estuviera en íntima conexión con la precedente «*actividades económicas y empresariales*» a la que va referida.

Por supuesto la disposición adicional primera «*Integración de las empresas de la economía social en las estrategias para la mejora de la productividad*» ⁶⁹ resulta totalmente inaplicable a las Asociaciones.

Como puede comprobarse la ambigüedad y los interrogantes que sugiere la lectura del artículo 2 LECS, fruto de la defectuosa redacción del mismo, son realmente numerosos.

Por consiguiente, entiendo que todas las referencias a las «actividades económicas» que se encuentran en la LECS suponen un alto grado de imprecisión en tanto en cuanto vayan referidas al asociacionismo. En este sentido, entre otros, el artículo 4.b) LECS («... *aplicación de los resultados obtenidos de la actividad económica...*») y artículo 5.1.º LECS («... *asociaciones que lleven a cabo actividad económica...*»). También debe destacarse, que la Asociación no cuenta propiamente dicho con un «*capital social*» [como así indica el art. 4.a) LECS] sino un «*patrimonio inicial y demás recursos económicos*» que debe figurar en Estatutos [art. 7.1.ºj) LODA].

Idénticas consideraciones que se efectuaron respecto de las fundaciones cabe realizar —debidamente matizadas— en sede de Asociaciones, especialmente en referencia al Catálogo de entidades de Economía Social (art. 6 LECS). En efecto, el Registro de Asociaciones (*rectius* «*Registros*» en plural, nacional y autonómicos), regulados en los artículos 25 a 30 LODA, estableciéndose expresamente una colaboración entre administraciones (registros), y a diferencia del Catálogo de la LECS —que nada dice sobre la información que suministrará—, el artículo 28 LODA establece expresamente el contenido de la publicidad de la inscripción, el depósito de determinada documentación que se relaciona y el plazo (un mes) para la actualización de los datos y documentación de carácter esencial. Dicho Registro Nacional de Asociaciones se

⁶⁸ Artículo 32.1.º LODA. *Asociaciones de utilidad pública.*

«a) Que sus fines estatutarios tiendan a promover el interés general...

b) Que *su actividad no esté restringida exclusivamente a beneficiar a sus asociados*, sino abierta a cualquier otro posible beneficiario que reúna las condiciones y caracteres exigidos por la índole de sus propios fines...

c) ...».

⁶⁹ Disp. Ad. 1.ª LESCE: El Gobierno tendrá en cuenta las especiales características de las empresas (¿?) de la economía social en sus estrategias de mejora de la productividad y la competitividad empresarial.

desarrolla mediante el Real Decreto 1497/2003, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Nacional de Asociaciones y de sus relaciones con los restantes registros de asociaciones. De esta forma, el artículo 29.2.º del RD 1497/2003 establece dicho Registro bajo la dependencia orgánica del Ministerio del Interior, como unidad administrativa adscrita a la Secretaría General Técnica del departamento.

Si el Registro de Fundaciones depende del Ministerio de Justicia, el Registro de Asociaciones del Ministerio del Interior, el Registro de Mutualidades de Previsión Social del Ministerio de Economía y Hacienda, el Registro de Mutuas de Seguros del Registro Mercantil, las Cooperativas del Registro Mercantil y del Registro de Cooperativas (Ministerio de Trabajo e Integración), las Sociedades Laborales precisan la inscripción en el Registro Mercantil y en el Registro de Sociedades Laborales del Ministerio de Trabajo e Integración, etc., ahora se añade, como ya se puso de manifiesto, una carga más: la inscripción en un Catálogo dependiente del Ministerio de Trabajo e Inmigración ¿esto es contribuir a dar mayor visibilidad y seguridad jurídica? No lo tenemos muy claro.

En conclusión, y por lo que a las Asociaciones se refiere, una Ley llena de buenas intenciones... pero solo eso.

3. *¿Cofradías de Pescadores y Ley 5/2011?*

Siendo conscientes como somos de la gran variedad tipológica que pretende abordar la LECS (basta leer su art. 5.1.º para comprender que el presente artículo no es sede para realizar un estudio no ya pormenorizado sino ni siquiera aproximado de las diferentes «entidades de la economía social» que en el mismo se contemplan), creemos oportuno ir cerrando el presente trabajo con una breve referencia a las Cofradías de Pescadores y ello por dos razones sucintas: la primera de ellas reside en la naturaleza jurídica de las Cofradías de Pescadores. De esta forma, el artículo 45 de la Ley 3/2001, de 26 de marzo, de Pesca Marítima del Estado (BOE de 28 de marzo) establece que «1. Las Cofradías de Pescadores son corporaciones de derecho público, sin ánimo de lucro, representativas de intereses económicos, que actúan como órganos de consulta y colaboración de las administraciones competentes en materia de pesca marítima y de ordenación del sector pesquero. 2. Las Cofradías de Pescadores gozan de personalidad jurídica plena y capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines. 3. En todo caso, podrán ser miembros de las Cofradías de Pescadores los armadores de buques de pesca y los trabajadores del sector extractivo»⁷⁰.

⁷⁰ Con anterioridad, el RD 670/1978, de 11 de marzo (desarrollado posteriormente me-

Por lo tanto, la LECS incluye entre las entidades enumeradas a estas concretas Corporaciones de Derecho Público (es más, a unas Corporaciones de Derecho Público), las cuales además, según refiere Cervera Paz ⁷¹ no fueron incluidas dentro de la Economía Social en el Informe sobre la Economía Social en Andalucía (ESECA, 2002) avalado por la Junta de Andalucía ⁷², siendo un criterio de exclusión el hecho de ser entidades de derecho público. No obstante, a la luz del esquema, estructura y funcionamiento (Sección II, Capítulo II, Título II de la Ley 3/2001) realmente existe una estructura democrática, participativa y representativa, con unas funciones propias de prestación de servicios, representación, asesoramiento, colaboración y consulta, etc., «a», «para» y «entre» los miembros ⁷³.

Obviamente no nos puede extrañar su inclusión, ya que la propia LECS, en la disposición adicional tercera, incluye a su vez a «una organización singular de economía social» cual es la ONCE, Corporación de Derecho Público de carácter social.

Y siendo así, ¿por qué no se han incluido o mencionado, siquiera genéricamente, otras corporaciones y/o instituciones de Derecho Público que tienen una reconocida influencia en la Economía Social? ¿Tal vez quedan incluidas en el artículo 5.2.º LECS ⁷⁴?

diente Orden de 31 de agosto de 1978), BOE núm. 87, de 12 de abril de 1978, establecía una definición muy similar en su artículo primero. Igualmente, las recientes leyes autonómicas de Cataluña (art. 1 de la Ley 22/2002, de 12 de julio, de Cofradías de Pescadores de la Generalitat de Cataluña) y de Canarias (art. 37 de la Ley 17/2003, de Pesca de Canarias), entre otras.

⁷¹ J. CERVERA PAZ, «La percepción cooperativa de las cofradías de pescadores: un estudio empírico», *REVESCO*, n.º 103, 2010, p. 14.

⁷² Aunque sí en sendos Informes favorables avalados por CIRIEC-España, obviamente muy interesado en incluirlas por razones obvias que sospechamos que nada tienen que ver ni con la naturaleza jurídica, ni con la uniformidad con las demás entidades, etc., sino solamente atendiendo a un criterio puramente económico.

⁷³ En el Preámbulo (II) se afirma que «Las sociedades cooperativas, en sus distintas modalidades, y entre ellas, las de trabajo asociado, consumo, vivienda, agrarias, servicios, mar, crédito, enseñanza, sanitarias, seguros, de transporte, las sociedades laborales, las asociaciones, fundaciones y mutualidades, las empresas de inserción, los centros especiales de empleo, las sociedades agrarias de transformación y las cofradías de pescadores comparten los principios orientadores de la economía social». Nos parece correcta la inclusión de las Cofradías de Pescadores.

⁷⁴ Artículo 5.2.º LECS: «Asimismo, podrán formar parte de la economía social aquellas entidades que realicen actividad económica y empresarial, cuyas reglas de funcionamiento respondan a los principios enumerados en el artículo anterior, y que sean incluidas en el catálogo de entidades establecido en el artículo 6 de esta Ley». Obsérvese como una vez más se hace hincapié en la excluyente expresión «actividad económica y empresarial», como si dicha actividad fuera la única posible en el ámbito de la Economía Social. ¿Acaso la formación y la educación son estrictamente actividades económicas? Creemos que en puridad no, sin embargo sí tienen una incontestable repercusión económica. En este sentido, la Resolución sobre la Co-

4. *Entidades y Entidades*

La ambigüedad y falta de rigor de la LECS, siendo constante, creemos que cobra especial relevancia al emplear reiteradamente la expresión «entidades», la cual introduce cierto desasosiego a quien está acostumbrado a manejar categorías y conceptos jurídicos. ¿Se refiere exclusivamente a entidades «con personalidad jurídica»? ¿Supone un guiño a entidades sin personalidad jurídica?

Y en el primer caso, ¿qué ocurre en los supuestos de «entidades en formación o irregulares» (cooperativas o fundaciones pendientes de inscripción)? La respuesta parece obvia en estos casos, pero no hubiera estado de más que el legislador hubiera afinado la pluma. Y por otra parte, realizando una interpretación amplia del término «entidades», ¿serían posibles supuestos de *trust* —en su modalidad de «*Charity Trust*»— o bien de Comunidades de Bienes con fines benéficos de interés social, etc.? O más aun, ¿se contemplan las ONG's en esta LECS? Porque no olvidemos que la Resolución sobre la Comunicación de la Comisión sobre el fomento del papel de las asociaciones y fundaciones en Europa ⁷⁵ subraya, en este sentido, «el papel de movilización que deben desempeñar las ONG europeas, debiendo entablarse un diálogo sectorial serio y estructurado entre las instituciones europeas y las ONG representadas a nivel europeo».

La cuestión es, en el hipotético caso de haber realizado la LECS el citado guiño a dichas entidades sin personalidad ¿accederán las mismas también al Catálogo del artículo 6 LECS?

V. El Consejo para el Fomento de la Economía Social

El Consejo para el Fomento de la Economía Social fue creado por la disposición adicional segunda ⁷⁶ de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperati-

municación de la Comisión sobre el fomento del papel de las asociaciones y fundaciones en Europa [COM(97)0241 C4-0546/97] (Diario Oficial n.º C 226, de 20.07.1998, p. 0066) destaca la importancia, a efectos del desarrollo del tercer sector, de una cooperación entre los centros de investigación, las universidades, los centros de estudios superiores así como los de formación profesional, a fin de obtener información científica y ofrecer a los trabajadores una formación que responda a las exigencias que plantean los servicios modernos.

⁷⁵ [COM(97)0241 C4-0546/97] Diario Oficial n.º C 226, de 20 de julio de 1998, p. 0066.

⁷⁶ Ley 27/1999 de Cooperativas. Disposición adicional segunda, *Creación del Consejo para el Fomento de la Economía Social*.

«Se crea el Consejo para el Fomento de la Economía Social, como órgano asesor y consultivo para las actividades relacionadas con la economía social, integrado, a través del Ministerio

vas, como órgano asesor y consultivo para las actividades relacionadas con la economía social. Su desarrollo reglamentario tuvo lugar en virtud del Real Decreto 219/2001, de 2 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Consejo para el Fomento de la Economía Social⁷⁷. En dicho RD 219/2001 se establecía entre otras cosas que: «A los efectos de este Real Decreto se entiende por *economía social el ámbito empresarial constituido por las personas jurídicas que responden al modelo asociativo o a la calificación que es propia de las entidades a que se refiere la disposición adicional segunda de la Ley 27/1999*, de 16 de

de Trabajo y Asuntos Sociales, en la Administración General del Estado, aunque sin participar en la estructura jerárquica de ésta.

Actuará como un órgano de colaboración y coordinación del movimiento asociativo y la Administración General del Estado.

De conformidad con las competencias que le sean atribuidas, y de acuerdo con el ámbito de esta Ley, tendrá las siguientes funciones:

1. Colaborar en la elaboración de proposiciones sobre cualquier disposición legal o reglamentaria que afecten a entidades de la economía social.
2. Elaborar los informes que se soliciten por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y demás Departamentos ministeriales.
3. Informar los programas de desarrollo y fomento de la economía social.
4. Realizar estudios sobre cuestiones y problemas que afecten a la economía social.
5. Velar por que el funcionamiento de las empresas y entidades se adecuen a los principios configuradores propios de este sector.
6. Cuantas otras funciones y competencias se le atribuyan por disposiciones legales y reglamentarias.

El Consejo para el Fomento de la Economía Social estará compuesto por representantes de la Administración General del Estado, de las Administraciones autonómicas, cuando así lo soliciten, de la Asociación de Entidades locales más representativa, de las asociaciones de cooperativas, de las mutualidades de previsión social, de sociedades laborales, de la Asociación intersectorial más representativa de ámbito estatal y cinco personas de reconocido prestigio en el ámbito de la economía social designadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

La Presidencia del Consejo para el Fomento de la Economía Social corresponderá al Secretario general de Empleo y, por delegación, al Director general de Fomento de la Economía Social y del Fondo Social Europeo.

El funcionamiento del Consejo se ajustará a lo dispuesto sobre órganos colegiados en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

Los créditos necesarios para su funcionamiento se consignarán en los Presupuestos del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales».

⁷⁷ RD 219/2001, modificado parcialmente por Real Decreto 177/2005, de 18 de febrero, que dotaba de nuevo contenido al artículo 3.1.ºb) sobre organización y funcionamiento del Consejo: «b) Diecisiete vocales, con rango de director general, con la distribución siguiente: cuatro del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales; dos por cada uno de los Ministerios de Economía y Hacienda, de Industria, Comercio y Turismo, de Agricultura, Pesca y Alimentación y de Sanidad y Consumo, y uno por cada uno de los Ministerios de Fomento, de Educación y Ciencia, de la Presidencia, de Administraciones Públicas y de Vivienda».

julio, de Cooperativas, sin perjuicio de su ampliación por normas nacionales o comunitarias».

Pues bien, dicho desarrollo reglamentario (RD 219/2001 y RD 177/2005) resultan absolutamente ignorados y desconocidos por la LECS, ya que su disposición transitoria primera, *Régimen transitorio aplicable del Consejo para el Fomento de la Economía Social*, establece que «Hasta la entrada en vigor del desarrollo reglamentario previsto en el artículo 9.5 de esta Ley, el Consejo para el Fomento de la Economía Social se regirá por lo dispuesto en la disposición adicional segunda de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas», omitiendo de esta forma toda referencia expresa (o genérica, lo cual hubiera sido más fácil) a la concreta norma de desarrollo. Obviamente, la mención a la Ley 27/1999 supone una referencia implícita al desarrollo reglamentario, pero no es menos cierto que hubiera ganado en calidad la citada disposición simplemente añadiendo la sencilla expresión «y normativa de desarrollo vigente».

Por otra parte, el artículo 9 LECS establece un catálogo mayor de facultades (que ya venían siendo ejercidas en realidad por el Consejo), debiendo esperar en todo caso al necesario desarrollo reglamentario mediante el oportuno Real Decreto.

En definitiva, el artículo 9 LECS es un auténtico brindis al sol, por cuanto el Consejo para el Fomento de la Economía Social había sido establecido y creado con rango de ley ordinaria (Ley 27/1999), venía funcionando al amparo del RD 219/2001 y las únicas dudas que plantea realmente es el grado de representación efectiva (y es más, los criterios para ostentar dicha representación) de aquellas «entidades» (que ahora se amplían muy especialmente a las fundaciones) más representativas para tener un sillón en el citado Consejo ⁷⁸.

VI. Conclusiones

La LECS es sin duda una Ley de carácter político cuyo contenido, en todo caso, deja mucho que desear. Pretende ser una «ley marco» (¿ley abanico?),

⁷⁸ Me consta personalmente que durante la tramitación de la Ley 5/2011 este fue uno de los temas que lógicamente más preocuparon a las «entidades»: A mayor número de entidades, menor posibilidad de ostentar la representación. ¿Y cuáles serán ahora las «entidades más representativas» que formen parte del Consejo? Esta era y es una gran preocupación que preside a «todas» las entidades que ostentaban representación. Idéntica preocupación que tienen aquellas «entidades» que antes no podían formar parte de dicho Consejo —por ejemplo «Fundaciones»— y que ahora ven la posibilidad de acceder al mismo. ¿En qué consiste el referido criterio de ser entidad «más representativa»? Lo ignoramos. Como se puede comprobar, la redacción de la Ley tampoco es muy atinada en este aspecto.

pero tampoco consigue lograr dicho objetivo. Realmente, a mi juicio, es una «Ley humo».

En todo caso, de la exposición anterior efectuada resulta, por un lado, la dificultad para fijar un concepto de Economía Social, dificultad acentuada por la gran influencia que históricamente ha tenido el sector cooperativo, y que se traduce muy especialmente al establecer las características comunes o generales, y por ende, la propia definición. Ello supone que, muy particularmente, las Fundaciones y Asociaciones no encuentran el necesario acomodo en el desarrollo y esquema legal y conceptual de la Ley 5/2011, a pesar de que tanto unas como otras pertenecen activa e indiscutiblemente a la Economía Social.

No se comprende, pues, cómo el legislador ha dado luz verde a la presente Ley sin tener en cuenta las cautelas y advertencias que ilustres juristas como Ihering y Portalis (entre otros) manifestaran desde antiguo.

Lo más cierto es que, como señala Gracián, *Para prevenidos no hay acasos*. Esperemos pacientemente al desarrollo reglamentario, con la esperanza de que el mismo sea elaborado con más reserva y cuidado, y con asistencia y consejo de todos aquellos que conocen de «todo» el sector de la Economía Social, que obviamente no se ciñe al mundo cooperativo.

La autocontratación en el ámbito de las fundaciones. Supuestos y sistema de control

María Natalia Mato Pacín

Profesora Ayudante de Derecho Civil
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: I. SUPUESTO DE HECHO Y PROBLEMÁTICA.—II. LA AUTOCONTRATACIÓN EN LAS FUNDACIONES: 1. *Ámbito de aplicación que excede del autocontrato*: A) Patronos que contraten con la fundación en su propio nombre o en nombre de un tercero. B) Patronos que contraten con la fundación mediante personas físicas que actúen como representantes de los mismos. 2. *El papel del Protectorado: autorización o denegación del contrato*. 3. *Valoración del control: ¿es el sistema más adecuado?*—III. EL DICTAMEN: EL SUPUESTO DE HECHO DE LA CONTRATACIÓN ENTRE EL CSIC Y LA FGCSIC.—IV. RECAPITULACIONES.

I. Supuesto de hecho y problemática

La controversia que se aborda en estas líneas tiene como origen el Dictamen de la Abogacía del Estado de 17 de septiembre de 2010 y como objeto, sucintamente, determinar si un contrato entra dentro del ámbito de aplicación de lo que la Ley de Fundaciones 50/2002 denomina como autocontratación y, en su caso y en virtud de la autorización previa que se señala como preceptiva, si resulta oportuno conceder dicho permiso y en qué términos.

La Agencia Estatal Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC), institución pública dedicada a la investigación en España, constituye en 2008 la Fundación General CSIC (FGCSIC) con el objetivo de promover y articular financiación privada para realizar investigación pública. Cinco de los miembros del Patronato de dicha Fundación (Presidente, Vicepresidentes, Secretario) son patronos natos por ostentar un cargo en el CSIC, completándose el órgano de gobierno con otros patronos personas jurídicas que actúan representados por las correspondientes personas físicas. Se da la circunstancia de que el Presidente del CSIC y, por lo tanto, quien ostenta la representación legal e institucional de la Agencia y quien, según los Estatutos, es el encargado de «celebrar todo tipo de contratos, convenios o negocios jurídicos en nombre del CSIC en su ámbito de competencias, de acuerdo con la normativa aplicable y con lo dispuesto en el presente Estatuto», es, a la vez, Presidente del Patronato de la FGCSIC.

Dada esta coincidencia de cargos, se plantea la duda acerca de la posibilidad de que los contratos y convenios de colaboración entre la Fundación General CSIC y el CSIC sean considerados supuestos de autocontratación y, en consecuencia, precisen de la autorización del Protectorado de dicha Fundación.

Evidencia la Abogacía del Estado que, a la problemática de base en todo supuesto de autocontrato de incurrir en un conflicto de intereses, se le debe añadir, en el caso de las fundaciones, la posibilidad de que a través de tal relación jurídica se pretenda una retribución encubierta al patrono o se vulnere la prohibición general de crear fundaciones cuya finalidad principal sea destinar sus prestaciones al fundador, patronos o determinadas personas vinculadas con ellos. De ahí que los artículos 28 de la Ley 50/2002 y 34 del Real Decreto 1337/2005 establezcan la necesidad y desarrollen el procedimiento de una autorización por el Protectorado en los casos en los que los patronos contraten con la fundación, ya sea en nombre propio o de un tercero. Advierte el órgano que realiza el dictamen, sin embargo, que, a la vista de la legislación y de la jurisprudencia, es *«no sólo admisible la autocontratación en fundaciones —con anuencia del protectorado—»,* sino que incluso entiende que *«la legislación actual resulta más permisiva para el caso en que se retribuya al patrono por esta vía por el ejercicio de funciones que no son propias del Patronato»* (Consideración II, párr. 9.º).

No se precisaría autorización para el supuesto en el que se celebre el contrato entre la FGCSIC y el CSIC, puesto que, al ser éste fundador pero no patrono, no incurriría en el supuesto de autocontratación. Sin embargo, dado que la persona física que representa al CSIC es un patrono de la Fundación con la que contrata, concluye la Abogacía que el supuesto *«incurre de plano, en consecuencia, en lo dispuesto en el artículo 28 mentado cuando se refiere a la contratación que realiza un patrono (el Presidente del Patronato de la FGCSIC) a nombre de un tercero (el CSIC, por el cual actúa en su calidad de Presidente de dicha Agencia)»* (Consideración III, párr. 9.º). Ahora bien, puntualiza este órgano que lo expuesto no quiere decir que no deban autorizarse este tipo de contratos en la medida en que el fin general de las restricciones de la autocontratación es evitar conflictos de intereses entre representante y representado, amparándose tales situaciones cuando no se incurra en dichos conflictos y, además, cuando los negocios jurídicos no tengan como fin indirecto retribuir al patrono o sean manifiestamente lesivos para la Fundación.

Por todo ello, concluye la Abogacía del Estado que, dado que el fin de esta Fundación es, precisamente, cooperar con el CSIC para captar financiación privada que sostenga iniciativas público-privadas en el ámbito de las funciones encomendadas al mismo, no existe el conflicto de intereses que las normas tra-

tan de evitar, es decir, «no concurre causa alguna que permita la denegación de la autorización por el Protectorado» (Consideración IV, párr. 5.º).

En cuanto al carácter de la autorización, puntual o genérica, al no estar incluido expresamente el supuesto de un patrono que contrata, no para sí, sino para un tercero al que representa en el artículo 34 RF —regulador de los requisitos para la solicitud de la autorización y del que parece desprenderse que son necesarias autorizaciones puntuales—, tal solicitud no se rige por él más que por analogía y, en consecuencia, «nada obsta a que sea concedida en este supuesto una autorización general, y más atendidos los fines de la FGCSIC» (Consideración V, párr. 3.º).

Las observaciones que en torno a la autocontratación realiza la Abogacía del Estado nos dan pie para profundizar en aquellas cuestiones más controvertidas al respecto, algunas de las cuales están apuntadas en el Dictamen. Es cuestionable que la Ley de Fundaciones pretenda regular en su actual artículo 28 y concordantes como «autocontratación» una figura que coincide rigurosamente con el contenido de esta institución en el Derecho civil general: el legislador incluye todos los contratos entre la fundación y «los patronos», sin discriminar si estos actúan representando o no a la persona jurídica sin ánimo de lucro. Será conveniente, por tanto, delimitar el ámbito de aplicación de la norma, especialmente en lo que a sujetos afectados por el control del Protectorado se refiere. Se advierten como íntimamente vinculadas con el fundamento de dicho control —materializado, como se sabe, en una autorización previa preceptiva y orientado, *grosso modo*, a evitar conflictos de intereses que pudieran conllevar un perjuicio para la fundación— cuestiones como el régimen de retribución de los patronos o la peculiar estructura de las fundaciones, carentes de una base asociativa, de naturaleza heterónoma y encaminadas a la consecución de un fin de interés general.

El examen de estos y otros aspectos nos conducirá hacia una valoración de la opción elegida por el legislador para supervisar estos negocios jurídicos que, en atención a los sujetos que intervienen, son sospechosos de generar un quebranto para la entidad fundacional. Adelantamos, por nuestra parte, una valoración positiva de la participación en este control del Protectorado, no sin evidenciar los inconvenientes que presenta esta solución así como posibles modulaciones.

II. La autocontratación en las fundaciones

Se entiende por autocontrato aquella figura que surge cuando una persona, actuando en nombre e interés propio y también en el de otra persona a

quien representa, o en nombre de dos personas diferentes cuyas respectivas representaciones ostenta, crea por su sola voluntad relaciones jurídicas entre los distintos patrimonios ¹. A diferencia de otros ordenamientos, el español no regula de forma expresa y con carácter general la institución del autocontrato, siendo necesario acudir a alusiones dispersas en el Código Civil y el Código de Comercio.

Así, el Código Civil contempla la situación del autocontrato en el artículo 1.459, en referencia a las prohibiciones de comprar y vender de los tutores, mandatarios y albaceas respecto de los bienes propiedad de determinadas personas. En similar sentido hace alusión el mismo texto a las restricciones en los casos de conflictos de intereses en la patria potestad (arts. 162.2.º y 163) o la tutela (art. 221.2.º y 3.º). Por su parte, el artículo 267 del Código de Comercio recoge la interdicción, en sede de comisión mercantil, de que el comisionista compre o venda para sí o para otro lo que se le haya mandado vender o comprar, respectivamente, sin licencia del comitente ².

La jurisprudencia ha sufrido una evolución en lo que a la aceptación del autocontrato se refiere ³, de tal modo que, en la actualidad y dejando a un lado su naturaleza jurídica ⁴, se puede afirmar que es una figura completamente ad-

¹ Para el concepto *vid.* L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 9.ª ed., Tecnos, Madrid, 2001, p. 40; J. L. LACRUZ, F. DE ASIS, A. LUNA *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, I, vol. 3.º, 3.ª ed., Dykinson, Madrid, 2005, p. 305; L. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, Civitas, Navarra, 2007, pp. 222 y ss.

² Esta ausencia de regulación específica cambia en la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos, cuyos artículos 1.282 a 1.293 se encargan de regular la figura de la representación en los contratos, dedicando el artículo 1.291 al conflicto de intereses en los siguientes términos: «*Se presume que hay conflicto de intereses cuando el representante ha contratado consigo mismo por su propia cuenta y cuando ha actuado a la vez como representante de otro*» (párrafo segundo). Respecto a las consecuencias, dispone este precepto que si existiera un conflicto de intereses entre el representante y el representado que el tercero conocía o no podía ignorar, el representado podría anular el contrato, salvo que lo hubiera consentido o no hubiera podido ignorar el modo de actuar del representante, o si este le hubiera informado previamente y aquel no hubiera opuesto objeción dentro de un plazo razonable.

³ Siguiendo a F. DE CASTRO, «El autocontrato en el Derecho privado español», en F. DE CASTRO, *Estudios Jurídicos del Profesor Federico de Castro*, tomo I, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1997, pp. 33 y ss. (publicado por primera vez en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1927, 20, pp. 334-455), se puede hablar de tres fases. Mientras que en la primera (marcada por la STS de 6 de marzo de 1909) se rechaza totalmente el autocontrato por considerarlo un imposible jurídico, en la segunda (RDGR de 9 de febrero de 1921) se plantea la existencia del problema de los límites de la contratación consigo mismo para, en la tercera etapa (RDGR de 29 de diciembre de 1922), realizar un reconocimiento completo del autocontrato en el Derecho español.

⁴ Para DE CASTRO, el autocontrato es un acto unilateral con particularidades que lo individualizan de los demás actos unilaterales que se derivan del hecho de que pone en relación dos

mitida —salvando los casos que incurren en prohibición legal— una vez identificado el elemento que puede generar el problema de validez o invalidez y que se corresponde con el conflicto de intereses entre los del propio contratante y los de su representado. Por lo tanto, cuando un autocontrato no dé lugar a una colisión de intereses en el sentido de la existencia de peligro de una actuación parcial por parte del sujeto que puede vincular las distintas esferas jurídicas implicadas, no se ve problema en admitir su validez.

Tras esta breve incursión en la figura del autocontrato en el Derecho civil general, podemos trasladar estos apuntes a la disciplina del Derecho de fundaciones, donde los problemas que se generan en torno a la autocontratación han sido vistos por el legislador como justificativos de una mención expresa en la normativa ⁵. Así, tras una primera versión del Anteproyecto de Ley de Fundaciones ⁶, la que se envía finalmente a las Cortes configura la autocontratación indicando que «*Los patronos no podrán contratar con la fundación ya sea en nombre propio o de un tercero, salvo autorización del Protectorado*», texto que se modifica durante la tramitación parlamentaria hacia una redacción en positivo, de tal manera que los patronos pudieran contratar en los casos anteriormente expuestos «*previa autorización del Protectorado*» ⁷.

patrimonios (*ibidem*, ob. cit., pp. 29, 38). Por su parte, para M. DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, *El autocontrato*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 48 y ss., concretamente, p. 66, la actuación unisubjetiva, de la que se deriva el problema del conflicto de intereses, no hace descartar necesariamente la naturaleza contractual por la sola razón de la estructura.

⁵ Acerca de la pertinencia de su regulación de forma expresa, existen posturas encontradas. Así, mientras que A. ORTÍ VALLEJO, «Notas sobre la capacidad de las fundaciones», *Actualidad Civil*, 1998, n.º 4, p. 890, aplaude su regulación dada la frecuencia en la que se dan estos casos, para R. BALLARÍN HERNÁNDEZ, «Comentario al artículo 28», en J. OLAVARRÍA IGLESIA (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 735, «*se ha concebido aquella contingencia como una actividad fundacional económicamente ordenada y jurídicamente regular y típica, en lugar de entenderla y tratarla como una eventualidad que puede presentarse en ciertos actos de tráfico de bienes o servicio, acaso anómala y que, por ello, es un potencial concepto de responsabilidad derivada de la actividad gestora de uno o más patronos, o apoderados con o sin esa condición, portadores de intereses en tensión virtual con los de la fundación*».

⁶ Como recoge M. CABRA DE LUNA, «Comentario al artículo 26», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos fiscales*, Marcial Pons; Escuela Libre Editorial, Madrid, 1995, pp. 233-234, esta primera versión fue elaborada por una Comisión Redactora constituida en 1990 y que regulaba la materia en los siguientes términos: «*Las fundaciones no podrán obligarse con los patronos y administradores ni con sus cónyuges, ni con sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, salvo autorización del Protectorado*». La supresión de la referencia al cónyuge y parientes, como tendremos ocasión de ver, no ha sido considerada como un acierto por la doctrina.

⁷ La presencia de entidades públicas y empresas privadas que están presentes en las fundaciones y que colaboran intensamente con ellas de forma beneficiosa para estas personas sin ánimo de lucro justifican el sometimiento a autorización y no a prohibición, según reseña

Así queda configurada la norma pasando a constituir el artículo 26 de la Ley 30/1994, ubicado en el Capítulo dedicado al «*Funcionamiento y actividad de la fundación*»⁸ y completado en un posterior desarrollo por el artículo 15 del Reglamento de Fundaciones de Competencia Estatal de 1996 (RD 316/1996). En el mismo apartado se mantiene su sucesor en la Ley 50/2002, el artículo 28, que es a su vez desarrollado por el Reglamento de 2005 (RD 1337/2005) a través del artículo 34 contenido en este texto legal.

El artículo 28 LF, precepto central objeto de este trabajo y que, junto su correspondiente en el RE, sirven de base para la argumentación del Dictamen de la Abogacía del Estado, reza de la siguiente manera:

*«Los patronos podrán contratar con la fundación, ya sea en nombre propio o de un tercero, previa autorización del Protectorado que se extenderá al supuesto de personas físicas que actúen como representantes de los patronos»*⁹.

Partiendo de aquí, como avanzábamos, los siguientes apartados se dedican al estudio de los aspectos más controvertidos de la regulación del llamado autocontrato en las fundaciones: delimitación del ámbito de aplicación, análisis del papel del Protectorado y, por último, valoración del sistema de control establecido en la legislación vigente.

1. *Ámbito de aplicación que excede del autocontrato*

Comenzando por el ámbito objetivo de aplicación por ser el menos problemático, cuando la Ley alude a los supuestos en los que es preceptiva una autorización del Protectorado, lo hace en referencia a todo tipo de contrato. Así parece deducirse de las menciones generales que realiza respecto de la posibilidad de los patronos para «*contratar*» (art. 28 LF) o de la documentación exigida respecto del «*negocio jurídico*» (art. 34 RD), entre otros, sin que en nin-

CABRA DE LUNA, *ibidem*, ob. cit., p. 235. Acerca de la tramitación de las Leyes de fundaciones, de forma extensa, R. BALLARÍN HERNÁNDEZ, «Comentario al artículo 28...», ob. cit., pp. 727 y ss.

⁸ Decisión criticada por la doctrina. *Vid. ibidem*, ob. cit., p. 731.

⁹ La mayoría de la normativa autonómica que contempla el supuesto de la autocontratación en las fundaciones, lo hace en términos similares a la estatal, siendo las desviaciones respecto de esta Ley —como la legislación valenciana, gallega o catalana— objeto de anotación expresa a lo largo del trabajo. Plantean la cuestión del autocontrato en sede de fundaciones, la Ley 12/1994, del País Vasco (art. 14), la Ley 1/1998, de Madrid (art. 23), la Ley 8/1998, de la Comunidad Valenciana (art. 22), la Ley 13/2002, de Castilla y León (art. 26), la Ley 10/2005, de Andalucía (art. 39), la Ley 12/2006, de Galicia (art. 40), la Ley 1/2007, de La Rioja (art. 35), así como la Ley 4/2008, del Libro III del Código civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas (art. 332-9).

gún caso se haga diferencia entre distintos tipos de contratos¹⁰. Sin embargo, como advirtió Díaz de Entre-Sotos¹¹ respecto a la autocontratación en general, existen supuestos en los que no se produce —o se produce con menos intensidad— un conflicto de intereses. Entre los casos que cita la autora destacamos el de las liberalidades puras, por cuanto, al ser la donación un acto por el que el donante dispone gratuitamente de una cosa a favor del donatario, cuando este acto de liberalidad sea puro y, yendo al ámbito de las fundaciones, esta persona jurídica sea la beneficiaria del mismo, queda excluido el conflicto de intereses. El cuestionable sentido de la necesidad de autorización en los casos de donaciones que los patronos pudieran hacer a la fundación, ha sido reiterado por la doctrina sin que parezca que, atendiendo a la literalidad de la normativa, pueda hacerse sin embargo una excepción en dichos casos¹². Obviamente, y, como tendremos ocasión de ver, dado que el Protectorado solo podrá denegar la autorización en ciertos supuestos concretos que tienen en común el causar perjuicios para la fundación, en última instancia, no debería haber problemas para cumplir con este requisito cuando de la valoración de aportaciones gratuitas a favor de la fundación se trate.

Más dificultades presenta, en cambio, el ámbito subjetivo de aplicación, suponemos que como consecuencia de que la peculiaridad de estos negocios jurídicos no reside en el contrato que se pretende celebrar en sí sino en los sujetos que intervienen. Según la redacción literal del artículo 28 LF, el ámbito de

¹⁰ R. VERDERA SERVER, «La autocontratación en las fundaciones (Los contratos entre la fundación y sus patronos y apoderados)», *Revista Jurídica del Notariado*, abril-junio 1996, p. 101, señaló el error del legislador al hablar en el artículo 15.2.a) del Reglamento de Fundaciones de 1996 acerca del «documento en el que se pretende formalizar el negocio jurídico de autocontratación», porque «no existe un negocio (o contrato) de autocontratación sin más, sino que se trata de una cuestión que no incide en la estructura o el tipo de contrato. La autocontratación puede concretamente plantearse en relación a cualquier contrato en función de las partes que intervienen o de los patrimonios que resultan afectados por esa relación». Este error no ha sido mantenido en la modificación del Reglamento en la medida en que el artículo 34 del RD de 2005 hace referencia al «documento en que se pretende formalizar el negocio jurídico entre el patrono y la fundación». Evidencia también la corrección R. BALLARÍN HERNÁNDEZ, «Comentario al artículo 28...», ob. cit., p. 736.

¹¹ M. DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, *El autocontrato...*, ob. cit., pp. 146 y ss.

¹² Hay que recordar al respecto que la enmienda que se presentó en la tramitación parlamentaria y que pretendía eliminar la necesidad de autorización en los casos de donaciones de los patronos a la fundación fue rechazada. Acerca de las peculiaridades de las donaciones puras, M. CABRA DE LUNA, «Comentario al artículo 26...», ob. cit., p. 238.; M. J. SANTOS MORÓN, «El patrimonio de la fundación. Régimen de gestión patrimonial», en S. MUÑOZ MACHADO, M. CRUZ AMORÓS, R. DE LORENZO GARCÍA (dirs.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Mecenasgo*, Iustel, Madrid, 2005, pp. 339-340; R. BALLARÍN HERNÁNDEZ, «Comentario al artículo 28...», ob. cit., pp. 755-756.

aplicación del mismo se extiende a varios supuestos que podemos agrupar en dos: patronos que contratan con la fundación, ya sea en su propio nombre ya en el de un tercero; patronos que contratan con la fundación mediante personas físicas que actúen como representantes de los mismos.

A) *Patronos que contraten con la fundación en su propio nombre o en nombre de un tercero*

En contra de lo que parece desprenderse de este enunciado, las situaciones que engloba no son homogéneas ni pueden calificarse en todo caso de autocontratación.

Sí que estamos ante esta figura en aquellos casos en los que el patrono contrata con la fundación, ya sea en su propio nombre ya en el de un tercero, habiendo recibido por delegación del Patronato las facultades necesarias para actuar representando a la entidad. Es en este escenario cuando se dan todas las características definitorias del autocontrato, tal y como lo hemos definido inicialmente: una sola voluntad está afectando con su actuación a más de un patrimonio —el de la fundación y el suyo propio o el de un tercero al que también representa— creando relaciones jurídicas entre ellos. El legislador, previendo la potencial colisión de intereses —elemento íntimamente vinculado con la autocontratación—, toma la precaución ya señalada. Se hace preceptiva, así, una autorización del Protectorado que garantice que no se produce ningún perjuicio para la fundación.

Adviértase que, dentro de este supuesto, coexisten dos situaciones: que el patrono que tiene delegadas facultades para actuar en nombre de la fundación contrate consigo mismo o que el patrono actúe en nombre de un tercero, lo que da lugar a la figura de la doble representación. En el primer caso —representación simple— es muy evidente el conflicto de intereses que puede llegar a producirse. Sin embargo, cuando este patrono que actúa en nombre de la fundación representa, a su vez, a un tercero, podría cuestionarse la existencia de una colisión. Al fin y al cabo, ninguno de los dos patrimonios entre los que se van a establecer vínculos jurídicos es el suyo propio y no existiría, en principio, un interés personal. Pues bien, si el sentido del artículo 28 LF es el control de cualquier situación en la que, de una conducta desviada, puede producirse un perjuicio para la fundación —excediendo incluso, como veremos a continuación, el propio ámbito de la autocontratación—, nos parece coherente incluir el supuesto de actuación *alieno nomine* del patrono dentro del ámbito de inspección del Protectorado. Esa mayor imparcialidad que se le presupone al patrono porque gestiona intereses ajenos no hace desaparecer la posibilidad de que pueda concluir un negocio más beneficioso para la otra parte en per-

juicio de la fundación ¹³. Es más, para Verdera Server ¹⁴, la mención de la posibilidad de que el patrono actúe en nombre propio o de un tercero permite resolver de manera inequívoca la relevancia de la referida doble representación, pudiendo llegar a adquirir esta una significación especial en el caso de que el patrono ostente un cargo representativo en relación a otra persona con intereses claramente opuestos a los de la fundación, situación que, prolongada en el tiempo y con actuaciones perjudiciales para la fundación, si bien no es causa explícita de cese del patrono sí que podría derivar en una situación insostenible incurriendo en el supuesto de falta de desempeño del cargo con la diligencia debida [art. 18.2.d) LF].

En el mismo sentido que la Ley de ámbito estatal regulan este aspecto de la autocontratación las distintas normas autonómicas, haciendo todas ellas referencia a la posibilidad de la actuación del patrono en nombre propio o de un tercero. Por su parte, curiosamente, el artículo 34 RF no hace alusión expresa a este supuesto en la medida en que solo recoge los casos en los que los patronos contraten con la fundación «*por sí o por medio de representante*». No obstante, y como tendremos ocasión de advertir al hilo del Dictamen que nos ocupa, no observamos ningún inconveniente en esta ausencia ya que, por suponer un caso claro de autocontratación y por ser igualmente fuente de posibles conflictos de intereses a evitar, le sería extensible analógicamente lo dispuesto para los supuestos sí regulados de forma explícita en dicho artículo.

Pero junto con estos supuestos en los que se producen verdaderos casos de autocontratación —ya sea mediando representación simple o doble—, la redacción del artículo 28 LF deja claro que la autorización del Protectorado es necesaria en todos los casos en los que intervenga un miembro del Patronato («*los patronos podrán...*»). Ahora bien, no siempre que un patrono concluye un negocio jurídico, incluso en el ámbito de la fundación, está actuando representando a la misma. Efectivamente, dada la estructura de este tipo de persona jurídica, el órgano que ostenta el gobierno y representación de la fundación es el Patronato —órgano colegiado— y no por separado cada uno de los miembros que lo conforman (art. 14 LF). De ahí que el artículo 16 de este texto legal regule el sistema de delegaciones y apoderamientos disponiendo que, salvo prohibición de los Estatutos y, en todo caso, exceptuando materias no delegables, «*el Patronato podrá delegar sus facultades en uno o más de sus miembros*». A sen-

¹³ Acerca de la doble representación en relación con el autocontrato en general, M. DÍAZ ENTRE-SOTOS FORNS, *El autocontrato...*, ob. cit., pp. 75 y ss.

¹⁴ R. VERDERA SERVER, «La autocontratación...», ob. cit., p. 102.

su contrario, si esta delegación no se produce, el patrono no tiene facultades para obligar a la fundación con sus actuaciones.

Como el artículo 28 LF engloba todos los supuestos de contratación por parte de los patronos sin discriminar ningún caso, se pone de manifiesto que, aún en la situación de que el patrono carezca de poder para representar a la fundación, estaríamos ante un supuesto que la Ley califica como autocontratación, siendo necesaria la autorización correspondiente del Protectorado. Calificación errónea porque, como se ha dicho, no estaría el patrono vinculando jurídicamente con su sola voluntad dos patrimonios diferentes. Como ha apuntado algún autor, el único supuesto en el que, sin existir una delegación previa, se podría hablar propiamente de autocontratación sería aquel en el que todos los miembros del Patronato contrataran a la vez con la fundación, situación, no obstante, altamente improbable ¹⁵.

Así conceptualizado y como afirma con acierto Del Campo Arbulo ¹⁶, la Ley de Fundaciones —de igual manera el actual art. 28 que el 26 de la Ley anterior— realmente sobrepasa la hipótesis de la autocontratación. Lo que dispondría es una verdadera *incompatibilidad del patrono para contratar con la fundación*, dispensable, eso sí, por el Protectorado. La coherencia de esta incompatibilidad nos parece que debemos encontrarla en una voluntad del legislador de controlar toda situación en la que puede haber riesgo de perjuicio para la fundación. En este punto, y salvando las diferencias derivadas de carecer el patrono de poderes de representación de la persona jurídica sin ánimo de lucro, hacemos extensivo lo dicho en los párrafos anteriores acerca del patrono que actúa, no en nombre propio, sino de un tercero. En todo caso, el hecho de que este patrono forme parte del órgano de gobierno de la persona jurídica y que, por ello, pueda tener una posición privilegiada para contratar con la fundación en su propio beneficio o de un tercero —información acerca de las operaciones, actividades, patrimonio, etc.— sería visto con recelo como causante de una situación de posible conflicto de intereses con independencia de que el patrono represente o no a la fundación. Recogiendo las palabras de De Castro ¹⁷ en el estudio que realizó acerca del autocontrato en el Derecho privado español, «*la colisión o contraposición de intereses no sólo no es esencial al autocontrato, sino que si-*

¹⁵ R. VERDERA SERVER, «La autocontratación...», ob. cit., p. 97. A juicio del autor, la situación más frecuente será aquella en la que uno solo de los miembros del Patronato sea quien pretenda contratar con la fundación, supuesto en el que parece estar pensando, de hecho, el artículo 26 LF (actual 28).

¹⁶ J. A. DEL CAMPO ARBULO, *Ley de Fundaciones. Comentarios a la Ley 30/1994 de fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general*, Cyan, Madrid, 1996, p. 305.

¹⁷ F. DE CASTRO, «El autocontrato...», ob. cit., pp. 24-25.

quiera peculiar, propia de los actos de representación». Por lo tanto, también fuera de los supuestos de autocontratación o de los que medie representación tiene cabida el conflicto de intereses.

Sorprende, pues, en contraposición con este ánimo vigilante de cualquier colisión, la ausencia de mención alguna a los contratos llevados a cabo por otros sujetos, distintos de los patronos, pero vinculados con ellos. Nos referimos a los cónyuges y parientes, entre otros. Como se dejó apuntado al hablar de los antecedentes del artículo 28 LF, la primera versión del Anteproyecto de Ley de Fundaciones incluía una mención expresa para los cónyuges y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de los patronos o administradores, prohibiendo a las fundaciones obligarse con ellos salvo autorización del Protectorado. Esta mención desaparece en los textos posteriores, hecho que ha sido considerado como un desacierto por la doctrina, que no duda en criticar la no incorporación al texto legal de otros supuestos que, sin configurar un autocontrato ni verse en ellos involucrados directamente los patronos, también pueden plantear la existencia de un conflicto de intereses ¹⁸.

De esta suerte, no sería disparatado aventurar que prácticamente el mismo peligro que se deriva del hecho de que un patrono sin capacidad para representar a la fundación celebre un contrato con la misma, puede darse en un contrato entre una persona vinculada a él y la fundación. Sin embargo, solo la Ley de la Comunidad Valenciana y el Libro III del Código Civil de Cataluña han optado por reflejar este supuesto, afectando con la necesidad de autorización del Protectorado a los contratos que lleve a cabo la fundación con los patronos y sus parientes por consanguinidad hasta el cuarto grado, y por afinidad hasta el segundo, entre otros ¹⁹. No es esto algo desconocido en la regulación de las prohibiciones de contratar por incompatibilidad respecto de ciertos sujetos. En sede de sociedades anónimas —personas jurídicas con las que, en ciertos y puntuales aspectos se ha llegado a establecer un cierto paralelismo respecto de las fundaciones—, numerosos artículos dentro de la regulación de

¹⁸ Acerca de la extensión de los supuestos en los que sería necesario un control, R. VERDERA SERVER, «La autocontratación...», ob. cit., p. 97; M. J. SANTOS MORÓN, «El patrimonio de la fundación...», ob. cit., p. 339; R. BALLARÍN HERNÁNDEZ, «Comentario al artículo 28...», ob. cit., pp. 751 y ss.

¹⁹ El artículo 22.8 de la Ley 8/1998, de Fundaciones de la Comunidad Valenciana, hace referencia a «*Los patronos y sus parientes por consanguinidad hasta el cuarto grado, y por afinidad hasta el segundo, no podrán contratar con la fundación, ya sea en nombre propio o de un tercero, salvo autorización del Protectorado...*». Por su parte, el artículo 332-9 del Libro III del Código civil catalán habla de «*personas especialmente vinculadas*» a los patronos, remitiendo al artículo 312-9.3, que especifica los vínculos de «*afectividad, el de sus parientes en línea recta sin limitación y en línea colateral hasta el cuarto grado de consanguinidad o el segundo de afinidad...*».

los deberes de los administradores se encargan de disponer prohibiciones a la hora de aprovechar oportunidades de negocio o restricciones en situaciones de conflicto de intereses, que afectan tanto a la figura del administrador como a «*personas a él vinculadas*» (arts. 228, 229 RDL 1/2010, Ley de Sociedades de Capital), entendiendo por estas, en virtud del artículo 231 del referido texto, «*el cónyuge del administrador o las personas con análoga relación de afectividad, [...] los ascendientes, descendientes y hermanos del administrador o del cónyuge del administrador, [...] los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del administrador*» a los que se unen sociedades en las que el administrador, por sí o por persona interpuesta, tuviera una determinada posición ²⁰.

Esta última mención nos lleva a otro supuesto sobre el que también calla la normativa de fundaciones de ámbito estatal y que, sin embargo, podría implicar asimismo un conflicto de intereses: la contratación mediante sociedad en la que el patrono —o persona interpuesta— tuviera una posición de decisión o control. De forma muy completa regula también este aspecto la ya citada Ley de fundaciones valenciana que, junto con la mención a los parientes, incluye dentro de los supuestos sujetos a autorización del Protectorado el hecho de que «*pretendan contratar con la fundación las sociedades de cualquier naturaleza en las que tengan participación mayoritaria las personas anteriormente indicadas. A estos efectos, se sumarán las participaciones que tengan cada uno de los Patronos o familiares dentro de la misma sociedad*» (art. 22.8). Por su parte, también el Libro III del Código Civil catalán hace referencia a «*las personas jurídicas en las que se ejerzan funciones de administración o con las que se constituya, directamente o por medio de una persona interpuesta, una unidad de decisión, de acuerdo con la legislación mercantil*» (art. 312-9.3). Como apunta Verdera Server ²¹ tras señalar la conveniencia de que el texto legal —en referencia a la Ley 30/1994— hubiera realizado alguna precisión respecto de aquellas personas que guarden una estrecha vinculación con los patronos, existen mecanismos para sancionar esta contratación —como el recurso a los negocios en fraude de ley o la aplicación analógica del art. 1.459 CC y sus prohibiciones de comprar referidas a determinadas personas—. Sin embargo, pudiendo no ser suficientes estos instrumentos o resultando compleja su aplicación como control, sería más sencilla y segura la solución de incluir una mención expresa a dichos supuestos, como se ha hecho en otras normativas.

²⁰ El artículo 231.1.d) de la Ley de Sociedades de Capital habla de «*sociedades en las que el administrador, por sí o por persona interpuesta, se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en el apartado primero del artículo 42 del Código de Comercio*», artículo que hace referencia a las sociedades dominantes de los grupos de sociedades.

²¹ R. VERDERA SERVER, «La autocontratación...», ob. cit., p. 99. En la misma línea, M.^a J. SANTOS MORÓN, «El patrimonio de la fundación...», ob. cit., p. 339.

Otros sujetos acerca de cuya aptitud para producir conflictos de intereses se ha reflexionado —por concurrir en ellos determinadas circunstancias que pueden hacer singulares los contratos que celebren con la fundación—, serían, citando a Ballarín Hernández ²², el fundador que no se ha reservado la calidad de patrono, los parientes, cónyuge o personas ligadas con análoga relación de afectividad del mismo, así como aquel Secretario que no sea patrono. Estos supuestos, al igual que los anteriormente mencionados, no pueden incluirse dentro del ámbito del artículo 28 LF, debiendo ser suficiente, a la vista de la legislación en vigor, la supervisión general del Protectorado y el régimen de responsabilidad de los patronos, reforzado, según el autor y en los casos relacionados con la figura del fundador, por lo dispuesto en el artículo 3.3 LF respecto a la prohibición de que se constituyan fundaciones con la finalidad principal de destinar sus prestaciones al fundador y personas vinculadas, entre otros. En cuanto a los contratos que pudiera celebrar la fundación con el Protectorado, hay un acuerdo en que no constituyen un supuesto de autocontrato por ser éste un órgano externo a la organización de la fundación, lo que eliminaría en principio cualquier impedimento, aunque como matiza Verdura Server ²³, «es evidente que las cautelas administrativas que establece la Ley de Fundaciones [...] ofrecerán una menor intensidad cuando la relación contractual se pretenda establecer precisamente con quien ejerza el Protectorado». Esto es lo que puede llevar a entender como aconsejable evitar el riesgo de una excesiva intervención administrativa a través de contratos de la entidad fundacional con el órgano de la Administración ²⁴.

B) *Patronos que contraten con la fundación mediante personas físicas que actúen como representantes de los mismos*

Ese supuesto resulta un añadido en la reforma de la Ley de Fundaciones del año 2002 respecto del artículo contenido en la Ley precedente, que tan solo hacía referencia a la contratación de la fundación con los patronos en nombre propio o de un tercero. Aun reconociendo que la referencia añadida alude en primer lugar a los representantes de los patronos que sean persona jurídica, se han querido entender incluidos, asimismo, «los destinatarios de las delegaciones o apoderamientos que contempla el artículo 16.3 LF» ²⁵.

²² R. BALLARÍN HERNÁNDEZ, «Comentario al artículo 28...», ob. cit., pp. 751 y ss.

²³ R. VERDURA SERVER, «La autocontratación...», ob. cit., p. 100.

²⁴ R. BALLARÍN HERNÁNDEZ, «Comentario al artículo 28...», ob. cit., p. 754.

²⁵ *Ibidem*, ob. cit., p. 740. Para T. GONZÁLEZ CUETO, *Comentarios a la Ley de Fundaciones, Ley 50/2002, de 26 de diciembre*, Aranzadi, Navarra, 2003, p. 228, esta referencia a las personas físicas que actúan como representantes de los patronos tiene el objetivo de cerrar el círculo y evitar caminos hacia el fraude, encontrándose ya «en el espíritu de la Ley 30/1994, aunque no en la letra».

Ciertamente, el artículo 16 LF recoge un sistema de delegaciones y apoderamientos que, bien recaen en la persona de los patronos, bien en otros órganos de apoyo al Patronato que pueden ser creados, o bien, y esto es lo que nos interesa ahora, hacen referencia al otorgamiento de poderes generales o especiales a personas, en principio, ajenas al Patronato. Serían apoderados que obrarían en nombre de la fundación, no en virtud de representación orgánica sino voluntaria y dentro de los límites de la delegación. Pues bien, nótese que, en el ámbito desdibujado de autocontratación en el que nos movemos y en la medida en que estos apoderados pueden haber recibido poderes para actuar *como* si fueran la persona jurídica sin ánimo de lucro, está claro que se pueden reproducir respecto de ellos las mismas situaciones de conflicto de intereses que se han expuesto en torno a la figura de los patronos.

Si bien la Ley 30/1994 no hacía referencia expresa a los apoderados en el artículo dedicado a la mal denominada autocontratación, sí que se encontraba regulación específica en el Reglamento correspondiente de 1996, cuyo artículo 15.5 disponía que «*la autocontratación de los apoderados generales o especiales con la fundación, en el ámbito de su respectivo apoderamiento, requerirá la autorización previa, expresa y especial del Patronato*». Por lo tanto, aunque disponiendo un régimen distinto para los casos de autocontratación respecto de los patronos —para estos era necesaria la autorización del Protectorado; para aquellos era suficiente una autorización del Patronato—, estaba previsto, al menos en el Reglamento, el supuesto de hecho. Con la derogación de esta norma por el Reglamento de 2005 desaparece esta previsión: el artículo 34 del referido texto legal no incluye ninguna indicación respecto de los apoderados, ni acerca de un régimen especial ni para asimilarlo al de los patronos.

Así las cosas, en la actualidad, del silencio mantenido por la Ley de Fundaciones de 2002 y la supresión de cualquier referencia al respecto en el Reglamento —que instauraba, además, un cauce diferente—, parece desprenderse una voluntad de homogeneizar regímenes en cuanto a autorización de situaciones de autocontratación o conflicto de intereses, en general, se refiere. Ahora bien, entendemos que esta asimilación se produce por aplicación analógica de las mismas reglas de los patronos, dada la identidad del supuesto de hecho, pero no porque el añadido *in fine* al artículo 28 LF regule expresamente la situación de los apoderados. La redacción del artículo hace referencia al supuesto de las personas físicas que actúen como representantes de «*los patronos*», que no del Patronato ²⁶, que sería el órgano de gobierno y representación que podría delegar, como se ha visto, ciertas funciones en la persona de uno o

²⁶ Haciendo alusión a esta diferencia, M. J. SANTOS MORÓN, «El patrimonio de la fundación...», ob. cit., p. 338.

varios apoderados. Por contra, la actuación en representación de «los patronos» nos parece que tiene únicamente dos vertientes, según estemos ante un patrono persona jurídica o persona física. En el primer caso y en virtud del artículo 15.3 LF, deberá ser designada una o más personas físicas que le representen, constituyendo este un caso de representación orgánica²⁷. En cambio, en el caso de que un sujeto actúe representando a un patrono persona física estaríamos ante una representación voluntaria que la Ley restringe hasta el punto de que solo «podrá actuar en su nombre y representación otro patrono por él designado» (art. 15.5 LF). Si en el sujeto que representa al patrono persona física tiene que concurrir asimismo la condición de patrono, ya estaría por esta circunstancia vinculado directamente por las limitaciones del artículo 28 LF, sin ser necesaria una mención especial. En definitiva, si el añadido al artículo 28 por la Ley 50/2002 hace referencia a la representación de «los patronos» y no del Patronato —lo que, a nuestro juicio hace difícil sostener que pretenda aludir a la figura de los apoderados— y la representación de los patronos personas físicas solo puede ejercerse por otro patrono —que, por este hecho, ya se ve afectado de forma inmediata por las mismas restricciones que la persona a la que representa—, solo resta la representación natural de los patronos personas jurídicas por personas físicas. El artículo 28 LF *in fine* solo puede hacer referencia a esta última situación. Añadiría poco, por tanto, respecto de la actuación de los patronos que sean personas jurídicas en la medida en que, como supuesto de representación orgánica que es, la persona física actúa por definición como si fuera la persona jurídica, es decir, como patrono (podría tener cabida, eso sí, el caso de actuación mediante persona interpuesta). Pero no añadiría nada, a nuestro parecer, respecto a una inclusión expresa de los apoderados en el ámbito de aplicación de los supuestos de «autocontratación».

2. *El papel del Protectorado: autorización o denegación del contrato*

Una vez delimitado el ámbito de aplicación subjetivo y objetivo del artículo 28 LF y concordantes, debemos proceder a profundizar en, quizás, uno de los aspectos más relevantes de la materia: cuándo procede la autorización

²⁷ Esta designación deberá hacerse «en los términos establecidos en los Estatutos» (art. 15.2 LF), debiendo estar a lo dispuesto mediante acuerdo por el órgano competente de la persona jurídica según lo dispuesto en el artículo 10.2 RF. Hacen referencia J. OLAVARRÍA IGLESIA; R. MARIMÓN DURÁ, «Comentario al artículo 15», en J. OLAVARRÍA IGLESIA (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 405, al supuesto en que la representación del patrono persona jurídica corresponda a varias personas físicas, cuestión no resuelta por la normativa y que, para estos autores, debería ser objeto de mención en los estatutos mediante una serie de reglas mínimas, asegurando que esta multiplicidad de representantes no comprometa el correcto funcionamiento del Patronato.

por parte del Protectorado o, lo que es lo mismo, en qué casos el conflicto de intereses que se origina con el autocontrato o el contrato entre sujetos en los que concurren determinadas circunstancias y la fundación merece la prohibición de tal acto ²⁸. Y es que, como se apuntó al inicio de estas líneas, aun no siendo un elemento exclusivo ni necesario del autocontrato, está claro que el conflicto de intereses es una pieza íntimamente vinculada con esta figura y, en cualquier caso, razón de ser del control establecido por el artículo 28 LF y preceptos relacionados que, como se ha visto, no se limitan al ámbito de la autocontratación y buscan supervisar toda situación de peligro para la persona jurídica fundacional.

La cuestión sería, por tanto, definir cuándo nos encontramos ante un conflicto de intereses que merezca la desaprobación del negocio jurídico. En la disciplina general del autocontrato se han apuntado como criterios para admitir la autocontratación la ausencia de riesgo de imparcialidad por no existencia de conflicto de intereses así como la licencia para el autocontrato por parte del titular del interés afectado ²⁹. ¿Serían estas pautas válidas en sede de fundaciones?

Empezando por este último criterio, la autorización para el autocontrato por parte del titular del interés afectado, la conclusión a la que se llega es que no sería trasladable como causa de validez de los supuestos incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 28 LF. El órgano de gobierno y representación de la fundación es el Patronato, órgano al que le correspondería conceder esta licencia en nombre de la fundación. Sin embargo, ya hemos visto que en la actualidad —y con el Reglamento anterior tan solo salvando

²⁸ Se parte de la idea de que siempre que participen los patronos o apoderados en la conclusión de un contrato con la fundación es necesaria la intervención por parte del Protectorado, así se genere o no un conflicto de intereses en el caso concreto. Este hecho —la existencia de un conflicto de interés—, precisamente, será lo que deba valorar el órgano de la Administración correspondiente y en función de lo cual determinará la autorización o no del negocio jurídico. En este sentido, R. BALLARÍN HERNÁNDEZ, «Comentario al artículo 28...», ob. cit., 743, afirma que no es que el artículo 28 LF someta al control del Protectorado el contrato que puedan celebrar estos sujetos con la Fundación solo cuando implique peligro para los intereses de esta, «es que, con un criterio objetivo, se impone la necesidad de valorar siempre si en esos contratos anida semejante riesgo. La autorización del Protectorado expresa tal valoración».

²⁹ L. Díez-PICAZO, A. GULLÓN, *Sistema...*, ob. cit., p. 41, respecto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1956, indica que «si bien el Código civil parece rechazar el autocontrato, lo es manifiestamente con la finalidad de prevenir toda colisión de intereses que ponga en riesgo la imparcialidad o rectitud del autocontratante, pero sin que en la hipótesis contraria haya razón legal suficiente para negarle eficacia como forma lícita y simplificada del comercio justo», a lo que añade que no habrá colisión de intereses «cuando ha sido superada por el propio titular del interés afectado dando la licencia para el autocontrato». Vid., también, *Fundamentos del Derecho Civil...*, ob. cit., p. 225. En el mismo sentido, J. L. LACRUZ, F. DE ASIS, A. LUNA *et al.*, *Elementos...*, ob. cit., p. 307.

la intervención de los apoderados— la normativa exige una autorización del Protectorado, órgano externo a la persona jurídica y que, por tanto, no sería titular del interés afectado —como mucho, tiene encomendado velar por el mismo—. Una posible autorización del Patronato no justifica, por consiguiente, la realización del negocio jurídico en el que puede concurrir un conflicto de intereses ³⁰.

Más atractivo tiene la pauta de la ausencia de colisión de intereses, entendida como la realización del negocio jurídico sin peligro de conducta parcial del autocontratante (entiéndase extensivo a los supuestos ya estudiados que exceden del ámbito de la autocontratación). Aunque dar una definición de la figura del conflicto de intereses que pudiera ser válida en todas las situaciones no es fácil puesto que hay que ponderar las distintas circunstancias que concurren en cada caso concreto ³¹, podemos intentar fijar unos parámetros en Derecho de fundaciones. La Ley 50/2002 —de igual modo que hizo en su día la Ley 30/1994— no nos ayuda puesto que, como hemos visto, recoge de forma lacónica los supuestos de «autocontratación». De mayor utilidad nos es, por el contrario, el Reglamento correspondiente. Por una parte, y aunque respecto de otra cuestión como es la adopción de acuerdos por el Patronato, el artículo 11.2 RF ³² recoge tres supuestos en los que existe un conflicto de intereses entre los patronos y la fundación y que conllevará la abstención de ejercer el derecho de voto: cuando se trate de adoptar un acuerdo por el que se establezca una relación contractual entre la fundación y el patrono o personas vinculadas, cuando se fije una retribución o cuando se entable la acción de responsabilidad contra él.

Nos parece interesante recoger estos ejemplos de lo que la Ley de fundaciones entiende como situaciones en las que se puede producir un conflicto de intereses entre el patrono —o personas a él vinculadas— y la persona jurídica. Más aún cuando, ya respecto de la solicitud de autorización para que los patronos contraten con la fundación, examinamos en el artículo 34.3 RF las causas por las que el Protectorado debe denegar dicha autorización. El artículo reza de la siguiente manera:

³⁰ Al respecto, R. VERDERA SERVER, «La autocontratación...», ob. cit., p. 136.

³¹ M. DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, *El autocontrato...*, ob. cit., p. 112.

³² Artículo 11.2 RD: «El patrono se abstendrá de ejercer el derecho de voto cuando se trate de adoptar un acuerdo por el que: a) Se establezca una relación contractual entre la fundación y el patrono, su representante, sus familiares hasta el cuarto grado inclusive, o su cónyuge o persona ligada con análoga relación de afectividad. b) Se fije una retribución por sus servicios prestados a la fundación distintos de los que implica el desempeño de las funciones que le corresponden como miembro del Patronato. c) Se entable la acción de responsabilidad contra él».

«El Protectorado denegará en todo caso la autorización en los siguientes supuestos: a) Cuando el negocio jurídico encubra una remuneración por el ejercicio del cargo de patrono; b) Cuando el valor de la contraprestación que deba recibir la fundación no resulte equilibrado»³³.

Como vemos, en diferentes lugares aparecen vinculadas con el concepto de conflicto de intereses las ideas de la retribución del patrono y de la conclusión de un negocio jurídico entre el mismo y la fundación. Sin perjuicio de que profundicemos a continuación en estos contenidos, antes de seguir nos parece oportuno puntualizar una cuestión que hemos podido entrever en la lectura del citado precepto: las causas en él recogidas obligan al Protectorado a denegar la autorización («el Protectorado denegará en todo caso»). Es, por tanto, una actividad reglada en la medida en que si concurre alguna de esas causas, el Protectorado no tendrá otra opción que denegar el permiso³⁴. Por otro lado, se ha entendido que esta enumeración tiene un carácter de *numerus clausus*. Si estamos ante un control administrativo que limita la autonomía de la voluntad de las fundaciones, debe llevarse a cabo una interpretación restrictiva³⁵. Nos parece esta una solución acertada y en línea con el principio de mínima intervención por parte de los poderes públicos que se preconiza en la Exposición de Motivos de la Ley³⁶.

En referencia a la primera causa a la que alude el artículo 34.3 RF, no se aprecia una variación significativa respecto de su predecesor en el Reglamento de 1996. Mientras que el actual hace alusión al hecho de que el negocio jurídico encubra una remuneración por «el ejercicio del cargo de patrono», la versión derogada hacía referencia a la remuneración «por el ejercicio del Patronato». Lo importante, en cualquier caso, es diferenciar la retribución que se pudiera aprobar para un patrono por servicios prestados a la fundación diversos de los inherentes a su condición de miembro del Patronato, de aquella que lo sea estrictamente por el ejercicio de dicho cargo. De esta suerte, de forma novedosa respecto de la anterior formulación de la Ley de Fundaciones, recordamos que

³³ A estos dos supuestos añade T. GONZÁLEZ CUETO, *Comentarios...*, ob. cit., p. 226, otro caso: «cuando el contrato que pretenda celebrarse sea innecesario o no aporte ningún valor a la fundación. Este supuesto de contratos inútiles para la fundación y útiles para el patrono perjudicaría claramente a la entidad».

³⁴ R. VERDERA SERVER, «La autocontratación...», ob. cit., p. 130, afirma respecto de la Ley anterior que «no puede el protectorado conceder la autorización si se constata una de esas circunstancias, ni negarla si no se aprecia su existencia». Dado que en la redacción del Reglamento vigente se ha añadido la expresión «en todo caso» respecto de la predecesora, todo parece indicar que el legislador pretende limitar el margen de discrecionalidad del órgano administrativo.

³⁵ *Ibidem*, ob. cit., p. 130.

³⁶ La Exposición de Motivos de la Ley 50/2002, en su apartado II, párrafo 2.º, aboga por «reducir la intervención de los poderes públicos en el funcionamiento de las fundaciones».

la Ley de 2002 admite expresamente la posibilidad de que los patronos, no obstante desempeñar su cargo gratuitamente —salvo el derecho al reembolso de los gastos debidamente justificados que el cargo les ocasione en el ejercicio de su función—, podrán ser retribuidos si prestan a la fundación «servicios distintos a los que implica el desempeño de las funciones que les corresponden como miembros del Patronato, previa autorización del Protectorado» (art. 15.4 LF)³⁷. La posibilidad de retribución de aquellos patronos que presten a la fundación servicios distintos a los propios del cargo reduce la importancia del requisito de no retribución encubierta³⁸.

Una mayor alteración del texto legal se aprecia en el segundo de los supuestos. Mientras que la norma de 1996 disponía denegar la autorización «cuando el valor de la contraprestación que deba recibir la fundación sea inferior al valor de la prestación que deba realizar la misma», el vigente artículo 34.3 RF hace referencia al hecho de que «el valor de la contraprestación que deba recibir la fundación no resulte equilibrado». Parece que ha podido haber una influencia del artículo 19 RF que, en relación con la autorización administrativa para los actos de disposición o gravamen, permite al Protectorado denegarla, entre otros supuestos, «cuando la contraprestación recibida en el acto de disposición o gravamen sometido a autorización no resulte equilibrada».

El criterio derogado tenía la ventaja de ser objetivo y predeterminado —comparativa de valores de prestación y contraprestación— siendo lo relevante que no se derivara un empobrecimiento para la fundación³⁹. Con el actual Reglamento se ha mitigado el rigor del criterio aludiendo a un concepto más indeterminado como es la existencia de un «equilibrio», noción a la que hay que dotar de un contenido en cada caso concreto. Sin embargo, entendemos que, en la práctica, la actuación del Protectorado se va a desarrollar sobre unos esquemas similares a los anteriores: no es que antes este órgano solo se interesara en que el patrimonio de la fundación no se viera perjudicado y ahora deba tener en cuenta para otorgar o denegar la autorización la situación en la que se encuentran ambas partes contratantes respecto del contrato, atendiendo también a los intereses de la parte que contrata con la fundación. Dado que la misión del Protectorado es velar por los intereses de la entidad fundacional y que el sistema de control lo que pretende es, precisamente, que la en-

³⁷ Retribución fijada por el Patronato y salvo que el fundador hubiese dispuesto lo contrario.

³⁸ T. GONZÁLEZ CUETO, *Comentarios...*, ob. cit., p. 225.

³⁹ R. VERDERA SERVER, «La autocontratación...», ob. cit., p. 132. Este autor resalta la importancia del criterio en cuanto que establece una pauta concreta para la admisión o rechazo de la operación.

tividad sin ánimo de lucro no se vea afectada de forma negativa por un contrato que puede conllevar cierto riesgo, seguirá el Protectorado teniendo que valorar los mismos aspectos, centrados principalmente en las repercusiones que para los intereses de la fundación tenga la celebración del negocio jurídico en cuestión. El cambio hacia un criterio más abierto como es el equilibrio permitiría, eso sí, valorar otro tipo de elementos más allá del estricto valor de las prestaciones, como pueden ser beneficios intangibles que se podrían también derivar de la conclusión de un contrato para la fundación ⁴⁰.

3. *Valoración del control: ¿es el sistema más adecuado?*

Hasta aquí, el régimen vigente en relación con la figura de la autocontratación y otros contratos que, sin serlo, se celebren entre la fundación y los patronos o apoderados. La opción legislativa a favor de sujetar estos supuestos a un control previo por parte del órgano de supervisión de la entidad fundacional no ha sido vista como la más apropiada por parte de algunas voces en la doctrina. Así, respecto de la Ley y Reglamento anteriores, Verdera Server ⁴¹ expresa sus dudas acerca de que el control, aun estando de acuerdo en que debe existir, deba tener tanta intensidad. En palabras de este autor, «*resulta difícil determinar hasta qué punto las funciones, que en otras organizaciones son asumidas por la pluralidad de sus miembros, puedan ser adecuadamente ejercidas por el protectorado sin producir una entorpecedora intromisión en la esfera de la autonomía de las fundaciones*». Entiende preferible por ejemplo que, en el caso de la existencia de Estatutos que prevean la formación de otros órganos —además del Patronato— que pudieran ejercer un control, se estableciera el administrativo con carácter subsidiario respecto de un control interorgánico sin necesidad de acudir, por tanto, a cauces externos para una autorización previa.

⁴⁰ Aunque respecto a la autorización para la enajenación o gravamen de bienes pertenecientes a la dotación, consideramos de aplicación el razonamiento de M. J. SANTOS MORÓN, «Algunas cuestiones sobre la gestión patrimonial de la Fundación», en AA.VV., *Fundaciones: Problemas actuales y reforma legal*, Fundación María Cristina Masaveu-Aranzadi, Madrid, 2011, p. 236, quien dispone que lo que debe controlar el Protectorado es que no se produzca un perjuicio patrimonial para la fundación, no pudiendo denegar la autorización, por ejemplo, si «*la fundación pretende vender un bien integrado en la dotación o vinculado al cumplimiento del fin fundacional, por un precio superior al de mercado y muy ventajoso para ella, aunque sea manifiestamente “desequilibrado” desde la perspectiva del comprador*».

⁴¹ R. VERDERA SERVER, «La autocontratación...», ob. cit., pp. 124-125, en esta línea, advierte que la solución de la intervención administrativa «*revela que el legislador continúa manteniendo una concreta visión de las relaciones entre las fundaciones y los poderes públicos y que perpetúa ciertas instancias de control más apropiadas de anteriores épocas*».

Por contra, también vigente la Ley de 1994, Cabra de Luna ⁴² no realiza ningún juicio de valor negativo acerca de la autorización preceptiva del Protectorado, aunque puntualiza que debe ser *«siempre admitiendo el reconocimiento positivo de la autocontratación que puede llegar a ser beneficiosa para la fundación»*. Más expresivo resulta Ortí Vallejo ⁴³, para quien el hecho de someter la autocontratación a la autorización del Protectorado para controlar los peligros de una posible ventaja de los patronos en el negocio concreto *«está enteramente justificada»*, siendo *«satisfactoria»* la solución recogida en el artículo 26 LF (actual art. 28). En la misma línea, aunque con matices, podemos citar a Del Campo Arbulo ⁴⁴. Si bien recurrir a la autorización del Protectorado es una medida justificada, no es la única. Así, para no acudir a instancias externas, propone el autor *«exigir que en estos casos la autocontratación sólo fuera lícita cuando las condiciones del contrato a suscribir hubieran sido unilateralmente establecidas con carácter previo por el Patronato antes de efectuar la delegación en el patrono contratante»* o eliminar el recelo de que el patrono afectado pudiera influir sobre la decisión del órgano de gobierno a través de la exclusión de su voz y voto en los acuerdos correspondientes. Coincidimos, por el contrario, con la postura de Ballarín Hernández ⁴⁵ cuando al respecto señala, por una parte, que la determinación unilateral de las condiciones en las que al patrono le está permitido contratar puede no ser posible cuando el mismo no contrata en nombre propio sino de un tercero y, por otra, que la solución más acertada es la de exigir la intervención del Protectorado *«aunque sea uno solo o una minoría de los miembros del órgano de gobierno quienes contraten con la fundación»* en la medida en que *«conviene conjurar cualquier recelo sobre la posibilidad de que, en el seno del Patronato, se ceda a la tentación de compensar con favores futuros otros que se hayan recibido»*.

Efectivamente, en lo que a nosotros respecta, suscribimos la evidente necesidad de un control de las situaciones objeto de este contrato y, aun siendo conscientes de que no es una solución carente de ciertos aspectos cuestionables, que dicho control sea llevado a cabo por el Protectorado. En rigor, la naturaleza de la fundación como institución heterónoma hace que este órgano sea el que tenga atribuidas por Ley las facultades de velar por el correcto ejercicio del derecho de fundación (art. 34 LF), más concretamente, de *«velar por*

⁴² M. A. CABRA DE LUNA, «Comentario al artículo 26...», ob. cit., p. 238.

⁴³ A. ORTÍ VALLEJO, «Notas sobre la capacidad...», ob. cit., pp. 890-891.

⁴⁴ Respecto de la Ley de 1994, J. A. DEL CAMPO ARBULO, *Ley de Fundaciones...*, ob. cit., p. 304.

⁴⁵ Ya en el ámbito de la Ley y Reglamento vigentes, R. BALLARÍN HERNÁNDEZ, «Comentario al artículo 28...», ob. cit., pp. 743-744.

el efectivo cumplimiento de los fines fundacionales [...] teniendo en cuenta la consecución del interés general»⁴⁶. No es solo que la existencia de un control respecto del nacimiento y desarrollo de las actividades de las fundaciones no sea contraria a la Constitución, sino que, frente a otras posibles entidades, citando a Piñar Mañas⁴⁷, «por su propia consideración constitucional, la Administración pública es la que por naturaleza está llamada a ejercer el primer control sobre el cumplimiento de la voluntad del fundador». A esto se suma la peculiar estructura de las fundaciones: la inexistencia de una base asociativa, a diferencia de lo que ocurre en otro tipo de personas jurídicas, impide el establecimiento de mecanismos de control respecto del órgano de gobierno —el Patronato—, que acumula en este sentido todas las funciones sin que, por otra parte, el fundador o los beneficiarios de la entidad tengan ninguna autoridad sobre la misma, una vez constituida⁴⁸. Esta circunstancia tiene su trascendencia, entre otras, en materia de autocontratación —o, mejor dicho, contratación en general de la fundación con patronos y apoderados—. Salvo que el fundador hubiera previsto directa o indirectamente la creación de otros órganos que pudieran suponer una cierta vía de control sobre el Patronato, permitir que sea este el que autorice en exclusiva una relación contractual en la que participan y de la que se pueden beneficiar uno o varios de sus miembros, tiene sus riesgos. Incluso aunque a dichos sujetos en particular les sea vetada la posibilidad de tomar parte en el acuerdo⁴⁹.

⁴⁶ J. CAFFARENA LAPORTA, Voz «Fundación», AA.VV., *Enciclopedia Jurídica Básica*, II, Civitas, Madrid, 1995, p. 3199; J. M. EMBID IRUJO, «Obligaciones y Responsabilidad de los patronos», *Anuario de Derecho de Fundaciones*, 2009, p. 134.

⁴⁷ J. L. PIÑAR MAÑAS, «El estado actual del modelo constitucional de fundaciones: revisión crítica», en R. DE LORENZO, J. L. PIÑAR, T. SANJURJO (dirs.), *Tratado de fundaciones*, Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 94-95. Respecto al reconocimiento por parte del Tribunal Constitucional de la figura del Protectorado y en relación a la STC 49/1988, de 22 de marzo, el autor reitera en estas páginas la configuración del Protectorado como elemento no extraño al sistema del derecho de fundación institucionalmente garantizado por la Constitución (con anterioridad, del mismo autor, ver también J. L. PIÑAR MAÑAS, «Propuestas para una futura y posible Ley de Fundaciones», *Revista española Civitas de Derecho Administrativo*, núm. 72, octubre-diciembre 1991, pp. 494 y ss.)

⁴⁸ Vid. R. VERDERA SERVER, «La autocontratación...», ob. cit., pp. 89-90. Haciendo alusión también a la importancia del Protectorado por la propia naturaleza de la fundación como institución heterónoma, J. M. EMBID IRUJO, «Obligaciones y responsabilidad de los patronos», *Anuario de Derecho de Fundaciones*, 2009, p. 134.

⁴⁹ Recuérdese que, en esta tendencia de hacer supervisor directo al Protectorado, el régimen de autorización respecto de los apoderados sufrió una modificación en el Reglamento de 2005 respecto al de 1996, modificación que consistió precisamente en la supresión de su regulación específica y, por tanto, en su homogeneización con lo dispuesto para los patronos. Pasó de ser suficiente un acuerdo del Patronato para la contratación de los apoderados con la fundación a ser requerida en la nueva normativa una autorización del Protectorado.

Se puede argumentar en contra, claro está, la existencia de un régimen de responsabilidad de los patronos en la Ley de Fundaciones, la evolución del Protectorado hacia una figura menos intervencionista y más de cooperación con este tipo de entidades o la ralentización que supone la necesidad de tramitar una autorización previa a la conclusión de un negocio jurídico.

Respecto a lo primero, ciertamente el artículo 17 LF hace responsables frente a la fundación a los miembros del Patronato de los daños y perjuicios que causen, entre otros supuestos, por aquellos actos realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo, esto es, la diligencia de un «representante leal». Sin adentrarnos en la naturaleza y regulación de la responsabilidad de los patronos⁵⁰, no cabe duda de que una de las funciones de este régimen es la de control de la gestión que los mismos realizan en la fundación. Gestión que tiene que desarrollarse dentro de unos ciertos parámetros de diligencia tomados de la normativa de sociedades de capital⁵¹, la del representante leal, que conlleva que en el ejercicio de su cargo el patrono debe anteponer los intereses de la fundación respecto de los suyos propios⁵². Por otra parte, la legitimación activa para ejercitar esta acción de responsabilidad en nombre de la fundación corresponde, no solo al Patronato y a los patronos disidentes o ausentes, sino también al Protectorado, lo que representa para este órgano una vía directa de supervisión. Así las cosas, dejando a un lado la necesidad de autorización previa para la conclusión de negocios jurídicos entre la funda-

⁵⁰ Como ha puesto de manifiesto la doctrina, nos encontramos ante una responsabilidad de naturaleza civil, individual, orgánica y, dado el vínculo existente entre la persona jurídica y el patrono, contractual. Al respecto, *vid.* 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. 135-136; J. R. SALELLES CLIMENT, R. VERDERA SERVER, *El Patronato de la Fundación*, Aranzadi, Navarra, 1997, 174 y ss.; J. M. EMBID IRUJO, «Gobierno de la Fundación», en S. MUÑOZ MACHADO, M. CRUZ AMORÓS, 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...», *ob. cit.*, pp. 143 y ss.; R. MARIMÓN DURÁ, 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.; I. PEÑALOSA ESTEBAN, T. SANJURJO GONZÁLEZ, «Órganos de gobierno y relación con los poderes públicos», en R. DE LORENZO, J. L. PIÑAR, T. SANJURJO (dirs.), *Tratado de fundaciones*, Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 234 y ss.

⁵¹ Acerca de la aproximación de las fundaciones a las sociedades mercantiles de capital, especialmente en el régimen de responsabilidad de los patronos respecto de los administradores, *vid.* J. M. EMBID IRUJO, «Gobierno...», *ob. cit.*, pp. 248-249; R. MARIMÓN DURÁ, J. OLAVARRÍA IGLESIA, «Comentario al artículo 17...», *ob. cit.*, pp. 136-137; I. PEÑALOSA ESTEBAN, T. SANJURJO GONZÁLEZ, «Órganos de gobierno...», *ob. cit.*, pp. 236-237.

⁵² El artículo 226 RDL 1/2010, Ley de Sociedades de Capital, regula el deber de lealtad de los administradores: «Los administradores desempeñarán su cargo como representante leal en defensa del interés social, entendido como interés de la sociedad y cumplirán los deberes impuestos por las leyes y los estatutos».

ción y los patronos o apoderados, parecería posible para el Protectorado controlar igualmente las posibles conductas desviadas en este sentido, ejercitando la correspondiente acción de responsabilidad contra el o los patronos que hubieran abusado de su vinculación con la persona jurídica sin ánimo de lucro para obtener un beneficio. Sin quitarle relevancia a este mecanismo de control, acaso pueda reputarse como insuficiente: el Protectorado tiene que tener conocimiento del daño causado a la fundación⁵³ así como resultar claros todos los presupuestos para que sea exigible con éxito la responsabilidad. Además, para cuando se quiera accionar contra el patrono, el perjuicio a la fundación ya está producido. Perjuicio que se podría considerar tiene una mayor relevancia que ser la mera consecuencia de una actuación ilícita por parte de un miembro del órgano de gobierno de una persona jurídica. En tanto en cuanto dicha persona jurídica persigue unos determinados fines, a los que se le exige ser de interés general (art. 3 LF) y se beneficia de un régimen fiscal favorable (Ley 49/2002, de 23 de diciembre) —entre otros atractivos— pensamos que se puede sostener seriamente la oportunidad de un control fiable que asegure que los contratos de cierto riesgo para los intereses de la fundación no conlleven finalmente perjuicios para la misma.

Asimismo, no nos es ajeno que el hecho de que el Protectorado sea un órgano al que se le tienen encomendadas funciones de supervisión y control de la fundación no implica que éstas no tengan límites. Hemos incidido sobre el reconocimiento legal y jurisprudencial de su figura así como sobre la pertinencia de su actuación, en concreto, en materia de autocontratación. Pero es clara la intención del legislador de hacer evolucionar este órgano de la Administración potenciando las funciones de apoyo y asesoramiento de las fundaciones y reduciendo las de intervención, tal y como recoge la Exposición de Motivos de la Ley 50/2002: *«se ha sustituido en la mayor parte de los casos la exigencia de autorización previa de actos y negocios jurídicos por parte del Protectorado, por la de simple comunicación al mismo del acto o negocio realizado, con objeto de que pueda impugnarlo ante la instancia judicial competente, si lo considera contrario a derecho y, eventualmente, ejercitar acciones legales contra los patronos responsables»*. A la vista del

⁵³ Somos conscientes de que este problema se podría solventar estableciendo otra técnica de control distinta y menos incisiva que la autorización previa como sería una obligación de comunicación por parte del Patronato hacia el Protectorado. Acerca de las diversas técnicas de control de la actividad de las fundaciones aparte de la autorización formal (simples deberes de comunicación, ratificación de operaciones, actividades comunicadas, actuaciones comunicadas sujetas positivamente al derecho de veto por parte del Protectorado), *vid.* R. CABALLERO SÁNCHEZ, «Autorizaciones, intervención temporal y recursos», en S. MUÑOZ MACHADO, M. CRUZ AMORÓS, R. DE LORENZO GARCÍA (dirs.), *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y del Mecenasgo*, Fundación Once-Iustel, Madrid, 2005, pp. 588 y ss.

nuevo articulado, tal evolución ha sido puesta en duda por la doctrina⁵⁴ en la medida en que existen dos casos todavía sujetos a autorización previa. Como sabemos, uno de ellos es el supuesto que nos ocupa⁵⁵. Sin embargo, no vemos totalmente incompatible mantener una cierta voluntad aperturista con la existencia de un control. Lo importante, en este caso, sería una actitud no recelosa del Protectorado sino tendente a la admisión de los contratos que le sometan a autorización, salvo que impliquen un perjuicio evidente para la fundación.

Si volvemos sobre los criterios que el artículo 34.3 del Reglamento de Fundaciones de 2005 marca al órgano de control como guía para su actuación al respecto, recordamos que el primero de ellos (*«cuando el negocio jurídico encubra una remuneración por el ejercicio del cargo de patrono»*) se ha flexibilizado por sí mismo con el levantamiento de la prohibición de que los patronos vieran retribuidas aquellas funciones diferentes a las intrínsecas al propio cargo. En cuanto al control de que el valor de la contraprestación que recibe la fundación resulte *«equilibrado»*, como se apuntó en su momento, también nos parece un avance en elasticidad porque permite al Protectorado valorar otra serie de factores más allá de una comparación meramente numérica⁵⁶. Esto puede ser positivo y estar en consonancia con la citada tendencia a relajar la intervención del mismo si se pone en relación con el principio de mínima injerencia administrativa. Al fin y al cabo, la propia normativa, a través del artículo 41 RF, establece de forma indudable que *«el protectorado se ejerce respetando la autonomía de funcionamiento de las fundaciones»*. En definitiva, en aquellas situaciones en las que se haya considerado pertinente mantener un control más intenso por parte del Protectorado como cautela, creemos que este se puede compensar con una postura de la Administración que encaje con el papel que hoy en día le corresponde, favorecedor de la operatividad de las fundaciones.

⁵⁴ V. CUÑAT EDO, «Comentario al artículo 34», en J. OLAVARRÍA IGLESIA (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 853; M. J. SANTOS MORÓN, «Algunas cuestiones...», ob. cit., p. 227.

⁵⁵ Además de la mal llamada autocontratación, el otro acto sujeto a autorización previa es el referente a los actos de disposición que recaen sobre bienes pertenecientes a la dotación o están directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales.

⁵⁶ Aquí es interesante la aportación de la memoria justificativa de la necesidad o conveniencia para los intereses de la fundación que se exige como parte de la documentación a entregar al Protectorado [artículo 34.1.c) RF] y que permite al Patronato poner de manifiesto los aspectos positivos más relevantes que se derivarían para la fundación. Como exponen M. PÉREZ ESCOLAR, M. A. CABRA DE LUNA, R. DE LORENZO GARCÍA, «Patrimonio, régimen económico y funcionamiento», en R. DE LORENZO, J. L. PIÑAR, T. SANJURJO (dirs.), *Tratado de fundaciones*, Aranzadi, Navarra, 2010, p. 320, no es necesario que la fundación tenga que acreditar que la autocontratación no supone una merma de los intereses de la fundación *«aunque ello pueda ser conveniente a la hora de la instrucción del oportuno expediente»*.

Más complicado de resolver nos parece el inconveniente en términos de pérdida de dinamismo que supone la necesidad de tramitar una solicitud de autorización previa por parte del Patronato para llevar a cabo el negocio jurídico en cuestión. El procedimiento para cumplir con lo dispuesto en la norma aparece desarrollado en el artículo 34 RF, estableciendo como documentos a remitir al Protectorado:

- a) *Copia del documento en que se pretende formalizar el negocio jurídico entre patrono y la fundación.*
- b) *Certificación del acuerdo del Patronato por el que se decide la realización del negocio jurídico, incluyendo el coste máximo total que supondrá para la fundación.*
- c) *Memoria explicativa de las circunstancias concurrentes, entre las que se incluirán las ventajas que supone para la fundación efectuar el negocio jurídico con un patrono.*

El Protectorado, por su parte, una vez presentada la documentación, resolverá y notificará la resolución en el plazo de tres meses, rigiendo el silencio positivo si en este plazo no hubiera recaído resolución expresa ni hubiese sido notificada.

Es manifiesto que el hecho de tener que aguardar un período de tiempo relativamente extenso para la conclusión de un contrato, resta agilidad a la actividad de la fundación. Detrás de esta preocupación por la celeridad en el marco de la actuación de las fundaciones se encuentra la configuración actual de estas entidades sin ánimo de lucro. Lejos queda la fundación ajena totalmente a la idea de empresa, sin poder obtener beneficios o ser titular de establecimientos mercantiles. Se impone, por el contrario, una persona jurídica que conjuga la ausencia de ánimo de lucro con el desarrollo de actividades económicas y donde el patrimonio no es lo único relevante sino que también gana peso el elemento organizativo⁵⁷. Desde esta óptica, supondría un problema añadido —más allá de planteamientos de corte más teórico acerca de si

⁵⁷ Acerca de la evolución de la figura fundacional hacia un verdadero operador económico en el mercado, *vid.* L. LINARES ANDRÉS, «La actividad económica de las fundaciones», *RCDI*, n.º 642, septiembre-octubre, 1997, p. 1636; 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, DE LORENZO GARCÍA (dirs.), *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, Iustel, Madrid, 2005, p. 362; «Empresa y fundación en el ordenamiento jurídico español (la fundación empresarial)», *Anuario de Derecho de Fundaciones*, 2010, pp. 16 y ss.; M. PÉREZ ESCOLAR, *La actividad económica de las fundaciones. Tensiones legislativas e interés general*, Civitas, Navarra, 2008, pp. 31 y 32.

implica o no una intromisión excesiva por parte de la Administración— el hecho de que una fundación que tenga una intensa actividad, se vea obligada a supeditar su funcionamiento a plazos relativamente largos en términos empresariales —como pueden ser los tres meses—, cuando se trate de algún negocio jurídico que entre dentro del ámbito de aplicación del artículo 28 LF.

Esto es lo que ha debido pensar el legislador gallego que, en el artículo 40 de la Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de fundaciones de interés gallego, se desmarca de la opción del legislador estatal y el resto de Comunidades Autónomas y sujeta los contratos de los miembros del Patronato con la fundación, tanto en nombre propio como de un tercero, a la dación de cuenta al Protectorado en lugar de a una autorización previa⁵⁸. Por su parte, aunque la normativa catalana al efecto también exige autorización previa del Protectorado para aquellos contratos que suscriban los patronos y personas especialmente vinculadas a ellos con la fundación, lo limita a los «*contratos de compraventa o arrendamiento de bienes inmuebles o de bienes muebles de extraordinario valor, de préstamo de dinero, de prestación de servicios retribuidos*» (art. 332-9). Se entiende que para el resto de supuestos hay que estar a la regulación general en los casos de conflictos de intereses entre la fundación y alguna persona integrante de uno de sus órganos, esto es, en virtud del artículo 312-9.2, comunicación y facilitación de la información relevante al órgano de gobierno de la situación de conflicto por parte de los miembros del mismo y, en el caso de adoptar finalmente el acuerdo o de ejecutar el acto, comunicación al Protectorado en el plazo de treinta días (art. 332-9.1)⁵⁹.

A pesar de estas cortapisas, nos sigue pareciendo necesario este control, más incluso cuando se trate de fundaciones con una gran operatividad y tamaño, porque también el riesgo puede ser mayor. Es en estos casos, por otra parte,

⁵⁸ Artículo 40: «*Los miembros del Patronato podrán contratar con la fundación, ya sea en nombre propio o de un tercero, dando cuenta al protectorado*». En materia de control por el Protectorado, la norma gallega ha optado por la reducción de los actos de control, transformando la mayoría de las autorizaciones en simples comunicaciones. Acerca de este punto en el régimen de las fundaciones de interés gallego, *vide* M. E. ROVIRA SUEIRO, «El Derecho de fundaciones de Galicia», en R. DE LORENZO, J. L. PIÑAR, T. SANJURJO (dirs.), *Tratado de Fundaciones*, Aranzadi, Navarra, 2010, p. 543; J. L. CARRO FERNÁNDEZ, L. MÍGUEZ MACHO, M. ALMEIDA, «Las fundaciones de interés gallego», *Anuario de Derecho de Fundaciones*, 2009, pp. 435 y ss.; A. J. FERREIRA FERNÁNDEZ, «El Derecho de fundaciones en Galicia: los nuevos cambios normativos», *Anuario de Derecho de Fundaciones*, 2010, pp. 405 y ss.

⁵⁹ Acerca del papel creciente del Protectorado en lo que a facultades de inspección y control se refiere en la normativa catalana, *vid.* J. TORNOS MAS, M. M. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, «El régimen jurídico de las Fundaciones en el ordenamiento jurídico catalán», *Anuario de Derecho de Fundaciones*, 2009, pp. 302 y ss.; «El régimen jurídico de las fundaciones en el ordenamiento jurídico catalán 2009-2010: transparencia y buenas prácticas», *Anuario de Derecho de Fundaciones*, 2010, pp. 373 y ss., 377 y ss.

cuando hay una mayor probabilidad de que integren la estructura de la fundación otros órganos de gestión además del Patronato. Podría darse entonces, como recordemos había apuntado algún autor⁶⁰, una especie de control inter-orgánico que supliera al del Protectorado y que quedaría relegado a un segundo plano. En principio, sí que se podría admitir como una solución que redujera la tramitación con entes externos. Ahora bien, desde nuestro punto de vista, no será igual que el control que puede llevar a cabo una Junta General o una Asamblea de socios en otros tipos de personas jurídicas (reiteramos la inexistencia de base asociativa característica de las fundaciones y que se quiere compensar —entre otras cuestiones— con la figura del Protectorado): los miembros de estos órganos seguirían siendo gestores de intereses ajenos, igual que los que conforman el Patronato.

Quizá se podría apostar por la fijación de tramos de cantidades que dividieran los contratos, según su cuantía, entre aquellos que, por su escasa relevancia, no necesitan de autorización previa y resulta suficiente con dar cuenta al Protectorado, y aquellos otros en los que, por el importe que representan, entran en juego más intereses y que requieren, por este motivo, de un control más estricto. Obviamente, estos parámetros deberían ser fijados en función del tamaño de la fundación porque, de otro modo, podría darse la situación de que un contrato que supusiera un riesgo irrisorio para una entidad tuviera una gran repercusión para otra.

Otra forma de atenuación del control sin renunciar a él podría ir en la línea de un aspecto apuntado por la Abogacía del Estado en su Dictamen y sobre el que volveremos: la concesión de autorizaciones para categorías de negocios jurídicos en lugar de ser necesario un otorgamiento previo puntual para cada uno de ellos. Del artículo 34 RF parece desprenderse la idea de que es preceptiva la solicitud para cada negocio jurídico que se pretenda celebrar. No obstante, acaso podría ser oportuno en ciertos supuestos y atendiendo a las circunstancias concretas —véase relaciones beneficiosas y estables de colaboración de la fundación que hagan necesaria la firma de diversos contratos con similar objeto—, permitir la realización de todos aquellos negocios jurídicos que fueran afines a aquel respecto del que se solicita una primera autorización previa. De este modo, respecto de aquellos contratos que siguieran una serie de directrices estaría asegurada la ausencia de un conflicto de intereses perjudicial para la fundación y disminuirían los posibles efectos negativos de un estricto sistema de control (en todo caso, sería necesario dar cuenta al Protectorado de los mismos).

⁶⁰ Recordamos la propuesta al respecto de R. VERDERA SERVER, «La autocontratación...», ob. cit., pp. 124-125.

Tal y como se desprende de estos últimos puntos, la cuestión de fondo que subyace a esta problemática no es otra que la tensión entre la concepción actual de la fundación desde un punto de vista dinámico, necesitado de agilidad en sintonía con el tráfico jurídico en el que se mueve, y una configuración que, en ciertos aspectos, piensa en una estructura más estática. A esto se une o, mejor dicho, contribuye, los rasgos intrínsecos de este tipo de persona jurídica tal y como está concebida en la actualidad: unos fines de interés general —y privilegios asimilados a ellos—, que justifican la necesidad de una protección; una ausencia de base personal, que hace pertinente la existencia de un órgano externo que supervise la actuación del órgano de gobierno.

III. El Dictamen: el supuesto de hecho de la contratación entre el CSIC y la FGCSIC

No podemos cerrar estas líneas sin realizar unas observaciones en relación con el supuesto de hecho que nos ocupa y partiendo de lo expuesto hasta aquí acerca de la autocontratación en sede de fundaciones. Ciertamente, no entraría dentro del ámbito de aplicación del artículo 28 LF el contrato celebrado entre el CSIC y la FGCSIC en la medida en que el primero tiene la condición de fundador pero no de patrono. Tal y como se ha apuntado en el apartado correspondiente, aunque el fundador tenga un vínculo innegable con la entidad sin ánimo de lucro, no se ve sujeto a ninguna limitación especial a la hora de llevar a cabo negocios jurídicos con la misma. El problema aparece, tal y como apunta acertadamente la Abogacía del Estado, cuando la persona que actúa en representación del CSIC por ostentar el cargo de Presidente del mismo es, a la vez, patrono de la Fundación. En este caso, entraríamos plenamente en el ámbito de aplicación subjetivo del referido artículo —respecto del ámbito objetivo hemos visto que no hay mucha controversia porque el legislador entiende incluidos dentro de la necesidad de autorización previa todos los contratos en general—. Sin embargo, aun con cautela por la ausencia de más datos, no parece que sea un supuesto de autocontratación en sentido estricto. Como se ha puesto de manifiesto, el ámbito del artículo 28 LF abarca, junto a los casos de autocontrato, otros supuestos distintos en los que los patronos contratan con la fundación, en su nombre o en el de un tercero, pero sin mediar delegación de poderes para representar a la misma. Las circunstancias del caso que se desprenden del Dictamen permiten entender que el Presidente del CSIC solo actúa en representación de esta entidad, pero no con facultades para contratar en nombre de la FGCSIC. Así, se alude a que *«en atención a los estatutos de la Fundación la competencia para formalizar convenios de colaboración recae en su Director General (art. 27.2 letra i), según apoderamiento, y*

a salvo siempre las funciones del Patronato (art. 21.2 letras i a s)». Por lo tanto, y salvo que hubiera recibido facultades para actuar en nombre de la Fundación en este caso concreto, no estamos ante un supuesto de verdadera autocontratación aunque sí ante uno sujeto a autorización previa, tal y como dispone el artículo 28 LF.

En cuanto a la conveniencia de otorgar el permiso para concluir los convenios y contratos, coincidimos con la Abogacía del Estado en la pertinencia del mismo. Estamos ante una fundación que se puede encuadrar dentro de las denominadas «fundaciones del sector público estatal» en la medida en que, al estar participada íntegramente por el Estado, cumple los requisitos del artículo 44 LF⁶¹. Entre las implicaciones de esta inclusión reseñamos, a los efectos que aquí interesan, la limitación dispuesta en el artículo 46.1.b) LF, en virtud de la cual estas fundaciones «únicamente podrán realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades del sector público estatal fundadoras, debiendo coadyuvar a la consecución de los fines de las mismas, sin que ello suponga la asunción de sus competencias propias, salvo previsión legal expresa». Tiene, pues, que desarrollar actividades vinculadas con las del órgano fundador y debe colaborar con los fines del mismo (efectivamente, la FGCSIC está encaminada al desarrollo de la investigación científica, a posibilitar y organizar iniciativas de carácter privado para desarrollar investigación en organismos públicos)⁶². A tal efecto, también es de mencionar la necesidad de justificación por parte de la Administración Pública de que la estructura fundacional sea la más adecuada para la consecución de los fines de interés general que persigue (art. 45.2 LF)⁶³. Si la FGCSIC tiene que contribuir con los fines del ente fundador, el CSIC, y, además, representa la mejor forma de estructurar esta colaboración, parecería un sinsentido que no se pudiesen celebrar contratos o convenios en

⁶¹ Artículo 44 FL: «A los efectos de esta Ley, se consideran fundaciones del sector público estatal aquellas Fundaciones en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración General del Estado, sus organismos públicos o demás entidades del sector público estatal [...]».

⁶² Acerca de esta regla especial de carácter limitativo, *vid.* J. GARCÍA-ANDRADE, «Fundaciones de la Administración Pública», en S. MUÑOZ MACHADO, M. CRUZ AMORÓS, R. DE LORENZO GARCÍA (dirs.), *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, Fundación Once y Iustel, Madrid, 2005, pp. 699 y ss.; J. M. BOQUERA OLIVER, «Comentario al artículo 46», en J. OLAVARRÍA IGLESIA (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 1014 y ss.

⁶³ Al respecto *vid.* J. M. BOQUERA OLIVER, «Comentario al artículo 46», en J. OLAVARRÍA IGLESIA (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 1008; J. L. PIÑAR MAÑAS, «El estado actual...», *ob. cit.*, p. 101; S. MUÑOZ MACHADO, «Las fundaciones del sector público y la legislación de contratos», *Anuario de Derecho de Fundaciones*, 2009, p. 157; P. MENÉNDEZ GARCÍA, «Las fundaciones del sector público», en AA.VV., *Fundaciones: Problemas actuales y reforma legal*, Fundación María Cristina Masaveu-Aranzadi, Madrid, 2011, p. 143.

este sentido entre ambas entidades. De ahí que, en opinión —que compartimos— de la Abogacía del Estado, «prohibir este tipo de negocios entre ambas [entidades, se entiende] supone, en suma, anular el fin por el que fue creada la fundación, o dificultarlo en modo notable, al no poder actuar más que de mediador con terceros para que sean éstos quienes contraten o concierten negocios con el CSIC...». Así concebido, se puede concluir que no existe el conflicto de intereses que se trata de evitar en la normativa así como que no existe una intención de retribuir encubiertamente al patrono ⁶⁴.

Este mismo razonamiento se puede aplicar para admitir la posibilidad de una autorización genérica por categoría de negocios en lugar de puntual para cada uno de ellos. Como ya hemos manifestado con anterioridad, consideramos acertada la posibilidad de esta forma de autorización que la Abogacía del Estado articula, en este caso, por la vía de no encontrar incluido en el ámbito subjetivo de aplicación del artículo 34 RF (del que parece derivarse la necesidad de autorizaciones puntuales) el supuesto de que un patrono contrate en nombre de un tercero, ante la ausencia de mención expresa al respecto:

«Mas, como se ha dicho, el referido artículo 34 se refiere a supuestos en los que el patrono contrata para sí, no para alguien a quien representa, lo que obliga a entender que en el caso sometido a consulta, en que el patrono no contrataría para sí, sino para un tercero al que representa, tal solicitud de autorización al protectorado no se rija por lo que exige el apartado 1 más que por analogía y, en consecuencia, nada obsta a que sea concedida en este supuesto una autorización general, y más atendidos los fines de la FGCSIC» (Consideración V, párr. 3.º).

Aunque entendemos que es la única vía plausible para argumentar dicha decisión a la vista de la normativa vigente (el art. 34 RF hace referencia siempre al «negocio jurídico» en singular), para nosotros la *ratio* de este precepto es regular todos los supuestos en los que sea necesario un permiso previo, esto es, todos los supuestos que entran dentro de la esfera del artículo 28 LF, incluyendo por tanto los conflictos que también pueden existir en las relaciones entre la fundación y el patrono que representa a un tercero. Por esto, no vemos la razón de fondo que justifique un tratamiento diferenciado en lo que a tramitación y tipo de autorización se refiere para estos casos. De cara a una posible extensión de la posibilidad de conceder autorizaciones por categorías de negocios, nos parece lo relevante atender a las características de los fines de la entidad y, a la vista de ellos, a las formas más efectivas para estructurar la colaboración.

⁶⁴ Se sobreentiende, asimismo, que el valor de las prestaciones es equilibrado.

IV. Recapitulaciones

Al hilo de la problemática planteada en el Dictamen de la Abogacía del Estado hemos tenido la oportunidad de profundizar en una situación que acontece con relativa frecuencia en el panorama de las fundaciones, en especial de aquellas que han sido creadas por entes públicos para colaborar en la consecución de los fines de los mismos: la autocontratación. La LF ha regulado de forma expresa este tipo de supuestos en su artículo 28 aunque, como se ha visto, no de forma totalmente coincidente con la configuración de esta institución en el Derecho civil en general: el ámbito subjetivo excede de lo que se podría considerar como autocontrato en la medida en que engloba todos los supuestos en los que los patronos —y apoderados— contraten, por sí o por tercero, con la fundación; no se excluye de la necesidad de autorización previa a ningún tipo de contrato, tampoco las liberalidades puras; no valida la situación de conflicto de intereses la autorización del representado, puesto que no es suficiente con el visto bueno del Patronato.

El legislador prevé un sistema en virtud del cual es preceptiva la autorización previa por parte del Protectorado para llevar a cabo los negocios jurídicos que caigan dentro de la esfera del artículo 28 LF, mecanismo que hemos valorado como positivo por ser el Protectorado —figura imprescindible dada la heteronomía de la fundación— el órgano mejor posicionado para evaluar la incidencia de un posible conflicto de intereses en la esfera de la fundación. Ello no es óbice, no obstante, para reconocer que es una solución que adolece de ciertas imperfecciones, más todavía si tenemos en cuenta la evolución en la que se encuentra inmersa la persona jurídica sin ánimo de lucro, concebida en la actualidad como un verdadero operador económico y necesitada, en muchos aspectos, de una regulación ágil. Sin embargo, atendiendo a los rasgos definitorios de las fundaciones y sin perjuicio de una flexibilización de la configuración del control por parte del Protectorado —tal vez diferenciando entre tramos de contratos según su volumen, tal vez mediante la posibilidad de conceder autorizaciones para categorías de contratos, seguro, en todo caso, a través de una postura abierta del órgano de la Administración respecto a este tipo de situaciones por los beneficios que pueden derivarse de ellas para la fundación— mantenemos que, con una u otra estructura, este control debe seguir existiendo como garante de que en la gestión del patrimonio de la fundación no se producen conductas desviadas en detrimento de los intereses de la misma, persona jurídica que, además, no olvidemos, tiene como objeto la consecución de fines de interés general.

La Ley Geoespacial al servicio de las fundaciones

Fernando Moreno Cea

Abogado
Socio del Bufete Mas y Calvet

Efrén Díaz Díaz

Abogado
Asociado del Bufete Mas y Calvet

SUMARIO: I. LA TRANSPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL DE LA DIRECTIVA 2007/2/CE, DE 14 DE MARZO DE 2007.—II. LA GESTIÓN DEL PATRIMONIO INMOBILIARIO DE LAS FUNDACIONES.—III. LA TECNOLOGÍA GEOESPACIAL: 1. *Los Sistemas de Información Geográfica y la Infraestructura Nacional de Información Geográfica*. 2. *Sistema Cartográfico Nacional*. 3. *Propiedad inmobiliaria y cartografía en el caso de fundaciones*.—IV. APLICACIONES JURÍDICAS EN CASOS CONCRETOS: 1. *Expediente administrativo ante el protectorado para la autorización previa relacionada con la constitución de un gravamen sobre un inmueble*: A) Circunstancias del caso y hechos. B) Gravámenes y cargas. C) Documentación e información geoespacial. D) Servicios geoespaciales. 2. *Determinación del ámbito territorial de un Plan de ordenación de un espacio natural*: A) Un problema «de escalas». B) Descripción literaria ambigua, «en las nubes». C) Descripción geoespacial en escala adecuada.—V. BASES GRÁFICAS ACTUALES DEL PATRIMONIO INMOBILIARIO EN ESPAÑA: 1. *El Registro de la Propiedad*. 2. *El Catastro Inmobiliario*.—VI. EFECTOS JURÍDICOS DE LA INFORMACIÓN GEOESPACIAL: 1. *Las consultas y las certificaciones catastrales*. 2. *La información gráfica del geoportal Inspire*.—VII. APORTACIONES DE CARÁCTER JURÍDICO EN LA ELABORACIÓN DE LA LEY 14/2010, DE 5 DE JULIO.—VIII. LA UTILIZACIÓN POR LAS FUNDACIONES DE LAS INFRAESTRUCTURAS GEOESPACIALES. CONCLUSIONES.

I. La transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2007/2/CE, de 14 de marzo de 2007

La recientemente promulgada Ley 14/2010, de 5 de julio, *sobre las Infraestructuras y Servicios de Información Geográfica en España* (LISIGE, en su acrónimo), popularmente designada como «*Ley Geoespacial*», transpone al Ordenamiento interno español la Directiva 2007/2/CE, de 14 de marzo de 2007, la cual establece una infraestructura de información espacial en la Unión Europea (Inspire, según su acrónimo en inglés), en vigor desde el 25 de abril de 2007.

La Ley Geoespacial, al realizar la transposición de la norma europea, no se ha limitado a regular la aplicación de la citada infraestructura de información

espacial al ámbito medioambiental ¹ —ámbito al que únicamente se circunscribe la competencia de la Unión Europea sobre la materia—, sino que, adoptando un enfoque transversal, ha querido ser el referente cartográfico para las infraestructuras de datos espaciales en España y para los servicios que en nuestro país se prestan a través de ellas.

Podemos concluir, en consecuencia, que esta Ley constituye un complemento adecuado de la Ley 7/1986, de 24 de enero, de Ordenación de la Cartografía, cuyo objeto es la regulación de la producción cartográfica del Estado, con respeto a la distribución de competencias de las Comunidades Autónomas, así como del resto de normas reglamentarias ².

En este sentido, el Ministerio de Economía y Hacienda fue quien llamó la atención, ya desde la elaboración del primer borrador de la Ley, acerca de la inconveniencia de circunscribir la norma exclusivamente al ámbito de las políticas de medio ambiente. Esta postura fue plenamente apoyada por el Dictamen del Consejo de Estado en el que se indicaba: «*los sistemas de información geográfica se han convertido en instrumentos esenciales para la planificación, coordinación, seguimiento y control de múltiples políticas públicas*». Y, finalmente, fue resaltada en la Exposición de Motivos de la Ley, en la cual se manifiesta expresamente que: «*Esta nueva visión de la información geográfica exige la renovación conceptual*

¹ Cfr. apartado IV.3 del Dictamen del Consejo de Estado en Pleno, en sesión celebrada el día 17 de diciembre de 2009, por unanimidad. Destaca que «*Un examen detenido de la disposición europea permite concluir que no suscita una objeción principal la decisión adoptada. En efecto, partiendo de la memoria adjuntada por la Comisión a la propuesta de Directiva Inspire, esta infraestructura se centra en el medio ambiente, pero también puede ser utilizada y hecha extensiva “a otros sectores tales como la agricultura, el transporte o la energía de forma que sus principales beneficiarios son los involucrados en la formulación, aplicación, seguimiento y evaluación de políticas medioambientales o de otro tipo”, tanto a nivel europeo, como nacional, regional o local. Esta idea pervive en la disposición comunitaria, la cual, si bien se dicta al amparo del artículo 175 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (nuevo artículo 192 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, tras la entrada en vigor de la modificación operada en Lisboa), es decir, de “las competencias comunitarias en materia de medio ambiente”, reconoce que los problemas de disponibilidad, calidad, organización, accesibilidad y puesta en común de información espacial a los que se intenta hacer frente “son comunes a un gran número de políticas y de temáticas” (Considerando Tercero). Por este motivo, la delimitación de los conjuntos de datos espaciales a los que se aplica la Directiva 2007/21/CE (artículo 4) no se rige exclusivamente por criterios medioambientales, sino que abarca información de muy distinta índole, como se desprende de la lectura de los anexos. En definitiva, no violenta el espíritu de la disposición europea el hecho de que el legislador español renuncie a vincular exclusivamente a las políticas de medio ambiente las infraestructuras de información geográfica, en la medida en que ello no perjudica su aplicación a tales políticas*».

² Principalmente, el Real Decreto 1545/2007, de 23 de noviembre, por el que se regula el Sistema Cartográfico Nacional, y la Orden FOM/956/2008, de 31 de marzo, por la que se aprueba la política de difusión pública de la información geográfica generada por la Dirección General del Instituto Geográfico Nacional. Ambas normas, a pesar de su publicación previa a la LISIGE, son compatibles y armónicas con dicha Ley y con las finalidades que ella pretende.

de la norma básica sobre cartografía en el Estado español: la Ley 7/1986, de 24 de enero, de Ordenación de la Cartografía, cuyo desarrollo reglamentario de 2007, íntimamente ligado a la producción comunitaria de la Directiva Inspire, suponía un avance considerable en la misma línea, pero limitado por su rango normativo y por el marco habilitado por la propia Ley. Así, esta nueva ley amplía ese marco y, combinada con la anterior, promueve una mejor organización de los servicios públicos de información geográfica y cartografía, sobre los principios básicos de cooperación entre Administraciones y de coordinación en el ejercicio de sus respectivos cometidos en este ámbito».

Pero la gran novedad que la *Ley Geoespacial* ha aportado a todos los operadores jurídicos —no sólo a los que trabajan en el ámbito de las Administraciones Públicas—, debido especialmente a su ya indicada complementariedad respecto de la Ley de Ordenación de la Cartografía, ha sido la posibilidad que ha abierto de utilizar las aplicaciones geoespaciales en el ámbito jurídico: expedientes administrativos, procedimientos judiciales, y otros actos y negocios jurídicos de carácter privado.

En este sentido, su Exposición de Motivos indica que *«el desarrollo de las infraestructuras de información geográfica requiere ajustarse a protocolos y especificaciones normalizadas, de manera que las actuaciones llevadas a cabo por cualquier agente se integren en un ámbito más extenso, tanto temático como territorial, con pleno reconocimiento ante terceros interesados y con efectos jurídicos y técnicos de conformidad con la normativa aplicable».*

Y en su artículo 1 establece con claridad que *«3. La Infraestructura de Información Geográfica de España se basará en las infraestructuras y servicios interoperables de información geográfica de las Administraciones y organismos del sector público de España, debiendo asegurar el acceso a los nodos de las infraestructuras de información geográfica establecidas por las Administraciones autonómicas, así como la interoperación entre todos ellos a los efectos de la Directiva 2007/2/CE. Podrá incorporar infraestructuras y servicios interoperables de información geográfica de otras instituciones, entidades o particulares que así lo soliciten. 4. La Infraestructura de Información Geográfica de España y el conjunto de infraestructuras y servicios interoperables de información geográfica que formen parte de ella deberán cumplir los principios generales que establece el artículo 4 de la ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos».*

Está claro que las fundaciones, en cuanto entidades que normalmente cuentan en su patrimonio con inmuebles, resultan directamente favorecidas y beneficiarias de la aplicación con efectos jurídicos de estas innovaciones tecnológicas. No olvidemos que es una experiencia común y recurrente la discordancia que en muchos casos se da entre la realidad física de los inmuebles y la correspondiente inscripción registral o catastral. Lo cual puede resultar, en

ocasiones, perjudicial para el interés económico y jurídico de todos los implicados en una determinada relación jurídica: compraventas, relaciones de medianería, expropiaciones administrativas forzosas, reanudación del tracto sucesivo registral, declaraciones de obra nueva, divisiones horizontales de inmuebles, etc.

Con la nueva normativa, la información gráfica y descriptiva disponible ya contribuye decisivamente a clarificar en sede administrativa, procesal o civil, la concreta situación de toda clase de inmuebles, incluso de obras longitudinales como carreteras, líneas ferroviarias, gasoductos, etc., y a ofrecer pruebas fehacientes frente a terceros de sus circunstancias inmobiliarias geoespaciales³.

Desde nuestra experiencia administrativa y judicial, podemos manifestar que la aportación de una específica y adecuada información gráfica y geoespacial nos ha permitido resolver favorablemente asuntos de notable complejidad, lo cual no hubiese sido posible sin la asistencia de dicha información. Estos casos comprenden desde la concreción del trazado de líneas eléctricas, con su consiguiente servidumbre de paso sobre subsuelo y en vuelo, hasta la determinación de los terrenos a expropiar con ocasión de obras públicas, pasando por la delimitación de la superficie exacta de una finca registral o la reanudación del tracto sucesivo de titularidad registral de inmuebles y la declaración de titularidad o alteración catastral.

El presente trabajo tiene como objeto precisamente dar a conocer, principalmente a los patronos y operadores jurídicos relacionados con fundaciones propietarias o titulares de derechos reales sobre inmuebles, las numerosas y amplias posibilidades que ya les ofrece la *Ley Geoespacial* en la resolución de

³ En algunos ordenamientos jurídicos como el británico y, curiosamente, algunos anglosajones persisten atisbos del *Sistema Fundiario o Superficial*, que afirma el *principio de la extensión ilimitada del dominio*. Este sistema hunde sus raíces en la célebre fórmula de CINO DE PISTOIA: «*a qui dominus est soli, dominus usque ad coelum ad sidera, usque ad centrum ad inferos est*» («el que solo es propietario, es propietario en la dirección del cielo, hasta el espacio sideral; en la dirección hacia el centro de la tierra, hasta el infierno»), para definir gráficamente la extensión vertical indefinida de la propiedad, atribuyendo el dominio del subsuelo y del vuelo al dueño del fundo donde se halla, por lo que también se denomina *sistema de la accesión*. Es el sistema que rigió hasta épocas tardías en el Derecho Romano, incidiendo históricamente en numerosas legislaciones, y es el sistema hoy vigente en el Derecho Anglosajón.

En el ámbito de las Fundaciones no han de omitirse las denominadas «*limitaciones administrativas*», normalmente en forma de servidumbres o prestaciones obligatorias *in natura* en favor de la Administración (expropiación forzosa; requisas; ocupaciones temporales y transferencias coactivas), puesto que en ocasiones comportan *de facto* privación de la propiedad privada, a excepción de posibles pero habituales expropiaciones previas o expropiaciones legales, como por ejemplo en el supuesto de hidrocarburos, navegación aérea, régimen minero, energía eléctrica, etc.

determinados problemas que afecten, entre otros casos, a la determinación de su correcta situación geográfica, de la más adecuada gestión patrimonial, o de su delimitación superficiaria, a la vez que pondremos de manifiesto algunas de las aportaciones que desde el Bufete Mas y Calvet se hicieron durante el proceso de elaboración y aprobación de la Ley 14/2010 como ponentes de algunas enmiendas legislativas de adición y modificación para la más precisa y completa transposición de la Directiva 2007/2/CE (Inspire).

II. La gestión del patrimonio inmobiliario de las fundaciones

La Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones, dispone en su artículo 20 que *«la fundación deberá figurar como titular de todos los bienes y derechos integrantes de su patrimonio, que deberán constar en su inventario anual»*. Y que, con este fin, *«los órganos de gobierno promoverán, bajo su responsabilidad, la inscripción a nombre de la fundación de los bienes y derechos que integran el patrimonio de ésta, en los Registros públicos correspondientes»*.

En este sentido, en el artículo 17 de dicha norma se establece que estos órganos de gobierno *«deberán desempeñar el cargo con la diligencia de un representante leal (y) responderán solidariamente frente a la fundación de los daños y perjuicios que causen por actos contrarios a la Ley o a los Estatutos, o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo»*. Por tanto, reviste gran importancia para quienes ejercen el cargo de patrono, así como para quienes tienen otorgados a su favor poderes con facultades de gestión ordinaria de una fundación, todo lo concerniente a la defensa de los derechos relacionados con el patrimonio inmobiliario de estas entidades y, principalmente, velar por su correcta identificación e inscripción, tanto registral como catastral, así como procurar su salvaguarda ante los Tribunales y Administraciones Públicas mediante el reflejo gráfico de su auténtica realidad física.

En España existen muchas fundaciones —principalmente las constituidas en el siglo XIX y principios del XX al amparo de la Ley General de Beneficencia de 1849⁴— que son titulares de un importante patrimonio inmobiliario. Bien porque dichos inmuebles constituyen —o, en algunos casos, constituyeron— la sede de sus actividades (tales como colegios, hospitales, albergues y

⁴ Ley General de Beneficencia promulgada el 20 de junio de 1849. El apartado III.1 del Preámbulo de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, señala que *«La vieja Ley de 20 de junio de 1849, General de Beneficencia, sin duda una de las disposiciones más antiguas de las que todavía se encuentran formalmente en vigor en el ordenamiento español. Constituye el punto de partida de la regulación sobre las fundaciones»*.

residencias para diversos colectivos, etc.), bien porque son la fuente que les proporciona los rendimientos económicos necesarios para su realización. Es este el caso, por ejemplo, de las fundaciones que fueron dotadas por sus fundadores con un patrimonio compuesto por fincas rústicas o urbanas y que las tienen arrendadas a terceros. A esta circunstancia, llamémosle histórica, se une la de las fundaciones recientemente constituidas al amparo de la normativa vigente que, como consecuencia de sus actividades de *fund raising*, reciben, tanto vía donación, como vía herencia, diferentes clases de inmuebles o de derechos reales sobre ellos: usufructo, superficie, etc. Está claro que para todas las fundaciones y entidades similares es de especial importancia todo lo relacionado con el ejercicio y defensa de sus derechos patrimoniales respecto de estos bienes.

Esta problemática puede ponerse de manifiesto con ocasión tanto de relaciones de carácter civil establecidas con terceros, como de carácter administrativo respecto de las Administraciones Públicas, especialmente los protectores. Por ejemplo, en el caso de los derechos reales que recaen sobre los inmuebles, como el derecho de propiedad y sus facultades inherentes, cuando se trata de determinar la medición correcta de su cabida en el supuesto de ser impugnada por el propietario del inmueble contiguo. O cuando, como consecuencia de una nueva revisión catastral, se advierte que la correspondiente inscripción registral es incorrecta en cuanto a su situación geográfica, área superficial, linderos o gravámenes establecidos, como las no aparentes o intangibles cargas medioambientales o servidumbres aeronáuticas.

También podemos encontrarnos con problemas derivados de la existencia de servidumbres (de paso, de luces, acueducto, etc.) establecidas desde tiempo inmemorial, pero de las que se carece de los correspondientes títulos o planos de situación. En definitiva, es esta una circunstancia que afecta a todo inmueble desde su aparición en el tráfico jurídico como entidad autónoma⁵ (inma-

⁵ Señala LACRUZ que en nuestro Derecho no cabe hablar de que exista un verdadero «principio de inscripción», pues, a diferencia de lo que existe en el Derecho Alemán, en el nuestro la inscripción no es por regla general requisito para que se produzca un cambio por negocio jurídico en los derechos reales inmobiliarios. La importancia de esta cuestión ha conducido a la Doctrina científica más autorizada a formular más que un contenido preciso de dicho principio, los pilares esenciales del Derecho Inmobiliario sobre la base de a) la voluntariedad u obligatoriedad de la inscripción, y de b) la relación entre la tradición y el Registro.

En la práctica, el artículo 313.1.º de la Ley Hipotecaria prescribe que «Los Juzgados y Tribunales ordinarios y especiales, los Consejos y las Oficinas del Estado [la Administración Pública] no admitirán ningún documento o escritura de que no se haya tomado razón en el Registro por los cuales se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen, o extingan derechos reales sujetos a inscripción, si el objeto de la presentación fuere hacer efectivo, en perjuicio de tercero, un derecho que debió ser inscrito. Si tales derechos hubieran tenido ya acceso al Registro, la inadmisión procederá cualquiera que sea la persona contra quien se pretenda hacerla valer ante los Tribunales, Consejos y Oficinas expresados».

triculación registral de fincas, declaraciones de obra nueva, etc.) y que lo acompaña en toda clase de operaciones que sobre él puedan realizarse: compraventas, constitución de derechos reales, cambio de clasificación urbanística, expropiaciones forzosas, afecciones medioambientales, etc.

Todo ello adquiere especial importancia cuando se trata de la incoación de expedientes administrativos ante el protectorado y relacionados con operaciones relativas a inmuebles. En este sentido recordamos que, en cuanto a la enajenación y gravamen de los bienes y derechos de las fundaciones, en el artículo 21 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, se dispone: «1. *La enajenación, onerosa o gratuita, así como el gravamen de los bienes y derechos que formen parte de la dotación, o estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, requerirán la previa autorización del Protectorado, que se concederá si existe justa causa debidamente acreditada. (...) 3. Los restantes actos de disposición de aquellos bienes y derechos fundacionales distintos de los que forman parte de la dotación o estén vinculados directamente al cumplimiento de los fines fundacionales, incluida la transacción o compromiso, y de gravamen de bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes de interés cultural, así como aquéllos cuyo importe, con independencia de su objeto, sea superior al 20% del activo de la fundación que resulte del último balance aprobado, deberán ser comunicados por el Patronato al Protectorado en el plazo máximo de treinta días hábiles siguientes a su realización».*

Entre la documentación que es preciso aportar en los expedientes de autorización previa o de posterior comunicación, y que viene regulada en el artículo 18 del Reglamento de fundaciones de competencia estatal, aprobado por el Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, figura una Memoria acreditativa de las características del bien objeto del expediente y una tasación del mismo. Está claro que para poder cumplir con estos dos requisitos será preciso que las fundaciones cuenten con la documentación adecuada (título de propiedad, referencia catastral, planos de situación o estructurales, etc.), sin la cual los peritos no podrán realizar sus tasaciones, ni el protectorado podrá resolver los correspondientes expedientes.

La misma situación se puede presentar en el caso de la aceptación de legados con cargas o de donaciones onerosas o remuneratorias, así como en la repudiación de herencias, donaciones o legados sin cargas en las que figuren inmuebles, todos ellos actos que, según se establece en el artículo 22 de la Ley, tienen que ser comunicados por los patronatos de las fundaciones al correspondiente protectorado en el plazo máximo de los diez días hábiles siguientes a su realización.

Para resolver las diversas problemáticas que puedan suscitarse con ocasión de todas las relaciones jurídicas anteriormente expuestas, a partir de ahora

constituyen una eficaz ayuda —que puede llegar a ser determinante en algunos casos— las herramientas puestas a nuestra disposición por la *Ley Geoespacial* que a continuación pasamos a exponer.

III. La tecnología geoespacial

La tecnología geoespacial incluye una gama amplia de aplicaciones informáticas⁶ y telemáticas, tales como las imágenes satélite y sistemas de ortofotografía aérea, mapas, servicios web (WMS), la información geográfica (SIG), servicios basados en la geolocalización (LBS), identificación por radio frecuencia⁷ (RFID) y el sistema de posicionamiento global (GPS). Y comprende datos espaciales, aplicaciones de software y de hardware, así como toda clase de servicios geográficos que se están introduciendo en Internet y, más recientemente, en las aplicaciones para «computación en la nube» (*Cloud Computing*)⁸, de mayor alcance internacional y sofisticada arquitectura tecnológica. Por todo ello, esta emergente tecnología se está convirtiendo en una eficaz herramienta de visualización y en un medio sensible de gestión, tanto en el sector público como en el privado.

Por otra parte, los denominados datos espaciales están constituidos por toda clase de información que, de forma directa o indirecta, hagan referencia a una localización o zona geográfica específica⁹. Por la abundancia de información que pueden ofrecer, la geoinformación y los servicios espaciales comienzan a emplearse para muy diversos fines¹⁰, tales como la seguridad nacional, el cambio climático, el conocimiento del territorio, la gestión de catástrofes na-

⁶ Artículo 3.4 de la Directiva 2007/2/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo de 2007, por la que se establece una infraestructura de información espacial en la Comunidad Europea (Inspire).

⁷ Guía sobre «seguridad y privacidad de la tecnología RFID» del Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (INTECO) y la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), ante la proliferación de estos sistemas en elementos de la vida cotidiana de los ciudadanos. Mayo 2010. Depósito Legal: LE-938-2010.

⁸ B. NAVARRO (Directora Europea de Políticas Públicas y Asuntos Institucionales de Google España y Portugal), *¿Dónde están mis datos?* Jornada sobre «*Cloud computing* y privacidad de los menores en la red». Fundación Solventia. Madrid, 14 de junio de 2010.

⁹ Artículo 3.2 de la Directiva 2007/2/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo de 2007, por la que se establece una infraestructura de información espacial en la Comunidad Europea (Inspire). Artículo 3.1.b) de la Ley 14/2010, de 5 de julio, sobre las infraestructuras y los servicios de información geográfica en España.

¹⁰ Un estudio más amplio de los aspectos jurídicos de la LISIGE se encuentra en E. DÍAZ DÍAZ, *Visión jurídica sobre la nueva ley de las infraestructuras y los servicios de información geográfica en España* (LISIGE). <http://blog-idee.blogspot.com/2010/08/vision-juridica-sobre-la-nueva-ley-de.html>.

turales, el establecimiento de redes sociales y de dispositivos móviles de navegación por satélite, etc.

No hay que olvidar al respecto que el hombre, desde la más remota antigüedad, ha pretendido siempre utilizar el conocimiento geográfico y cartográfico en su provecho, bien sea para la obtención de riquezas, bien para la conquista de nuevas tierras o de su defensa. Actualmente, se busca más bien reunir, organizar, consultar, analizar, tomar decisiones y explotar desde una perspectiva pragmática y dinámica la geoinformación pública disponible con el empleo especializado y concreto de los datos espaciales que representan pero no suplantando la realidad.

Sin duda, la computación en la nube ha aportado nuevos avances tecnológicos con una capacidad de almacenamiento sin precedentes. Además, recientemente se ha producido un vertiginoso aumento en el número de teléfonos móviles equipados con recursos GPS y otros dispositivos de pequeña pantalla, junto con la ampliación de la demanda y la ubicación de las aplicaciones basadas en dispositivos móviles y *smart phones*¹¹. La puesta en funcionamiento de *Google Earth* en 2005¹², junto a otros servicios de cartografía en la web, ha contribuido decisivamente al desarrollo de una amplia gama de tecnologías, que son utilizadas en todo el mundo para acceder y disponer de toda clase de información de carácter geoespacial.

Por todo ello, las infraestructuras de la sociedad de la información y del conocimiento cobran especial interés para compartir y utilizar la información geoespacial existente, de forma que pueda estar en disposición de ser utilizada, entre otros ámbitos, en el jurídico¹³.

¹¹ Dictamen 13/2011, de 16 de mayo de 2011, de las Autoridades Europeas de Protección de Datos (Grupo de Trabajo del Artículo 29), *sobre la incidencia y los riesgos para la privacidad de los «Servicios de Geolocalización en dispositivos móviles inteligentes»* (881/11/EN, WP 185): http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2011/wp185_en.pdf.

¹² M. MARKS (Google Developer Program), *Going Mobile with Google Geo APIs*. Geo-Web 2010, Vancouver, Canadá, julio de 2010.

¹³ Cfr. *El Catastro como parte de las Infraestructuras de Datos Espaciales Europeas*, Conferencia de la Dirección General del Catastro titulada «Los Catastros Latinoamericanos en Internet», Lisboa, 29-30 de noviembre de 2007. M. ECHEVERRÍA MARTÍNEZ, *Presentación sobre Tecnologías de la Información Espacial aplicadas a la Gestión de Expedientes. El caso de la Gestión del Dominio Público Hidráulico*, Ministerio de Medio Ambiente. Octubre de 2002. A. JUEZ PÉREZ, *Seguridad Jurídica en la Información Territorial*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Presentación en las reuniones de los Grupos de Trabajo de la IDEE, Palma de Mallorca, 12-13 de junio de 2008. F. SERRANO MARTÍNEZ, Subdirector General de Estudios y Sistemas de Información de la Dirección General del Catastro. *Marco de colaboración y nuevos formatos de intercambio*. Octubre de 2006.

1. *Los Sistemas de Información Geográfica y la Infraestructura Nacional de Información Geográfica*

En este aspecto, y en lo que concierne a la actividad de los operadores jurídicos que realizan trabajos relacionados con propiedades inmobiliarias, se ha visto notablemente mejorada por la puesta en práctica de los «Sistemas de Información Geográfica» (SIG o GIS, en su acrónimo inglés). Se trata de la integración organizada de hardware, software, datos geográficos y recursos humanos, diseñado para capturar, almacenar, manipular, analizar y desplegar en todas sus formas la información geográficamente referenciada, con el fin de resolver problemas complejos de planificación y gestión, diseño y organización. Puede definirse como un modelo de una parte de la realidad referido a un sistema de coordenadas terrestre e incluso oceanográfico, y construido para satisfacer unas necesidades concretas de información espacial.

Un SIG permite mostrar la información en capas temáticas para realizar complejos análisis multicriterio, y funciona como una base de datos con información geográfica (datos alfanuméricos y «metadatos») que se encuentra asociada por un identificador común a los objetos gráficos de un mapa digital. De esta forma, señalando un objeto se conocen sus características e, inversamente, preguntando por un registro de la base de datos se puede conocer su localización en la cartografía.

En palabras llanas, la «imagen digital» de un mapa u otro dato o conjunto de datos geoespaciales es mucho más que su primera apariencia. El soporte digital permite la búsqueda de conjuntos de datos espaciales y servicios asociados basados en el contenido de metadatos. Además hace posible la visualización, para mostrar, navegar, acercarse o alejarse mediante zoom, moverse o para la superposición visual de los conjuntos de datos espaciales, junto con los signos convencionales y metadatos. El formato electrónico posibilita la descarga, para obtener en equipos o dispositivos locales copias de conjuntos de datos espaciales, o partes de ellos, y, en su caso, acceder directamente a ellos. Finalmente, los datos geoespaciales digitales favorecen la transformación, para disponer y modificar los datos espaciales en orden a su interoperabilidad, así como el acceso directo a los servicios de datos espaciales ¹⁴.

Entre otras, la razón fundamental para utilizar un SIG u otras herramientas geográficas es la gestión adecuada, eficiente y operativa de información espa-

¹⁴ A. F. RODRÍGUEZ PASCUAL, Área de Infraestructura de Información Gráfica, Instituto Geográfico Nacional, *Nuevos servicios y recursos en la IDEE*, Presentación en las reuniones de los Grupos de Trabajo de la IDEE, Madrid, 14 de febrero de 2008.

cial. El sistema y su arquitectura permite separar la información en diferentes capas temáticas y las almacena independientemente, permitiendo trabajar con ellas de manera rápida y sencilla, y facilitando al usuario, ciudadano o profesional la posibilidad de interrelacionar la información existente a través de la topología de los objetos, con el fin de generar otra nueva que no podríamos obtener de otro modo.

En un SIG las relaciones espaciales se establecen entre los diferentes elementos gráficos (topología de nodo/punto, topología de red/arco/línea, topología de polígono) y su posición en el mapa (proximidad, inclusión, conectividad y vecindad). Estas relaciones, que para el ser humano pueden ser obvias a simple vista, el software debe establecerlas mediante un lenguaje y unas reglas de geometría matemática. La capacidad de crear topología es lo que diferencia a un SIG de otros sistemas de gestión de la información.

2. Sistema Cartográfico Nacional

Estas nuevas herramientas, basadas hasta ahora en los SIG, han encontrado su acomodo legal en el artículo 26 del Real Decreto 1545/2007, de 23 de noviembre, regulador del Sistema Cartográfico Nacional, el cual dispone que *«Se entiende por Infraestructura Nacional de Información Geográfica el conjunto de Infraestructuras de Datos Espaciales que contiene toda la información geográfica oficial disponible sobre el territorio nacional, el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental y la zona económica exclusiva. A efectos de este Real Decreto, tendrán la consideración de Infraestructura de Datos Espaciales aquellas estructuras virtuales integradas por datos georreferenciados distribuidos en diferentes sistemas de información geográfica, accesibles vía Internet con un mínimo de protocolos y especificaciones normalizadas que, además de los datos y sus descripciones (metadatos), incluyan las tecnologías de búsqueda y acceso a dichos datos, las normas para su producción, gestión y difusión, así como los acuerdos entre sus productores y entre éstos y los usuarios»*.

Además, el artículo 1.3 de la LISIGE confirma y amplía este criterio, pues determina que *«La Infraestructura de Información Geográfica de España se basará en las infraestructuras y servicios interoperables de información geográfica de las Administraciones y organismos del sector público de España, debiendo asegurar el acceso a los nodos de las infraestructuras de información geográfica establecidas por las Administraciones autonómicas, así como la interoperación entre todos ellos a los efectos de la Directiva 2007/2/CE. Podrá incorporar infraestructuras y servicios interoperables de información geográfica de otras instituciones, entidades o particulares que así lo soliciten»*. Esta última referencia a *«otras instituciones, entidades o particulares que así lo solici-*

ten» fue objeto de una de las enmiendas de adición formuladas por el Bufete Mas y Calvet en el seno de la tramitación legislativa ¹⁵.

3. *Propiedad inmobiliaria y cartografía en el caso de fundaciones*

En el caso de la propiedad inmobiliaria, las Infraestructuras de Datos Espaciales resultan de gran utilidad al permitir superponer capas temáticas y, mediante transparencia, trasfudir la información de múltiples capas. Así, además de confirmar que los datos o metadatos sean correctos, se logra detectar los posibles errores de identificación, localización, medición o posición.

Nuestra experiencia nos permite concluir, como ya se ha adelantado, que asistimos a un importante cambio de paradigma. Las tecnologías de la información y su sofisticada arquitectura no solo no han de ser ajenas a los patronos y gestores de fundaciones, sino que cualquier operador jurídico habría de ser consciente de la relevancia de la propia información geoespacial de inmuebles radicados en lugares con sus peculiares características técnicas, medioambientales, urbanísticas, etc., pero también singulares condicionamientos jurídicos.

Las fundaciones propietarias o titulares de derechos reales sobre bienes inmuebles u otros elementos patrimoniales ya pueden reunir, organizar, consultar, analizar, tomar decisiones y explotar desde una perspectiva pragmática y dinámica la geoinformación pública y disponible. Así, la configuración técnica de los diversos programas informáticos que tanto asusta a los no expertos deja de ser relevante por compleja, limitada y en ocasiones difícilmente accesible. Lo importante y sustancial ahora es concentrarse en la representación cartográfica del espacio, con el empleo especializado y concreto de los datos espaciales que representan *pero no suplantando* la realidad.

¹⁵ Vid. *Enmiendas y consideraciones al «Borrador 20081020»*, de 9 de diciembre de 2008, apartado 1.5. Preámbulo, párrafo undécimo, *in fine*. De adición. «La especificación “Sin embargo, bajo ciertas condiciones, puede aplicarse también a la información geográfica en poder de personas físicas o jurídicas diferentes de las Administraciones y organismos del sector público, siempre que tales personas así lo soliciten” podría incluir expresamente a usuarios y agentes jurídicos destinatarios de la información geográfica, ampliando no tanto el ámbito de aplicación como los efectos de dicha aplicación, con el fin de facilitar un mayor reconocimiento de tal información y cualificar su aplicación por tales agentes mediante *convenios de colaboración*: “Sin embargo, bajo ciertas condiciones, puede aplicarse también a la información geográfica en poder de personas físicas o jurídicas diferentes de las Administraciones y organismos del sector público, especialmente los agentes jurídicos y periciales, siempre que tales personas así lo soliciten o suscriban el oportuno convenio de colaboración”». *Fundamento*: otorgar a la información geográfica empleada o a disposición de Peritos y Abogados, o agentes técnico-jurídicos similares, el reconocimiento oportuno para su empleo cualificado, como *prueba iuris tantum*, en defecto de información mejor o más cualificada, y facilitar mediante convenios de colaboración la efectiva compatibilidad y utilización transfronteriza de la información geográfica.

Este nuevo modo de trabajar posibilita a los órganos de gobierno el más adecuado control de los bienes inmuebles de titularidad de la fundación, el preciso conocimiento de sus peculiaridades técnico-jurídicas, la adopción de medidas adecuadas tendentes a su conservación, mejora, protección, renovación y rehabilitación, así como su mejor y más eficiente gestión patrimonial, fiscal, civil e incluso administrativa.

Baste, como ejemplo, la siguiente imagen, en el caso de un Plan General de Ordenación Urbana, que no llegó a ejecutarse según el planeamiento urbanístico, causando numerosos problemas de orden registral, catastral, administrativo y civil:

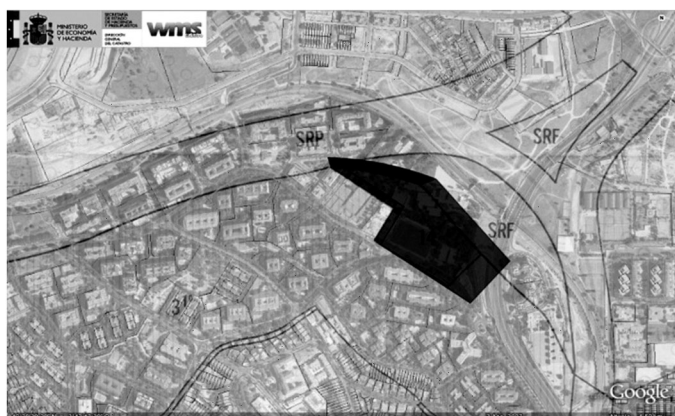


Fig. 1. *Detalle de la superposición de un PGOU sobre el WMS D.G. Catastro en Google Earth.*

Para la geografía, la geología, la topografía, la biología y demás ciencias que hacen uso de la información geográfica, incluida la arquitectura y el derecho en los ámbitos que le son propios, los SIG y las Infraestructuras de Datos Espaciales constituyen una verdadera revolución para el conocimiento de los elementos y fenómenos que tienen lugar en la superficie terrestre e incluso oceanográfica, especialmente con la superposición de las cartografías temáticas de diverso orden, como la catastral, de planeamiento urbanístico, hidrología, geología, topografía, callejero, espacios protegidos, reservas de biosfera, etc.

Los aspectos espaciales y otros elementos de información gráfica de la realidad resultan necesarios en la tramitación de diferentes expedientes jurídicos sobre inmuebles, y según nuestra experiencia permiten descubrir relevantes coincidencias, duplicidades, reiteraciones, etc., incluso entre cuestiones no di-

rectamente relacionadas, difícilmente detectables de otra manera, especialmente al disponer de referencias registrales y catastrales actualizadas o en las tres dimensiones del espacio, cobrando notable importancia la dimensión de la altura («coordenada Z»).

En definitiva, la realidad y su representación gráfica facilitan y simplifican el análisis espacial en los ámbitos jurídicos, pero con incuestionable valor añadido, y con un relevante incremento de la seguridad jurídica. Para comprender mejor la trascendencia técnica y jurídica del Derecho Geoespacial y sus innumerables aplicaciones, baste comparar como ejemplo un auditorio ¹⁶ situado junto al mar, y con una forma singular, enclavado en una zona con riesgo de inundación:

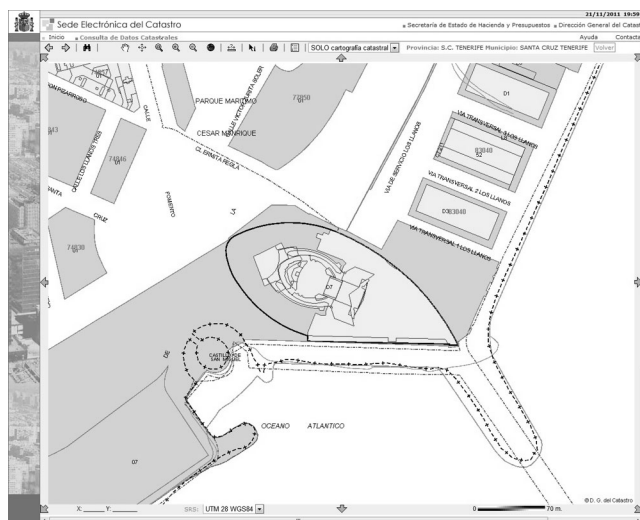


Fig. 2. Descripción catastral gráfica y descriptiva. Sede Electrónica del Catastro.

¹⁶ Cfr. Auditorio de Tenerife (desde el 28 de enero de 2011, Auditorio de Tenerife «Adán Martín»), obra del arquitecto Santiago Calatrava Valls. El edificio se levanta sobre una parcela de 23.000 m² de la que el auditorio ocupa 6.471 m².



Fig. 3. Descripción catastral gráfica y descriptiva sobre Ortofoto PNOA. Sede Electrónica del Catastro.

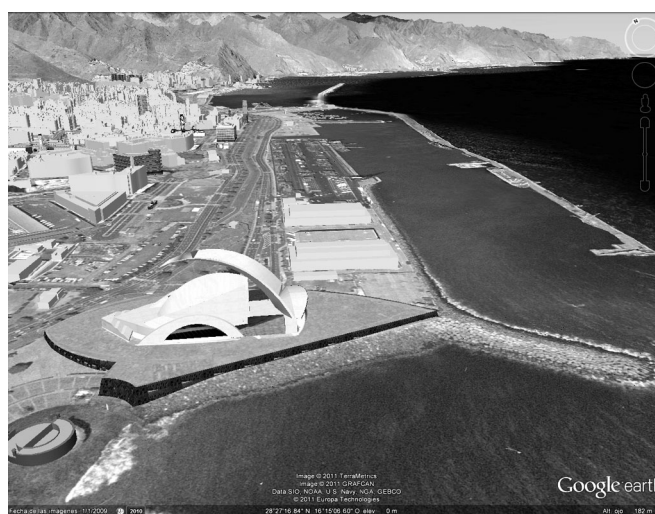


Fig. 4. Visualización del conjunto de edificios 3D en Google Earth.

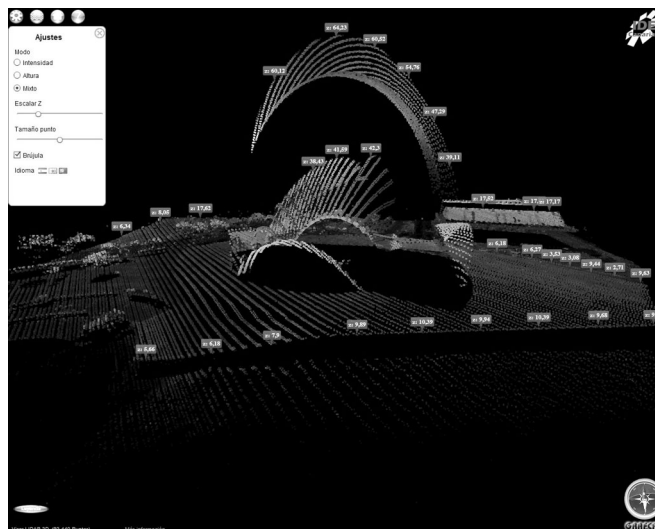


Fig. 5. Visualización LIDAR («Nube de puntos») del Auditorio, con acotación de alturas.

IV. Aplicaciones jurídicas en casos concretos

Los expedientes jurídicos, aun siendo de diversa naturaleza, privados y públicos, administrativos, extrajudiciales o judiciales, tienen en común el establecimiento de hechos, datos, obligaciones, etc., precisos. Así, constituye un elemento esencial en ellos la documentación que con este fin aportan las partes intervinientes o, en caso de discusión y litigio, las pruebas que los interesados alegan para definir sus obligaciones y derechos, o bien sostener su propio criterio técnico-jurídico y pericial. En este sentido, tanto en vía judicial, como extrajudicial, la información geoespacial contribuye decisivamente a clarificar las cuestiones de toda clase que se puedan suscitar sobre la situación y delimitación de los bienes inmuebles, y constituye un eficaz medio de prueba frente a terceros, especialmente cuando además se trate de inmuebles pertenecientes o de titularidad de fundaciones.

Como ya se ha indicado en este estudio, la aportación de una correcta información geoespacial, normalmente gráfica y descriptiva, nos ha permitido en nuestra actuación profesional la pronta y favorable resolución de asuntos de notable complejidad, cuyo desenvolvimiento no habría llegado a ser *tan sencillo* para las partes involucradas sin haber recurrido a medios e instrumentos geoespaciales. Algunos casos se han referido a inmuebles pertenecientes a fundaciones que, o bien estaban afectos a un expediente administrativo, o bien

eran el objeto de un expediente promovido por la fundación ante el protectorado. Pasamos a exponer a continuación, como botón de muestra, dos casos concretos muy significativos.

1. Expediente administrativo ante el protectorado para la autorización previa relacionada con la constitución de un gravamen sobre un inmueble

A) Circunstancias del caso y hechos

Se trataba de la cesión a una empresa eléctrica de unos bienes dotacionales consistentes en una línea de tendido eléctrico junto con una caseta conteniendo un transformador, que daba servicio a unos edificios situados en un inmueble en el que dicha fundación realizaba algunas de sus actividades. La citada línea se componía, a su vez, de un «apoyo de entronque» y de la propia línea de alta tensión.

La cesión tenía como objeto liberar a la fundación de la carga económica que para ella suponía el mantenimiento de la línea de tendido eléctrico, a la par que asegurarse una mejora sustancial en su mantenimiento, al tiempo de dotar a las instalaciones accesorias (especialmente un transformador) de la calidad y seguridad que una empresa como la cesionaria podía alcanzar y salvaguardar.

B) Gravámenes y cargas

Como consecuencia de la cesión de dichas instalaciones, se daba lugar a la constitución de dos servidumbres que, desde ese momento, pasarían a gravar el inmueble propiedad de la fundación, a saber: a) una servidumbre legal de paso aéreo de energía eléctrica, y b) otra servidumbre legal de paso con objeto de permitir el acceso de los operarios de la compañía eléctrica a la línea de alta tensión para su mantenimiento, inspección o reparación. Hay que tener en cuenta que la primera lleva consigo, además del vuelo sobre el predio sirviente, el establecimiento de postes, torres o apoyos fijos para la sustentación de los cables conductores de energía ¹⁷.

Aunque los bienes objeto de cesión figuraban correctamente inscritos en el Registro de la propiedad a favor de la fundación, surgieron diversos problemas de identificación material y geoespacial referentes a la formalización del contrato de cesión y el establecimiento de las dos servidumbres legales. Esta

¹⁷ Cfr. artículo 56 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico.

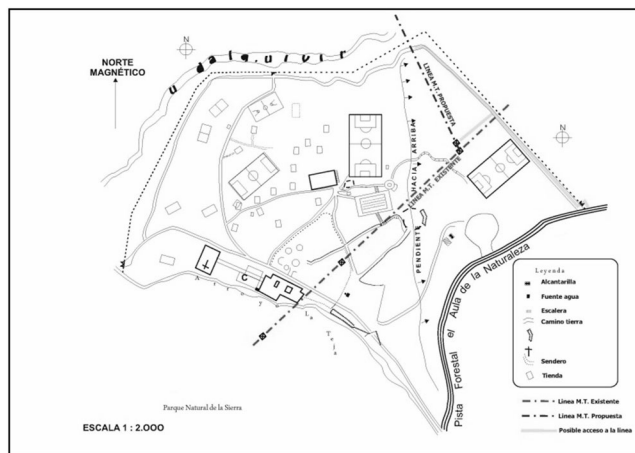
problemática afectaba, asimismo, a otras parcelas colindantes sobre las que también discurría la misma línea eléctrica. Finalmente, se añadían las dificultades propiamente derivadas de la normativa sobre fundaciones y, concretamente, las relativas a la documentación justificativa que había que aportar en el expediente de solicitud de autorización previa al protectorado por tratarse de una enajenación y constitución de gravámenes sobre bienes dotacionales.

El artículo 18.1.b) del RD 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal, exige entre el contenido de la solicitud de autorización y de la comunicación una *«memoria acreditativa de las características del bien o derecho objeto del acuerdo y de los elementos y condiciones del negocio jurídico, con exposición de las razones en que se fundamenta e indicación del destino del importe»*.

C) *Documentación e información geoespacial*

En cumplimiento del artículo 18.1.b) del RD 1337/2005, decidimos que la memoria fuera elaborada con información geoespacial, con el fin de documentar adecuadamente a) las características de los bienes, con clara referencia a los objetos específicos de la cesión (la *línea de tendido eléctrico*, elemento incluido en la dotación patrimonial de la fundación en virtud de una escritura de donación, compuesta de «apoyo de entronque» y de la línea de Alta Tensión descritas en la Memoria del oportuno Proyecto de Electrificación), y b) los bienes excluidos del objeto de cesión, en interés de la fundación, pues expresamente se exceptuaba de la cesión proyectada a favor de la empresa eléctrica dos bienes comprendidos en la dotación formando parte de la *línea de tendido eléctrico*, que seguirían siendo propiedad de la fundación (la subestación transformadora y la red de baja tensión).

Así explicado, de forma meramente literaria, es probable que cualquier lector ya no comprenda el verdadero problema y los gravámenes impuestos sobre un bien dotacional. Sin embargo, quizá alcance a entenderlo mejor, como así le sucedió también al protectorado, al disponer de información geoespacial sobre el trazado de los bienes, reseñado a continuación:



Con esta información, la fundación pudo especificar el verdadero alcance y contenido de la servidumbre legal de paso aéreo de energía eléctrica en la finca de su propiedad. En particular, se pudo aclarar al protectorado de la fundación que el alcance de esta servidumbre de paso de energía eléctrica abarcaría solamente el vuelo sobre el predio sirviente, cuyo trazado delimita el recorrido longitudinal de los cables conductores entre los elementos de sustentación (postes, torres, etc.), así como el derecho de paso o acceso necesarios e imprescindibles para las tareas señaladas en el artículo 56.5 de la Ley 54/1997.

En interés de la fundación propietaria, se especificó en la Memoria el acceso a las instalaciones del personal y vehículos de servicio, confirmando que el acceso previsto a las instalaciones objeto de cesión, de conformidad con el artículo 56 de la Ley 54/1997, cumplía con los requerimientos para la construcción, vigilancia, conservación y reparación de los correspondientes bienes cedidos.

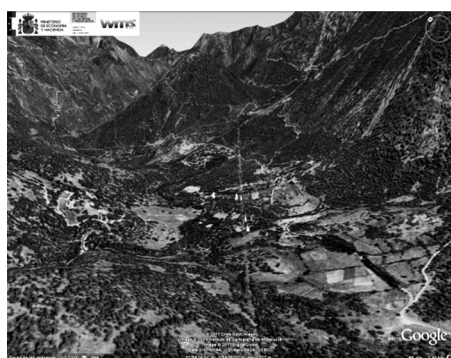
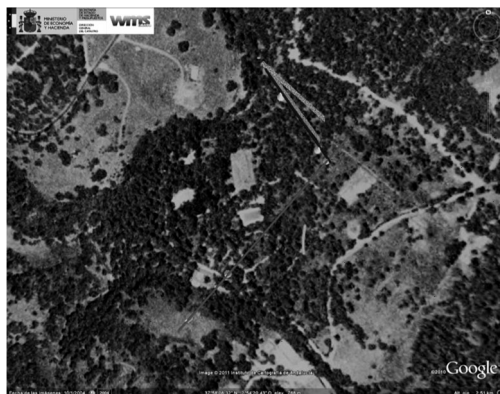
Además, para respetar el adecuado cumplimiento de los fines fundacionales en el inmueble propiedad de la fundación y por el que ha de discurrir la servidumbre de paso de energía eléctrica, se definieron sobre plano las vías concretas por las que habían de acceder personal y vehículos de servicio, con amplios márgenes de seguridad, adorno, comodidad, transformación, reparación, elevación de edificios y futuras mejoras del inmueble, según se refleja en el plano anterior incorporado a la Memoria.

La preparación de los requisitos formales de la cesión comprendería los siguientes documentos: Contrato de cesión onerosa de la cedente (fundación) al cesionario (Empresa de Distribución Eléctrica), suscripción de los documentos necesarios para la obtención de la autorización administrativa para la trans-

misión al cesionario de la titularidad de las instalaciones cedidas y los restantes documentos en orden al correcto mantenimiento, operación y reparación de las instalaciones cedidas (proyecto, garantías, etc.).

También en esa fase posterior una representación tridimensional diseñada ad hoc resolvió las serias dudas que embargaban a la empresa de ingeniería actuante, una vez aprobada la cesión por el protectorado. Si bien era sencillo de ver, los ingenieros de la eléctrica no entendían correctamente que el acceso a la propiedad de la fundación había de limitarse al acceso en caso de servicio o necesidad. A pesar de tratarse de una servidumbre permanente y aparente de energía eléctrica, el acceso al interior de la propiedad fundacional donde se realizan actividades es intermitente y limitado a las horas necesarias para los servicios de mantenimiento y reparación.

Esta representación gráfica y esquemática permitió despejar dudas y resolver definitivamente el asunto:



Además, su claridad facilitó que la empresa eléctrica aceptara las condiciones propuestas por la fundación en relación con el acceso de los operarios de

la compañía hasta la línea eléctrica para su mantenimiento, inspección o reparación. Para mayor sorpresa, nadie cuestionó la representación ni se planteó que las imágenes hubieran sido *manipuladas* ni *alteradas*, sino sencillamente utilizadas para una mejor resolución del asunto.

D) *Servicios geoespaciales*

Al tiempo de conclusión de este caso no estaba en vigor la Ley Geoespacial, pero sí la Directiva Inspire¹⁸. Su artículo 11, sobre los Servicios de Red, ofreció la cobertura legal necesaria para aplicar y presentar una serie de «imágenes» que principalmente reflejaron los aspectos particulares que el asunto concreto precisaba. Así, el artículo 11.1, apartados b) y d), ahora transpuestos mediante la LISIGE, resultaron de sumo interés, al recoger la obligación de los Estados miembros de establecer y gestionar una red de servicios, orientados a los conjuntos de datos espaciales y servicios relacionados con ellos para los que se hubieran creado metadatos, y que en el caso de referencia facilitaban una base gráfica necesaria.

Por tanto, los *servicios de visualización* nos permitieron mostrar, navegar, acercar o alejar mediante zoom, mover y lograr la superposición visual de los conjuntos de datos espaciales (en este caso, las líneas eléctricas representadas), así como mostrar los signos convencionales de las servidumbres. En definitiva, consideramos que los *servicios de transformación* habían de permitirnos transformar los datos espaciales con vistas a lograr su interoperabilidad no tanto técnica, como la concibe la Directiva, sino principalmente jurídica en relación con el protectorado y la compañía eléctrica actuante.

2. *Determinación del ámbito territorial de un Plan de ordenación de un espacio natural*

A) *Un problema «de escalas»*

En otro caso, una fundación era propietaria de diversas fincas rústicas en la provincia de Segovia, las cuales quedaron supuestamente afectadas por las normas reguladoras del Plan de Ordenación de los Recursos Naturales del Espacio Natural «Sierra de Guadarrama», en su vertiente norte. En el documento que se sometió a información pública se establecía la delimitación del ámbito

¹⁸ Directiva 2007/2/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo de 2007, por la que se establece una infraestructura de información espacial en la Comunidad Europea (Inspire), en vigor desde el 15 de mayo de 2007.

territorial de dicho Plan y, con este fin, se integraba en la propia norma la correspondiente cartografía.

El Plan de Ordenación de los Recursos Naturales del Espacio Natural «Sierra de Guadarrama» (en adelante, el Plan) definía su ámbito territorial determinando que «*Los límites geográficos del Plan son los reflejados en el apartado de cartografía de este documento*» (art. 3.2). De este modo, la definición geográfica del ámbito del Plan no era literaria sino geoespacial, y resulta muy relevante en numerosos aspectos, como por ejemplo los medioambientales, urbanísticos, de zonificación, etc.

Así, llama la atención el detalle con el que el Plan atiende a las cuestiones cartográficas. Por ejemplo, en relación con la delimitación de zonas, señala que «*... se han delimitado con precisión, a escala 1:10.000, en el mapa de zonificación incluido en el apartado cartográfico de este Plan*», y subraya también que «*Donde las Zonas de Uso Limitado o de Uso Compatible contacten con las Zonas de Uso General, prevalecerá la definición de límites establecida en la cartografía del planeamiento urbanístico sobre la del presente Plan, por la mayor precisión de la cartografía urbanística*».

El problema, no obstante, estribaba en que de los planos que conformaban la citada documentación cartográfica del Plan, y en los que se establecían los límites del Espacio Natural y su Zonificación, no quedaba suficientemente clara la delimitación territorial del Plan en la zona de la finca de la fundación inmediatamente colindante con una carretera, puesto que la escala del plano era 1:250.000. Es decir, 1 milímetro del plano correspondía a 250 metros lineales en la realidad.

Por consiguiente, resultaba imposible determinar si «*el grueso de la línea límite*» del Plan comprendía la anchura de la carretera (10 metros de anchura), junto a sus zonas de limitación¹⁹: *zona de dominio público* (3 metros a cada lado de la vía, medidos en horizontal y perpendicularmente al eje de la vía, desde la arista exterior de la explanación), *zona de servidumbre* (dos franjas de terreno a ambos lados de la vía, delimitadas interiormente por la zona de dominio público definida y exteriormente por dos líneas paralelas a las aristas exteriores de la explanación, a una distancia de 8 metros en el resto de las carreteras, medidos desde las citadas aristas) y *zona de afección* (dos franjas de terreno, a ambos lados de las vías, delimitadas interiormente por la zona de servidumbre y exteriormente por dos líneas paralelas a la arista exterior de la explanación, a una distancia de 30 metros en el resto de las carreteras, medidos desde las aristas).

¹⁹ Artículos 22 y ss. de la Ley 10/2008, de 9 de diciembre, de Carreteras de Castilla y León.

Asimismo, la falta de definición de la tan fundamental línea límite del Plan impedía precisar si la zona de protección establecida por el Plan General de Ordenación Urbana (PGOU), de 100 metros lineales de anchura medidos desde la arista de la carretera, se hallaba o no dentro de la zonificación del Plan. De esta duda, de esta línea límite aparentemente inicua, dependía una afección de aproximadamente 135.000 metros cuadrados de terreno de la fundación.

B) *Descripción literaria ambigua, «en las nubes»*

La fundación formuló alegaciones ante el grave perjuicio que *tan fina línea* causaba en su patrimonio, afecto a la dotación fundacional. Para ello, entre otros elementos de juicio, presentó ante la Administración Pública actuante el oportuno dossier cartográfico y geoespacial, en el que se precisaban sobre ortofotografías y los propios planos las líneas de zonificación del propio Plan del Espacio Natural, de la carretera, y del Plan General de Ordenación Urbana. Entre otros planos, como síntesis, se aportó el siguiente:



Notificada la contestación a las alegaciones presentadas y estimadas, la resolución *literaria* seguía resultando confusa, no pudiendo la fundación tener claridad ni seguridad jurídica sobre si su finca se vería gravemente afectada o no por el Espacio Natural. La resolución administrativa trazaba la línea límite de manera literaria: «El límite del espacio natural en esta zona discurre como sigue: Desde el punto de cruce de la carretera de... con la línea de división municipal de los términos de A. y B., el límite sigue esta línea de límite entre términos en dirección Este, hasta cortar la carretera local... que comunica A. con C. a la altura de su pk 1,950. El

límite sigue dicha carretera hasta llegar al cruce con el límite de términos municipales entre B. y T., el cual se sigue hacia el Este hasta el punto donde se encuentra con el camino que une B. con la Cañada Real Soriana Occidental».

C) Descripción geoespacial en escala adecuada

Dado que esta circunstancia conducía a una situación de total inseguridad jurídica a la fundación, en cuanto a las afecciones administrativas, urbanísticas y medioambientales que pudiera provocar la inclusión o no de parte de la finca de su propiedad dentro del ámbito territorial del Plan de Ordenación de los Recursos Naturales del Espacio Natural «Sierra de Guadarrama», y tras solicitar a la Consejería de Medio Ambiente de Castilla y León que aclarase de forma geoespacial la delimitación precisa del Espacio Natural proyectado en esa determinada zona, se remitió a la fundación a los planos realizados precisamente sobre las ortofotografías del Plan Nacional de Ortofotografía Aérea, finalmente a escala 1:20.000, casi 13 veces más pequeña que la inicial escala de 1:250.000.

El resultado final fue favorable a la fundación, como muestra la siguiente comparación de imágenes, pues, según detectamos desde el comienzo de los trabajos, se confirmó que jurídicamente la finca de la fundación no se hallaba incluida en el ámbito territorial de dicho Espacio Natural, siendo la carretera el verdadero límite del ámbito territorial del Plan:



En este sentido, si hubiéramos podido disponer de la LISIGE, desde el inicio hubiéramos podido plantear y solicitar, como establece su ya vigente artículo 9, la descripción de los datos y servicios geográficos mediante metadatos. En la actualidad ya es exigible que las Administraciones Públicas aseguren la creación y actualización de metadatos para los datos geográficos y servicios

de información geográfica que se especifican en los Anexos I, II y III de esta ley. En concreto, el Anexo I, apartado 8, de la Ley Geoespacial exige información geográfica para «*Los lugares o áreas de especial protección o regulación, como zonas designadas o gestionadas dentro de un marco legislativo internacional, comunitario, nacional o de las Administraciones Autonómicas*», esto es, los Espacios Naturales protegidos, entre otros.

Además, los metadatos²⁰ de la geoinformación deben incluir aspectos de importancia como, por ejemplo, la conformidad de los conjuntos de datos o servicios geográficos con las normas comunitarias de ejecución, las condiciones que rigen el acceso a los datos geográficos y servicios interoperables de información geográfica y su utilización, la calidad y validez de los datos o servicios geográficos, o las Administraciones u organismos del sector público, entidades que actúen en nombre de estos, u otras personas físicas o jurídicas, responsables del establecimiento, gestión, mantenimiento y distribución de los datos geográficos y servicios interoperables de información geográfica.

V. Bases gráficas actuales del patrimonio inmobiliario en España

Las bases gráficas, en cuanto al patrimonio inmobiliario respecta, comprenden las operaciones de que son objeto los datos asociados relacionados con la gestión gráfica de los inmuebles, que pueden proceder de muy diversas fuentes, así como la administración del sistema en queden integradas. Para nuestro estudio, las dos principales bases son las gestionadas por el Registro de la Propiedad²¹ y el Catastro Inmobiliario²², que pasamos a examinar.

1. El Registro de la Propiedad

En los últimos años, y de forma paulatina, se han ido estableciendo directrices generales para la utilización de bases gráficas en los registros de la propiedad, principalmente en lo que hace referencia a las relaciones con el catastro inmobiliario y los ayuntamientos (cfr. art. 9.1 del Decreto de 8 de febrero de 1946, modificado por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, y las diversas normas posteriores de implementación).

²⁰ El artículo 3.1.f) de la Ley 14/2010, 5 de julio, define los *Metadatos* como toda «*Información que describe los conjuntos de datos geográficos y los servicios de información geográfica y que hace posible localizarlos, inventariarlos y utilizarlos*».

²¹ Cfr. artículo 9.1 del Decreto de 8 de febrero de 1946, modificado por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre.

²² Cfr. Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario.

El estudio de las bases gráficas registrales, de reciente implantación, ha dado lugar al desarrollo de una herramienta digital conocida como «*GeoBase*»²³. Esta consiste en la incorporación progresiva a los registros de la propiedad de un sistema de información gráfica georreferenciada que completa la identificación de las fincas registrales. Esta tecnología permite asignar a cada una de las fincas inscritas en el registro, además de la información asociada a ella, su correspondiente representación gráfica, completando por tanto el sistema de seguridad jurídico-inmobiliaria que el registro ofrece a la sociedad.

Desde una perspectiva tecnológica, es un programa informático de procesamiento y tratamiento de bases gráficas, que, a modo de tablero digital, ofrece la representación fotográfica y topográfica de todo el territorio de cada registro de la propiedad, para poder superponer sobre ella distintas capas de información territorial. Aunque cada capa de información proceda de una fuente distinta, exprese una información distinta y persiga unos efectos distintos, todas ellas, si son interoperables y están correctamente georreferenciadas —es decir, que contengan las coordenadas geográficas precisas de cada punto— y digitalizadas, pueden quedar integradas sobre una misma realidad física, el territorio, e interrelacionadas, de modo que pueden ser visualizadas u ocultadas a voluntad gracias al programa informático que las procesa.

Es muy interesante apreciar el alcance de esta novedosa aplicación, que solamente está implementada en menos de la mitad de los registros de la propiedad de España, sobre ejemplos significativos de fincas rústicas, fincas urbanas y zona marítimo-terrestre (ver pág. sig.).

Las utilidades del Sistema de Bases Gráficas Registrales para la técnica de calificación registral pueden ser numerosas, si bien es preciso considerarlas en un contexto más amplio e interoperable, superando posibles conflictos con el sistema catastral actual.

El Sistema de Bases Gráficas Registrales puede comportar una duplicidad y la eventual sustitución de nuestro sistema catastral, puesto que efectivamente permite asociar gráficamente información territorial a la finca registral, pero con frecuencia toma la cartografía temática catastral como soporte y referencia principal, debido a que pueda ser la más actualizada, la que contiene una geometría adecuada, y razones similares.

²³ Instrucción de 2 de marzo de 2000, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre implantación de la base cartográfica en los Registros de la Propiedad. Instrucción de 26 de marzo de 1999, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre certificaciones catastrales descriptivas y gráficas a los efectos de constancia documental y registral de la referencia catastral.



Fig. 6. Pantalla de trabajo de Geobase, sobre diversas bases cartográficas simultáneamente.



Fig. 7. Pantalla de trabajo de Geobase, con delimitación registral de fincas rústicas.



Fig. 8. Pantalla de trabajo de Geobase, con delimitación registral de fincas urbanas.

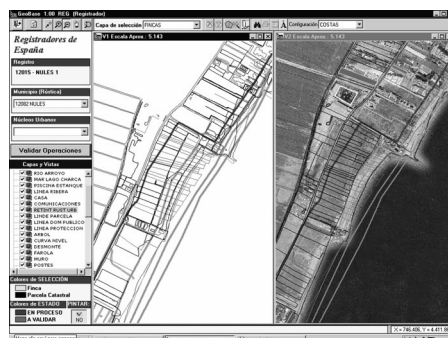


Fig. 9. Pantalla de trabajo de Geobase, con delimitación registral marítimo-terrestre.

Habría que cuestionar si realmente este sistema evita la doble inmatriculación de fincas, puesto que ese efecto sería a futuro y en la actualidad es posible que se mantengan los errores o deficiencias en la descripción meramente subjetiva y no geométrica de numerosas fincas registrales, por ejemplo cuando se haya cambiado su descripción literaria o con los años se altera el número de referencia catastral o la propia configuración de la parcela por efecto de reparcelaciones urbanísticas o expropiaciones forzosas.

Ciertamente este Sistema cambia radicalmente la apreciación registral del concepto «exceso de cabida», paliando la inseguridad que ha causado tradicionalmente en los Registros al calificar sobre la veracidad de excesos de cabida pretendidos por los titulares registrales. La representación gráfica de las fincas

determina de manera indudable, con mínimos márgenes de tolerancia perfectamente asumibles, la superficie real de su área. Sin embargo, plantea el problema de la determinación de la superficie de una finca por parte del Registro, al cual quizá no hayan llegado todos los datos necesarios y suficientes. Por ejemplo, baste pensar en la alteración de la cabida de una finca como consecuencia de una expropiación forzosa para una autovía cuando la Administración Pública expropiante o beneficiaria no inscribe debidamente dicha obra lineal. Mientras no se actualice la cartografía y se finalice la construcción de la obra, la fundación propietaria podrá tener una cabida registral muy superior a la real, provocándose indeseables discordancias no fácilmente subsanables.

Por otra parte, si los linderos no son los mismos que resultan de la descripción registral, entonces habrá que iniciar otra clase de operación registral diferente (agregaciones, agrupaciones, inmatriculaciones) pero nunca ante un exceso de cabida, por lo que la *adecuación de la realidad registral a la extrarregistral* puede comportar nuevas actuaciones a la fundación, en las que la claridad geoespacial será crucial para determinar con acierto la realidad que se pretende reflejar por el Registro de la Propiedad.

La tradicional y defectuosa fórmula registral de ir parcelando a través de sucesivas segregaciones de una finca matriz hasta agotar su superficie, sin tener nunca conocimiento exacto, ni tan siquiera en muchos casos por parte de su autor, de cuál es realmente la entidad pendiente de segregación, no se ha resuelto completamente con las modernas técnicas de reparcelación urbanística. Ciertamente, es posible que la reparcelación no agote la finca matriz en el propio proyecto de reparcelación, y en la mayor parte de los casos quedan restos, normalmente de gran superficie, que constituyen fincas registrales de muy imprecisa descripción y que se siguen utilizando de cajón de sastre para operaciones posteriores. Será de ayuda a las fundaciones en la gestión de su patrimonio inmobiliario lograr la representación gráfica de esos restos, como la de cualquier otra finca registral, para evitar no solo movimientos especulativos inmobiliarios, sino también la mejor salvaguarda de la propiedad fundacional.

Entre otras cuestiones, este nuevo Sistema de Bases Gráficas registrales podría ayudar a la localización de fincas por ruptura en su tracto sucesivo, especialmente en caso de herencias o de fincas mantenidas sin actualizar durante períodos largos de tiempo. En estos casos, las dificultades de actualización pueden ser prácticamente ilocalizables si hubiera cambio de fisonomía del terreno respecto del momento de inscripción o si hubiera alteración del mismo paisaje.

En definitiva, el Sistema de Bases Gráficas Registrales puede ser un adecuado medio de calificación registral, si bien en el ámbito de las fundaciones

no es posible confiar exclusivamente en la información gráfica registral, pues con frecuencia es inexistente, obsoleta y anacrónica, cuando no discordante y confusa.

Siendo la falta de calidad un problema general de la geoinformación disponible en la actualidad, en el caso de los Registros este problema presenta mayor gravedad debido a que en virtud del artículo 38.1 de la Ley Hipotecaria ²⁴ «A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos». Es decir, que además «no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos a nombre de persona o entidad determinada, sin que, previamente o a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente» ²⁵, teniendo en cuenta que la demanda de nulidad habrá de fundarse en las causas que taxativamente expresa la Ley cuando haya de perjudicar a tercero.

2. *El Catastro Inmobiliario*

Los problemas actuales relativos a la disponibilidad, la calidad, la organización, la accesibilidad y la puesta en común de toda clase de información geoespacial, son comunes a diversos ámbitos y temáticas en los diferentes niveles de las Administraciones Públicas, que en gran medida se han resuelto, hasta la promulgación de la *Ley Geoespacial*, mediante la base de datos gráficos elaborada y gestionada por el Catastro Inmobiliario.

Así, y sin haberse procedido aún al desarrollo reglamentario de esta Ley, el Catastro Inmobiliario permite ya dar cumplimiento en España a los cinco principios esenciales sobre los que gira la Directiva Inspire ²⁶, a saber: 1. Los datos se deben recoger una sola vez y ser mantenidos en el nivel donde se haga de la forma más eficaz. 2. Debe ser posible combinar datos de distintas fuentes y compartirlos entre usuarios (interoperabilidad), lo que se consigue a través del WMS de la Dirección General del Catastro. 3. Los datos se deben recoger en un nivel propio de la Administración y compartirlos entre todos los demás niveles. 4. Los datos necesarios deben estar disponibles en condicio-

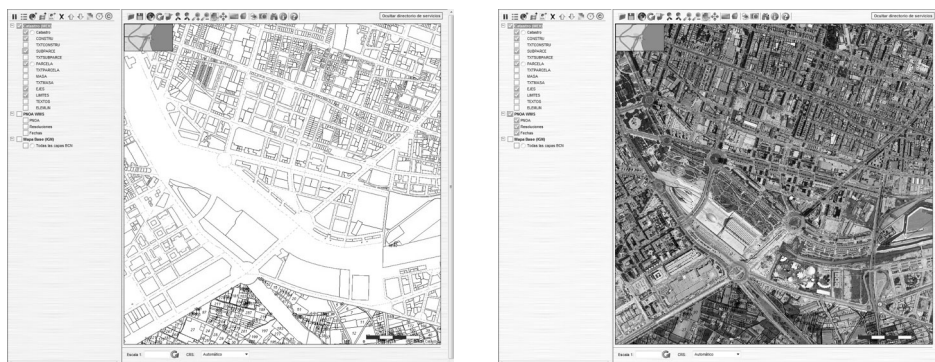
²⁴ Texto Refundido según Decreto de 8 de febrero de 1946.

²⁵ Artículo 38.2 de la Ley Hipotecaria.

²⁶ C. CONEJO y F.J. QUINTANA, *Nuevos Servicios Web de la Dirección General del Catastro*, Dirección General del Catastro, Santiago de Compostela, 2007. Y A. CANO, F. GARCÍA CEPEDA, I. DURÁN BOO y J. M. OLIVARES, F.J. QUINTANA y L. VIRGÓS, *Servicios Web de la Dirección General del Catastro*, Presentación en las reuniones de los Grupos de Trabajo de la IDEE, Madrid, 14 de febrero de 2008.

nes que no restrinjan su amplio empleo. 5. Debe ser fácil para todos descubrir qué datos están disponibles, evaluar su adecuación para cada objetivo y conocer en qué condiciones se puede emplear.

Por ejemplo, el visor del IGN permite dicha visualización combinada del Catastro Inmobiliario con otras capas de geoinformación (Ciudad de Valencia):



Esta nueva forma de trabajo es posible de modo sostenible gracias al artículo 8 de la Ley Geoespacial, que establece la puesta en común de los datos geográficos y servicios interoperables de información geográfica.

Para hacer realidad este fin, específico de la Directiva Inspire, se ordena a las Administraciones Públicas competentes a adoptar las medidas necesarias para la puesta en común de los datos geográficos y servicios de información geográfica bajo su responsabilidad, mediante una relación de cooperación entre ellas y con las instituciones y órganos de la Unión Europea.

Estas medidas van a permitir no solo que las Administraciones y organismos del sector público tengan acceso mutuo a los datos geográficos y a los servicios de información geográfica y puedan intercambiarlos y utilizarlos en el desempeño de sus respectivas competencias. También comportan el acceso a la geoinformación por parte de los ciudadanos y profesionales, pues, entre las medidas comunes, estarán también las tendentes a establecer las infraestructuras de información geográfica, asegurando, simultáneamente, que sean accesibles e interoperables a través del Geoportal de la Infraestructura de Datos Espaciales de España (IDEE).

Salvo que así lo disponga una ley, las medidas citadas deben excluir toda clase de restricciones que puedan originar obstáculos prácticos para la puesta en común de datos geográficos y servicios interoperables de información geo-

gráfica. En este sentido, la Ley Geoespacial confirma el acceso gratuito a los servicios de información geográfica para las entidades que formen parte del Sistema Cartográfico Nacional, y por tanto de forma gratuita para los usuarios que carezcan de finalidad comercial mediante las oportunas habilitaciones.

La Ley Geoespacial también ha sido sensible a cierta información que haya de protegerse por diversas circunstancias, incluida la catastral. Por ello, permite limitar la puesta en común de los datos geográficos o de los servicios interoperables de información geográfica cuando ello ponga en peligro la seguridad pública, incluida la acción ante emergencias, la defensa nacional o las relaciones internacionales o así lo acuerde un tribunal conforme a la legislación procesal.

En síntesis, cabría concluir que la Ley Geoespacial en el ámbito catastral apenas ha tenido que innovar, pues se ha encontrado con una avanzada Ley del Catastro Inmobiliario. El Anexo I, en su apartado 6, ha prestado especial atención a la «parcela catastral», y las define como «áreas determinadas por registros catastrales o equivalentes».

De este modo, y así opera ya en España, las parcelas catastrales incluidas en el Anexo I de la Directiva Inspire son consideradas como datos de referencia, es decir, datos que constituyen el marco espacial para la vinculación de otro tipo de información que pertenece a determinadas áreas temáticas como el medio ambiente, el suelo, el uso de la tierra, y muchas otras similares.

Finalmente, la piedra angular del desarrollo de la especificación Inspire²⁷ es la definición de la Directiva sobre parcelas catastrales, como áreas determinadas por registros catastrales o equivalentes. Cada sistema jurídico particular requiere que cada Estado miembro disponga de un registro catastral bajo la responsabilidad del gobierno. Tales registros son a menudo llamados catastro, a veces de la tierra u otro tipo de registro. Sin importar el nombre del sistema, lo sustancial es que la unidad básica de la zona es la parcela. En este sentido, las parcelas catastrales por lo general forman una partición continua del territorio nacional, y por ello en el modelo que diseña la Directiva Europea Inspire se trata de áreas individuales en la superficie de la tierra que refleja de forma homogénea los derechos reales y de propiedad exclusiva.

En Estados miembros de la Unión Europea como España, donde existe un sistema registral y catastral diferenciado con funciones propias particulares,

²⁷ Cfr. D2.8.1.6 *INSPIRE Data Specification on Cadastral Parcels, Draft Guidelines*. Creadas por el INSPIRE Thematic Working Group Cadastral Parcels, 2008-12-19. Este documento describe las Especificaciones de Datos de Inspire para el tema geoespacial de Parcelas Catastrales.

Inspire no tiene como objetivo armonizar los conceptos de propiedad y los derechos conexos a las parcelas, y se centra en los aspectos geométricos, tal como se presenta en los sistemas catastrales nacionales de los Estados miembros, también en España mediante el Catastro Inmobiliario.

Por ello, la incidencia de la Directiva Inspire y de la Ley Geoespacial sobre la información catastral supone el reconocimiento de la parcela catastral como parte de la información básica sobre la que se generará toda la infraestructura de datos espaciales. Así ha sido recogido en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que regula los Principios rectores de la actividad catastral ²⁸ *«con el fin de aumentar la disponibilidad de la información catastral para el conjunto de la sociedad y de dar mejor respuesta a los principios de eficiencia, transparencia, seguridad jurídica, calidad, interoperabilidad e impulso a la administración electrónica y a la productividad, que rigen la actividad catastral»*.

La base geométrica del catastro inmobiliario está constituida por la cartografía parcelaria elaborada por la Dirección General del Catastro, siendo de aplicación a la cartografía catastral lo dispuesto en la Ley 7/1986, de 24 de enero, de Ordenación de la Cartografía, en las escalas y con las especialidades establecidas reglamentariamente (en especial, en el Real Decreto 1545/2007, de 23 de noviembre, regulador del Sistema Cartográfico Nacional).

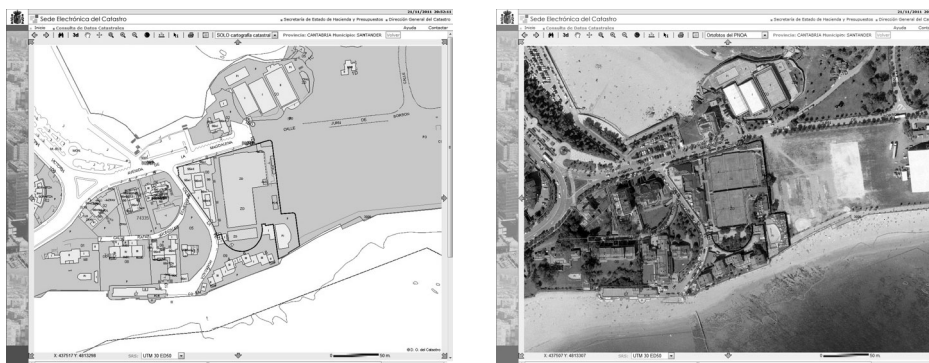
La cartografía catastral define, entre otras características que se consideran relevantes, la forma, dimensiones y situación de los diferentes bienes inmuebles susceptibles de inscripción en el Catastro Inmobiliario, cualquiera que sea el uso o actividad a que estén dedicados, constituyendo en su conjunto el soporte gráfico de este (art. 34 LCI). En particular, dicha cartografía contiene los polígonos catastrales, determinados por líneas permanentes del terreno y sus accidentes más notables, como ríos, canales, pantanos, vías de comunicación, límite de término municipal y clases de suelo. Además, contempla con detalle las parcelas o porciones de suelo que delimitan bienes inmuebles, y las construcciones emplazadas en ellas con, en su caso, las subparcelas o porciones de sus distintos cultivos o aprovechamientos.

La cartografía catastral tiene el carácter de temática, por cuanto incorpora información adicional específica, y se obtiene a partir de la cartografía básica

²⁸ Cfr. artículo 46 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. En su apartado 6 establece que *«De acuerdo con el principio de impulso a la productividad la cartografía digital del Catastro será accesible de forma telemática y gratuita al menos a través de la Sede Electrónica del Catastro y del Geoportal de la Infraestructura de Datos Espaciales de España definido en la Ley 14/2010, de 5 de julio, sobre infraestructuras de los servicios de información geográfica de España»*. El Geoportal IDEE está operativo en la URL <http://www.idee.es/clientesIGN/wmsGenericClient/index.html?lang=ES>.

realizada de acuerdo con una norma establecida por la Administración General del Estado mediante procesos directos de medición y observación de la superficie terrestre, lo que le confiere una notable fiabilidad. A tal fin, en los trabajos topográfico-catastrales se utilizan las técnicas adecuadas para asegurar el enlace de las redes topográficas catastrales con la red geodésica nacional (cfr. Ley 11/1975, de 12 de marzo, sobre Señales Geodésicas y Geofísicas).

En las imágenes siguientes se puede apreciar el contenido de la información gráfica catastral, que comprende, según el caso, manzana, parcela, construcciones, mobiliario y aceras, zona verde e hidrografía:



VI. Efectos jurídicos de la información geoespacial

1. Las consultas y las certificaciones catastrales

La nueva Ley 14/2010, de 5 de julio, ya asumida y aplicada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, como indicábamos en la Introducción, es complementaria de la Ley 7/1986, de 24 de enero, de Ordenación de la Cartografía.

Como se recordará, en la Exposición de Motivos de la Ley Geoespacial se manifiesta: «esta nueva ley amplía ese marco y, combinada con la anterior, promueve una mejor organización de los servicios públicos de información geográfica y cartografía, sobre los principios básicos de cooperación entre Administraciones y de coordinación en el ejercicio de sus respectivos cometidos en este ámbito». Pero hasta su promulgación, el único instrumento legal de carácter cartográfico que podían utilizar los operadores jurídicos con plena eficacia legal ²⁹ era la cartografía del Instituto Geo-

²⁹ Las diversas cartografías existentes son legales y además tendrán carácter de «cartografía oficial» cuando haya sido realizada con sujeción a las prescripciones de esta Ley por las admi-

gráfico Nacional y, más específicamente, la del Catastro, por ser de las más reconocidas y aceptadas. Esta ha sido la que nosotros hemos utilizado principalmente en nuestra actuación jurídica y profesional, cuando no ha sido posible disponer de las certificaciones gráficas registrales de Geobase y en los casos en que se ha cuestionado y dudado del valor jurídico y fuerza vinculante de otras cartografías temáticas o derivadas, como por ejemplo las de hidrografía o modelos digitales del relieve.

En este sentido, es importante resaltar que, según se indica en los artículos 2 al 5 de la Ley 7/1986, de 24 de enero, la cual tiene por objeto la ordenación de la producción cartográfica del Estado, la cartografía oficial se clasifica en básica, derivada y temática. A efectos jurídicos, es muy interesante conocer y divulgar que la cartografía básica es la que se realiza de acuerdo con una norma cartográfica establecida por la Administración del Estado, y se obtiene por procesos directos de observación y medición de la superficie terrestre. Mientras que la derivada es la que se forma por procesos de adición o generalización de la información topográfica contenida en cartografía básica preexistente. La cartografía temática, finalmente, es la que, utilizando como soporte cartografía básica o derivada, singulariza o desarrolla algún aspecto concreto de la información topográfica contenida en aquellas, o incorpora información adicional específica.

Tanto la cartografía básica como la derivada son objeto de aprobación oficial por parte del Ministerio de Presidencia, a propuesta del Consejo Superior Geográfico, y son objeto de inscripción obligatoria en el Registro Central de Cartografía. La temática, por su parte, solo será objeto de inscripción obligatoria en el Registro Central de Cartografía en los supuestos en que, por razones de interés nacional, así lo acuerde el Ministro de la Presidencia, previos el informe del Consejo Superior Geográfico y, tratándose de cartografía temática militar, la aprobación del Ministro de Defensa.

Estas cuestiones son eminentemente prácticas, puesto que si se parte de que toda cartografía se sustenta sobre procesos directos de observación y medición de la superficie terrestre, no es admisible pretender en instancia alguna que pueda ser fácilmente manipulable o alterable dicha información para desestimarla o tenerla por inválida o no vinculante. El *tejido de coordenadas geográficas* que entraña la geoinformación se *rompería* desde el instante en que una sola de ellas resulte modificada. Es más, técnicamente cualquier mo-

nistraciones públicas o bajo su dirección o control (cfr. art. 1 de la Ley 7/1986, de 24 de enero, de Ordenación de la Cartografía). Sin embargo, en la práctica administrativa y judicial desafortunadamente pero con frecuencia se cuestiona y duda del carácter y valor de dicha información geoespacial.

dificación del sistema de referencia o de los datos espaciales asociados a la geoinformación sería detectada e impediría su correcta interoperabilidad tecnológica.

Más aún, si un tribunal o una administración pública cuestionaran la correcta representación de la realidad, siempre se puede acudir a ella mediante su inspección ocular. Por consiguiente, la interoperabilidad jurídica de la geoinformación comporta que la representación de la realidad *no suplanta* a la realidad representada.

En cuanto al Catastro, su regulación legal en el ámbito cartográfico se encuentra en el Real Decreto 585/1989, de 26 de mayo, por el que se desarrolla la Ley 7/1986, de 24 de enero, en materia de cartografía catastral. En su artículo 3 se establece que *«la cartografía catastral tendrá la consideración de básica o temática de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 3.º1 y 5.º1 de la Ley 7/1986»*. La básica —según dispone el artículo 4 de dicha norma— *«deberá realizarse con sujeción a las normas cartográficas que se establezcan al efecto por Orden del Ministro de Obras Públicas y Urbanismo, previa propuesta del Consejo Superior Geográfico, y será objeto de aprobación oficial, si procediese, a propuesta del mismo»*. Asimismo, una vez aprobada, se inscribe en el Registro Central de Cartografía, mientras que la temática solo es objeto de inscripción obligatoria en aquellos supuestos en que, por razones de interés nacional, así lo acuerde el Ministro que tenga asignadas dichas funciones, a propuesta del Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria y previo informe del Consejo Superior Geográfico.

Pero lo que más nos interesa para nuestro estudio, pensando en los operadores de fundaciones y profesionales del Derecho, es lo que la Ley Geoespacial indica respecto de los llamados *servicios interoperables de información geográfica en las infraestructuras de información geográfica*, los cuales deberán estar accesibles en las infraestructuras de información geográfica de las Administraciones Públicas. En este sentido, la Ley Geoespacial, en su artículo 11, dispone:

«1. Las Administraciones Públicas establecerán y gestionarán una red de servicios interoperables de información geográfica, asegurando la creación de metadatos para estos servicios y para los datos geográficos relacionados con ellos, de forma que, a través de dicha red, se proporcione a los usuarios el acceso a los siguientes tipos de servicios de información geográfica:

a) Servicios de localización que permitan la búsqueda de conjuntos de datos geográficos y servicios de información geográfica, partiendo de los metadatos correspondientes y que muestren su contenido.

b) Servicios de visualización que permitan, como mínimo, mostrar, navegar, acercarse o alejarse para concretar o ampliar el campo de visión, moverse o superponer

los datos geográficos, así como mostrar los signos convencionales y, opcionalmente, consultar los atributos de los datos geográficos; deberá ser posible acceder a estos servicios de visualización directamente desde servicios de localización.

c) Servicios de descarga que permitan generar copias de datos geográficos, o partes de ellos y, cuando sea posible, acceder directamente a su contenido para construir servicios de valor añadido o integrarlos en la lógica de aplicaciones de usuario.

d) Servicios de transformación, que permitan adaptar los datos geográficos para garantizar su interoperabilidad.

e) Servicios de provisión de acceso a los anteriores servicios.

2. Los servicios de información geográfica tendrán en cuenta los requisitos de los usuarios y serán de fácil uso, a través de Internet o de cualquier otro servicio de telecomunicaciones, y estarán condicionados al cumplimiento por los interesados de los requerimientos técnicos que permitan la interoperabilidad de sus sistemas con las infraestructuras de información geográfica de las Administraciones Públicas».

Los servicios geoespaciales son en la actualidad muy numerosos ³⁰, pueden resumirse en los siguientes: Servicios web de Mapas (WMS) ³¹, Servicios web de Fenómenos (WFS), Servicios web de Coberturas (WCS), Servicios web de Procesamiento (WPS), Servicios web de Catálogo (CWS), Servicios de Transformación de coordenadas (WCTS) y Servicios Web de Teselas de Mapa (WMTS) ³².

A efectos jurídicos, todos estos servicios, pero principalmente los WMS, resultan de particular utilidad. Ciertamente dependerá de cada caso concreto y de sus peculiares circunstancias fácticas. No obstante, su soporte digital de-

³⁰ El número de servicios de red de las 19 instituciones cartográficas que lo han comunicado en el seguimiento de la utilización de los servicios de red a los que se refiere el artículo 11, apartado 1, de la Directiva 2007/2/CE, es de 211 en total, de los cuales 21 corresponden a servicios de localización, 148 a servicios de visualización, 35 a servicios de descarga, 3 a servicios de transformación y 4 a servicios de acceso.

³¹ Los Servicios web de Mapas (WMS) que cumplen la especificación WMS 1.1.0 o superior, del Open Geospatial Consortium, de modo son estándar e interoperables, comprenden a 1 de septiembre de 2011 un amplio número: 125 nacionales, 514 regionales, 642 locales, 64 de países vecinos y 66 mundiales.

³² Para comprender la trascendencia de estos servicios geoespaciales, téngase en cuenta que solamente en el año 2009 el número anual de solicitudes para todos los servicios de red fue de 668.412.840 peticiones. De ellas, 661.999.274 corresponden a solicitudes a servicios de visualización, 192.540 a servicios de localización, 6.209.990 solicitudes de descarga y 11.036 solicitudes para todos los servicios de transformación. A la fecha del reporte no se registran solicitudes a los servicios de acceso. Cfr. el último «Member State Report: España, 2009» (Official report in order to answer the IR M&R INSPIRE), J. CAPDEVILA SUBIRANA (IGN), 3 de junio de 2010, en cumplimiento de los *Mandatory INSPIRE Report for Spain*, «6.1 Uso de los servicios de datos espaciales de las IDE».

termina que su presentación no pueda limitarse al soporte papel, incluso aunque sea certificado por los fedatarios públicos competentes.

La entrada en vigor de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, así como de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, permite pensar en nuevos modos de hacer efectiva la geoinformación, así como en las nuevas maneras de emplear los datos geoespaciales ante instancias administrativas y judiciales.

En la «Era del Conocimiento», superando ya el estadio de la «Sociedad de la Información», dejaremos de ser *nativos digitales* para convertirnos en *ciudadanos digitales* cuando las personas y, desde luego, las entidades como las fundaciones podamos poner en los *medios on-line* una confianza y seguridad similares a las que ya se confían a los *medios off-line*. Esto es, cuando la tecnología se incorpore con fiabilidad a nuestros modos de vida y modelos de negocio como parte estructural y estructurante, al igual que lo hiciera en la Revolución Industrial el vapor y la electricidad.

Por ello, son de interés los fines que proclama la Ley de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos³³. Esta reciente norma toma como punto de partida el objetivo de facilitar el ejercicio de derechos y el cumplimiento de deberes por medios electrónicos. Con un horizonte más amplio, la Ley pretende además la creación de las condiciones de confianza en el uso de los medios electrónicos, y busca establecer las medidas necesarias para la preservación de la integridad de los derechos fundamentales, y en especial los relacionados con la intimidad y la protección de datos de carácter personal, por medio de la garantía de la seguridad de los sistemas, los datos, las comunicaciones y los servicios electrónicos. Asimismo, propugna decididamente contri-

³³ Cfr. artículo 3 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos: «Son fines de la presente Ley: Facilitar el ejercicio de derechos y el cumplimiento de deberes por medios electrónicos. Facilitar el acceso por medios electrónicos de los ciudadanos a la información y al procedimiento administrativo, con especial atención a la eliminación de las barreras que limiten dicho acceso. Crear las condiciones de confianza en el uso de los medios electrónicos, estableciendo las medidas necesarias para la preservación de la integridad de los derechos fundamentales, y en especial los relacionados con la intimidad y la protección de datos de carácter personal, por medio de la garantía de la seguridad de los sistemas, los datos, las comunicaciones, y los servicios electrónicos. Promover la proximidad con el ciudadano y la transparencia administrativa, así como la mejora continuada en la consecución del interés general. Contribuir a la mejora del funcionamiento interno de las Administraciones Públicas, incrementando la eficacia y la eficiencia de las mismas mediante el uso de las tecnologías de la información, con las debidas garantías legales en la realización de sus funciones. Simplificar los procedimientos administrativos y proporcionar oportunidades de participación y mayor transparencia, con las debidas garantías legales. Contribuir al desarrollo de la sociedad de la información en el ámbito de las Administraciones Públicas y en la sociedad en general».

buir al desarrollo de la sociedad de la información en el ámbito de las Administraciones Públicas y en la sociedad en general.

En el ámbito de la geoinformación, ya se ha avanzado mucho en la interoperabilidad técnica y tecnológica, pero precisamente tal innovación lleva a plantear abiertamente la «*interoperabilidad jurídica*». Es decir, si ya se ha logrado que distintos sistemas geográficos de referencia resulten compatibles y coherentes, es menester que dicha geoinformación, valiosa y con creciente valor añadido, pueda ser empleada no solo por quien la genera o la mantiene y desarrolla oficialmente, sino también por los ciudadanos y profesionales en sus diversas áreas de actividad, máxime si verdaderamente la Administración Pública está llamada a prestar un servicio a los ciudadanos y a la sociedad³⁴. De este modo, se lograría que la información espacial que genera la Administración Geográfica pueda ser empleada sin limitaciones ni restricciones injustificadas o injustificables ante otras Administraciones, como por ejemplo la Administración de Justicia.

Como es sabido, en los informes administrativos y peritajes judiciales, cada vez es más frecuente el empleo de imágenes e información espacial y geográfica para reflejar hechos de cierta complejidad. Si bien es cierto que cada caso o expediente requiere un tratamiento individualizado, con carácter general, las novedades periciales que incorpora la Ley de Enjuiciamiento Civil³⁵ y la Ley de Enjuiciamiento Penal³⁶ fomentan el empleo de las *nuevas* tecnologías, por lo que no tendría que existir inconveniente en emplear tales medios en tribunales y administraciones públicas, especialmente cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en un determinado asunto³⁷ o adquirir certeza sobre ellos (cfr. art. 335 de la LEC).

Sin duda, sería un logro importante de nuestro tiempo superar la reticencia a emplear como prueba ante tribunales y organismos públicos un ordenador o similar conectado a Internet con tecnología GPRS o de futura invención, y proyectar al Juez, Magistrado, Funcionario o quien proceda lo que un servidor de información espacial y geográfica facilita al instante y, con frecuencia, con un nivel de detalle que el papel no siempre permite reflejar. Es más, poner en

³⁴ Cfr. artículo 103.1 de la Constitución española: «*La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho*».

³⁵ Ley 1/2000, de 7 de enero.

³⁶ Decreto de 14 de septiembre de 1882, con numerosas modificaciones.

³⁷ Suplemento Especial «Sector Geoespacial», *La Vanguardia*, 3 de septiembre de 2010, p. 6, «*Cualquier dato es susceptible de ser información geográfica*».

las manos de un Magistrado *un teclado y un ratón* que le permita navegar, hacer zoom y explorar con alta resolución detalles geoespaciales de un concreto paraje o de un inmueble favorecerá una verdadera modernización de la Administración y permitiría a las fundaciones una mejor y más pronta resolución de numerosos litigios.

Al tratarse de información oficial y de difícil manipulación al ubicarse en servidores oficiales de público reconocimiento, la constancia probatoria habría de ser plena y, al menos, *iuris tantum*, salvo mejor prueba en contrario. En este sentido, son ya muchas las voces que demandan la aplicación de la certificación digital como sustitutiva del sello de tinta sobre papel, con sus consiguientes ventajas de fehicencia y autenticación³⁸. Conscientes de que su implementación no es sencilla especialmente en la geoinformación, también lo somos de sus innumerables beneficios a medio y largo plazo. Baste tener en cuenta la realidad bancaria y financiera, donde el amplio campo ganado por las transacciones electrónicas frente a las analógicas y manuales era impensable hace no demasiados años.

Aunque sería objeto de un estudio más amplio, a los solos efectos de ilustrar modos concretos de prueba, en el marco de la seguridad jurídica, cabe compartir las ventajas del «sistema de consulta y certificación» ya empleado por el Catastro Inmobiliario, por su accesibilidad directa, por su gratuidad y por su versatilidad.

Este sistema de «consulta y certificación» permite solicitar la información a través de la Sede Electrónica correspondiente, pero también ante la Administración Pública física, directamente o en cualquiera de los lugares previstos en el artículo 38 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común³⁹, y en los puntos de información habilitados al efecto.

³⁸ Cfr. el último *Member State Report: España, 2009* (Official report in order to answer the IR M&R INSPIRE), J. CAPDEVILA SUBIRANA (IGN), 3 de junio de 2010, en cumplimiento de los *Mandatory INSPIRE Report for Spain*, «4.2.4 Mecanismos de certificación de la calidad»: *El CNIG, como parte del IGN, tiene un proyecto, incluido en el Plan Estratégico del IGN-CNIG, cuyo objetivo es constituirse en autoridad certificadora, capaz de certificar el cumplimiento de las normas ISO 19100, de los estándares OGC y la adecuación con las recomendaciones del CSG propuestas por el GT IDEE. Se han completado algunos pasos y ahora han establecido el primer gran proceso de certificación.*

³⁹ Entre otros, registros de los órganos administrativos a que se dirijan las solicitudes, escritos y comunicaciones de los ciudadanos; los registros de cualquier órgano administrativo, que pertenezca a la Administración General del Estado, a la de cualquier Administración de las Comunidades Autónomas, a la de cualquier Administración de las Diputaciones Provinciales, Cabildos y Consejos Insulares; los Ayuntamientos de los Municipios a que se refiere el artículo 121 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, o a la del resto de las entidades que integran la Admi-

De este modo, mediante simple «consulta» la geoinformación se podría solicitar por cualquier persona o entidad interesada en su obtención, pudiendo consultar libremente los datos espaciales no protegidos, incluida la cartografía, incorporados a la Base de Datos pertinente, es decir, los que no hacen referencia al titular y valor económico del inmueble, como muestra la siguiente imagen:

GOBIERNO DE ESPAÑA
MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA
SECRETARÍA DE ESTADO DE HACIENDA PÚBLICA
SECRETARÍA GENERAL DE ENCONTRON
DIRECCIÓN GENERAL DEL CATASTRO
Sede Electrónica del Catastro

CONSULTA DESCRIPTIVA Y GRÁFICA DE DATOS CATASTRALES BIENES INMUEBLES DE NATURALEZA URBANA
Municipio de MADRID Provincia de MADRID

REFERENCIA CATASTRAL DEL INMUEBLE
1712905VK4811B0001GJ

DATOS DEL INMUEBLE
INMUEBLE SUJETO A PROCEDIMIENTO DE VALORACIÓN COLECTIVA (CON EFECTOR 2012)
LOCALIZACIÓN: P9 CASTELLANA 259(D) TORRE ESPACIO (28048 MADRID (MADRID))
SOLUCIÓN PRESENTADA: Oficinas Año construcción: 2007
COORDENADAS DE PARTICIPACIÓN: 100.000000 SUPERFICIE CONSTRUIDA en m²: 119.456

DATOS DE LA FINCA A LA QUE PERTENECE EL INMUEBLE
LOCALIZACIÓN: P9 CASTELLANA 259(D) TORRE ESPACIO (MADRID (MADRID))
SUPERFICIE CONSTRUIDA en m²: 119.456 SUPERFICIE SUBYUGO: 7.500 PROYECTO FINCA: Parcela con un único inmueble

ELEMENTOS DE CONSTRUCCIÓN

Uso	Etiqueta	Tamaño	Superficie m ²
APARCAMIENTO	-6		7.500
APARCAMIENTO	-5		7.500
APARCAMIENTO	-4		7.500
APARCAMIENTO	-3		7.500
APARCAMIENTO	-2		7.500
APARCAMIENTO	-1		6.330
OFICINA	00		1.020
OFICINA	01		1.018
OFICINA	02		1.018
OFICINA	03		1.261
OFICINA	04		1.011
OFICINA	05		338
OFICINA	06		1.012
OFICINA	07		1.010
OFICINA	08		1.005
OFICINA	09		1.798

INFORMACIÓN GRÁFICA E: 1:11500
Este documento no es una certificación catastral, pero sus datos pueden ser verificados a través del 'Acceso a datos catastrales no protegidos' de la SEC.
Lunes, 21 de Noviembre de 2011

441.000 Coordenadas UTM en metros
----- Límite de Manzana
----- Límite de Finca
----- Límite de Construcción
----- Muebles y cosas
----- Límite que aviene
----- Hidrografía

En cambio, sólo a través de «certificación» se puede acceder a los datos protegidos⁴⁰ por parte de los titulares de cada inmueble, o sus representantes legales, como sería el caso de los apoderados de una fundación. Asimismo, tendrían acceso a los datos espaciales protegidos quienes cuenten con el consentimiento expreso y por escrito de los titulares de cada inmueble, los titulares de las parcelas colindantes, los titulares o cotitulares de derechos de trascendencia real o de arrendamiento o aparcería que recaigan sobre los bienes inmuebles, así como los herederos o sucesores respecto a los bienes inmuebles del causante o transmitente. Cuando el acceso a la información espacial protegida se realice a través de Sede Electrónica, sería necesario contar con el correspondiente certificado de firma electrónica.

nistración Local si, en este último caso, se hubiese suscrito el oportuno convenio. También, en las oficinas de Correos, en la forma que reglamentariamente se establezca, en las representaciones diplomáticas u oficinas consulares de España en el extranjero y en cualquier otro que establezcan las disposiciones vigentes.

⁴⁰ Son datos protegidos a estos efectos el nombre, apellidos, razón social, domicilio fiscal, número de identificación fiscal de quienes figuren como titulares, así como los valores económicos individualizados de los bienes inmuebles, y otros similares.

La expedición por la Administración Pública competente de geoinformación o cualesquiera otros documentos habría de estar sujeta solamente al pago de la tasa o precio público que se determine para la remuneración del servicio o material expedido. En cambio, cuando la información espacial se obtenga a través de Sede Electrónica no habría de estar sujeta al pago de tasa alguna, manteniendo el principio de gratuidad consagrado por la Directiva Inspire ⁴¹.

En el caso de descarga de cartografía vectorial y de descarga de geoinformación alfanumérica, o similares, se podrá requerir la aceptación de cláusulas generales y técnicas de la licencia de descarga de los productos correspondientes, con finalidades de control y estadísticas, pero no con finalidades de restringir la accesibilidad general y pública a la geoinformación. En su caso, la información geoespacial podrá quedar sujeta a la legislación sobre propiedad intelectual ⁴² en las condiciones que se determinen legal o reglamentariamente, dado que los derechos de autor corresponderían a la Administración General del Estado o de las Comunidades Autónomas.

La geoinformación suministrada podría destinarse al uso propio del petionario, comprometiéndose este a no utilizarla ni cederla a terceros para fines distintos a los expresados en la solicitud, especialmente si se tratara de fines co-

⁴¹ Cfr. artículo 14.1 de la Directiva 2007/2/CE: «Los Estados miembros garantizarán que los servicios a que se refiere el artículo 11, apartado 1, letras a) y b), se pongan de forma gratuita a disposición del público».

⁴² La determinación de los sujetos y titulares de derechos de propiedad intelectual (DPI, o IPR en su acrónimo inglés) en los datos espaciales es un reto. A este reto hay que añadir cada vez más la Gestión Digital de Derechos (*Digital Right Management*). La legislación de derechos de autor en relación con los datos y servicios espaciales puede resultar confusa y existe un buen número de factores que han de ser considerados en la determinación de los titulares de los derechos de propiedad, incluyendo cuándo fueron recogidos los datos espaciales, el tipo de sujetos (por ejemplo, empresas privadas o entidades públicas) titulares de los derechos, y cómo son compilados los datos en bases de datos o a través de los servicios espaciales. A esta confusión puede contribuir la legislación de bases de datos existente en determinados países (Directiva 96/9/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos (DO L 77 de 27.3.1996); en Portugal, Decree-Law 122/2000, of 4 July 2000; en España, Ley 5/1998, de 6 de marzo, de incorporación al Derecho español de la Directiva 96/9/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos, etc.), además de la normativa reguladora de la sociedad de los servicios de información y comercio electrónico [Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market («Directive on electronic commerce»), Official Journal L 178, 17/07/2000 P. 0001-0016; en Portugal, Decree-Law on Electronic Commerce no. 7/2004, of 7 January and the Joint Order no. 357/2006 of 28 April transposed into national law the EU Directive on electronic commerce (Directive 2000/31/EC); en España, Law 34/2002 on Information Society Services and Electronic Commerce of 11 July 2002].

merciales directos, dado que la geoinformación se suministraría en los formatos y soportes oficiales correspondientes, fundamentalmente digitales o electrónicos.

2. *La información gráfica del geportal Inspire*

Una vez promulgada la Ley 14/2010, de 5 de julio, el ámbito de aplicación de la información geoespacial, a efectos jurídicos, ha trascendido afortunadamente el marco regulado en la Ley 7/1986, de 24 de enero, de Ordenación de la Cartografía. En efecto, su Capítulo III está dedicado a los «*Datos geográficos y servicios interoperables de información geográfica*». Y su Sección 3.^a regula lo relacionado con «*Los servicios interoperables de información geográfica en las infraestructuras de información geográfica*». En concreto, las disposiciones que a efectos de nuestro estudio interesan son las contenidas en los siguientes artículos:

«Artículo 11. Servicios interoperables de información geográfica que deberán estar accesibles en las infraestructuras de información geográfica de las Administraciones Públicas.

1. *Las Administraciones Públicas establecerán y gestionarán una red de servicios interoperables de información geográfica, asegurando la creación de metadatos para estos servicios y para los datos geográficos relacionados con ellos, de forma que, a través de dicha red, se proporcione a los usuarios el acceso a los siguientes tipos de servicios de información geográfica:*

a) *Servicios de localización que posibiliten la búsqueda de conjuntos de datos geográficos y servicios de información geográfica, partiendo de los metadatos correspondientes y que muestren su contenido.*

b) *Servicios de visualización que permitan, como mínimo, mostrar, navegar, acercarse o alejarse para concretar o ampliar el campo de visión, moverse o superponer los datos geográficos, así como mostrar los signos convencionales y, opcionalmente, consultar los atributos de los datos geográficos; deberá ser posible acceder a estos servicios de visualización directamente desde servicios de localización.*

c) *Servicios de descarga que permitan generar copias de datos geográficos, o partes de ellos y, cuando sea posible, acceder directamente a su contenido para construir servicios de valor añadido o integrarlos en la lógica de aplicaciones de usuario.*

d) *Servicios de transformación, que permitan adaptar los datos geográficos para garantizar su interoperabilidad.*

e) *Servicios de provisión de acceso a los anteriores servicios.*

2. *Los servicios de información geográfica tendrán en cuenta los requisitos de los usuarios y serán de fácil uso, a través de Internet o de cualquier otro servicio de te-*

lecomunicaciones, y estarán condicionados al cumplimiento por los interesados de los requerimientos técnicos que permitan la interoperabilidad de sus sistemas con las infraestructuras de información geográfica de las Administraciones Públicas.

3. En relación con los servicios de localización, deberá aplicarse, como mínimo, la siguiente combinación de criterios de búsqueda:

- a) Palabras clave.
- b) Clasificación de datos geográficos y servicios de información geográfica.
- c) Calidad y validez de los datos geográficos, con especial atención a su dimensión temporal.
- d) Grado de conformidad con las normas comunitarias de ejecución y aquellas a las que se refiere el artículo 6.
- e) Localización geográfica.
- f) Condiciones que rigen el acceso y uso de los datos geográficos y servicios de información geográfica.
- g) Administraciones u organismos del sector público, entidades que actúen en nombre de éstos, u otras personas físicas o jurídicas, responsables de la creación, gestión, mantenimiento y distribución de datos geográficos y servicios de información geográfica.

4. Los servicios de transformación se combinarán con los demás servicios previstos en el apartado 1 de forma que puedan funcionar de acuerdo con las normas comunitarias de ejecución y aquellas a las que se refiere el artículo 6.

Artículo 12. Interoperación de los servicios de información geográfica.

1. Las Administraciones u organismos del sector público o entidades que actúen en nombre de éstos, responsables de la creación, gestión, mantenimiento y distribución de los datos geográficos y servicios de información geográfica, dispondrán de la posibilidad técnica de conectar a la Red sus servicios de información geográfica e interoperar a través de ella. Esta posibilidad técnica también se pondrá a disposición de terceros cuyos datos geográficos y servicios de información geográfica cumplan las normas de ejecución relativas a metadatos, servicios en red e interoperabilidad, previa solicitud.

2. El Consejo Superior Geográfico vigilará el cumplimiento de lo establecido en el apartado anterior. Para ello, el Consejo Directivo de la Infraestructura de Información Geográfica de España elevará a la Comisión Permanente del Consejo Superior Geográfico, anualmente, un informe sobre los extremos acreditativos de su cumplimiento».

Por tanto, en adelante, el Catastro Inmobiliario, y su interrelación con el Geoportal Inspire y el resto de Sistemas de Información Geográfica, permitirá combinar información y conocimientos geoespaciales sobre el territorio y sus

diversos fenómenos, procedentes de distintos sectores y elaborados por distintas Administraciones Públicas, así como poner al alcance de toda clase de entidades, públicas y privadas, y los ciudadanos, toda la cartografía y sus datos asociados existentes en España y el territorio de la Unión Europea.

Aunque la parte relativa a «convenios de colaboración» ha sido incorporada en la política general de difusión de datos espaciales y servicios, la Ley ha prestado atención, con las enormes posibilidades que ello abre, a «la información geográfica en poder de personas físicas o jurídicas diferentes de las Administraciones y organismos del sector público, especialmente los agentes jurídicos y periciales, siempre que tales personas así lo soliciten».

Se otorga así a la información geográfica empleada o a disposición de Peritos y Abogados, o de agentes técnico-jurídicos similares, el reconocimiento oportuno para el empleo cualificado de los datos espaciales, como prueba *iuris tantum*, en defecto de información mejor o más cualificada, y se facilita la efectiva compatibilidad y utilización transfronteriza de la información geográfica, esencialmente interoperable.

La manera de obtener seguridad jurídica de la información geoespacial existente por parte de los particulares y fundaciones se fundamenta en la actualidad en los servicios geoespaciales a los que ofrece cobertura legal la LISIGE.

En este sentido, resulta de interés analizar en particular algunos servicios que pueden ser de interés para las fundaciones y su gestión patrimonial de inmuebles. Es destacable que en la actualidad los conjuntos de datos espaciales están siendo cada vez más empleados en el contexto de nuevos geoportales de las Administraciones, temáticos o específicos ⁴³, a la par que son integrados en *proyectos mashup* ⁴⁴, de los cuales aún no existe un indicador globalmente reconocido que mida su impacto.

⁴³ Por ejemplo, en el caso de la Sede Electrónica del Catastro se contabilizan una media de 2.200.000 accesos a la cartografía catastral a la semana. Cfr. el «*Member State Report: España, 2009*» (Official report in order to answer the IR M&R INSPIRE), J. CAPDEVILA SUBIRANA (IGN), 3 de junio de 2010, en cumplimiento de los *Mandatory INSPIRE Report for Spain*.

⁴⁴ Un *mashup* consiste en una página web o aplicación que utiliza y combina datos, presentaciones y otras funcionalidades procedentes de una o varias fuentes de información para crear nuevos servicios. Su operatividad implica la integración fácil y rápida, usando una interfaz de programación de aplicaciones (API, del inglés *Application Programming Interface*) abiertos y fuentes de datos para producir resultados enriquecidos que no fueron la razón original para la que fueron producidos los datos en crudo originales.

Las principales características del *mashup* son la combinación, la visualización y la agregación, lo que en el ámbito geoespacial cobra singular interés, pues permite transformar datos existentes en otros más útiles tanto para uso personal como profesional. Un ejemplo interesante desarrollado por el Centro de Ciencias Humanas y Sociales del CSIC es el «*sigMayores: servidor cartográfico de recursos sociales (versión 2.0)*» (<http://www.imsersomayores.csic.es/sigmayo->

Algunos ejemplos relevantes para fundaciones pueden ser el *Sistema de Información Urbana (SIU)* del Ministerio de Vivienda ⁴⁵, *Geoportal IDE del Observatorio de Sostenibilidad* ⁴⁶, *Geoportal SIGMAPA* ⁴⁷, *Geoportal del Banco de Datos de Biodiversidad* ⁴⁸, *Geoportal del Sistema Integrado de Información del Agua* ⁴⁹, *Sede Electrónica del Catastro* ⁵⁰, el *Servicio Interactivo de Mapas Ambientales* ⁵¹, *Cartociudad* ⁵², *Mapa de ocupación de suelo* ⁵³, el *Plan Nacional de Ortofotogra-*

res/inicio.html). Es un geoportal de información sobre recursos sociales para personas mayores en España: Servicios de atención residencial, centros de día, servicios de teleasistencia y de ayuda a domicilio; también incluye recursos sanitarios. Consta de un Visor cartográfico, un Atlas digital, Servicios OGC y localización de recursos en Google Earth y Google Maps.

⁴⁵ <http://siu.vivienda.es>. Recoge información sobre suelo y urbanismo de España que publica a través de Internet y en el que colaboran instituciones tanto del nivel nacional como el autonómico y local.

⁴⁶ <http://www.sostenibilidad-es.org/Observatorio+Sostenibilidad/esp/IDE/>. Tiene como objetivo poner a disposición de los usuarios a través de Internet información georreferenciada sobre aspectos socioeconómicos, ambientales, culturales, territoriales y de gobernanza que permitan evaluar la sostenibilidad del desarrollo español.

⁴⁷ <http://sig.mapa.es>. el objetivo principal del Sistema de Información Geográfica del Medio Agrario, Pesquero y Alimentario, SIGMAPA, es la publicación y difusión de la información geográfica relativa a este ámbito. La información que se publica es muy variada y atiende a distintos tipos de disciplinas: regadíos, mapas de cultivos, agricultura, datos agroclimáticos, denominaciones de origen, gestión de ayudas, cuencas hidrográficas, cartografía general, etc.

⁴⁸ http://www.mma.es/portal/secciones/biodiversidad/banco_datos/index.htm. Permite la visualización y consulta de la información relativa a espacios Naturales protegidos, Humedales, Red Natura 2000, Inventario Nacional de Erosión del Suelo (vectorial e imagen), Mapa Forestal de España, Reservas de la Biosfera, Vías Pecuarias, Zonas de Especial Protección e Interés del Mediterráneo (ZEPIM), Titularidad de los Montes y Zonas de Interés para las Aves (IBAS).

⁴⁹ <http://servicios3.mma.es/siagua/consultas/servlet/consultas.GlobalFilter?tipo=masiva&sid=generate>. Se visualiza y consulta toda la información relacionada con el agua de forma homogénea.

⁵⁰ <http://www1.sedecatastro.gob.es/OVCInicio.aspx>. Permite integrar «en línea» con la cartografía catastral otras capas de otros organismos, como cartografía SIGPAC, cartografía IGN, secciones censales y distritos (INE), ortofotos, planes urbanísticos, deslindes administrativos y muchas otras; proporcionando además a los usuarios profesionales y de otras administraciones públicas una información cartográfica sobre la que trazar sus políticas propias (urbanismo, infraestructuras, expropiaciones, ayudas, etc.).

⁵¹ Tiene como objetivo principal la elaboración y consulta de mapas de cualquier zona de Cataluña con la información ambiental que precise cada usuario.

⁵² <http://www.cartociudad.es/wms/CARTOCIUDAD/CARTOCIUDAD>. Es una base de datos oficial de la red viaria de ámbito nacional, con estructura topológica de SIG, que permite la navegación continua por todo el territorio español. Además, contiene el parcelario catastral, y la división en polígonos de los distritos censales y postales. Ha sido construida a partir de la armonización e integración de los datos aportados, principalmente, por organismos proveedores de Información Geográfica de la Administración General del Estado.

⁵³ <http://www.ideo.es/wms/IGN-Corine/IGN-Corine>. El servicio de Ocupación del

fla Aérea (PNOA) ⁵⁴, *Geoportal de Estaciones de Servicio* del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio ⁵⁵, *Sistema Nacional de Cartografía de Zonas Inundables* ⁵⁶, *Sistema de Información de Datos Agrarios* ⁵⁷, *Localizador Geográfico de Alimentación* ⁵⁸, *Visor del Sistema Automático de Información Hidrológica* ⁵⁹, etc.

VII. Aportaciones de carácter jurídico en la elaboración de la Ley 14/2010, de 5 de julio

Finalmente, desde el Bufete Mas y Calvet se presentaron propuestas jurídicas geoespaciales desde el Anteproyecto de Ley, hasta los diversos documentos y memorias que se elaboraron a lo largo de la tramitación legislativa de la vigente LISIGE. El objetivo jurídico era y es claro: conseguir la mayor aplicación jurídica de la geoinformación disponible en sede civil, administrativa o judicial en el marco de las infraestructuras de datos espaciales diseñadas en el modelo de la nueva ley y, por tanto, ante cualesquiera Administraciones Públicas, incluida la Administración de Justicia.

El borrador inicial de la Ley recogía en su Preámbulo la siguiente afirmación: *«el desarrollo de las infraestructuras de información geográfica requiere ajustarse a protocolos y especificaciones normalizadas, de manera que las actuaciones llevadas a cabo por cualquier agente se integren en un ámbito más extenso, tanto temático como territorial»*. Nuestra propuesta consistió en que se añadiese la frase *«con pleno reconocimiento ante terceros interesados y con efectos jurídicos y técnicos de conformidad con la normativa aplicable»*. Esta enmienda de adición fue aceptada en la redacción fi-

Suelo (CORINE) permite obtener información acerca de la ocupación del suelo en España, a partir de los datos del proyecto Corine Land Cover. Ocupación del suelo para el año 1990 y 2000, así como cambios en la ocupación del suelo durante la década 1990-2000.

⁵⁴ <http://www.idee.es/wms/PNOA/PNOA>. Permite visualizar las ortofotos del Plan Nacional de Ortofotografía Aérea (PNOA).

⁵⁵ <http://geoportal.mityc.es/hidrocarburos/eess/>. Posibilita la visualización y búsqueda de Estaciones de Servicio georreferenciadas en la geografía española. Para ello hace uso de tecnologías estándar del OGC: WMS y Web Feature Service (WFS).

⁵⁶ <http://sig.marm.es/snczi/>. Visor geográfico que sirve de instrumento de apoyo a la gestión del espacio fluvial, la prevención de riesgos, la planificación territorial y la transparencia administrativa.

⁵⁷ <http://sig.marm.es/siga/>. Ofrece un sistema completo de navegación para todo el territorio nacional, poniendo a disposición del ciudadano de forma fácil e intuitiva información visual, completa y detallada de datos agrarios.

⁵⁸ <http://sig.mapa.es/alimentacion/>. Permite consultar un mapa interactivo que contiene por cada tipo de Producto o Familia de alimentos información georreferenciada relacionada con las Denominaciones de Origen e Industrias Agroalimentarias.

⁵⁹ <http://servicios2.mma.es/saihs-web/index.htm>. Recoge datos en tiempo real relativos al estado hidrológico e hidráulico de la cuenca. Estos datos se pueden visualizar y consultar a través del visor geográfico.

nal, además de informada favorablemente por el Consejo de Estado, y acogida adecuadamente incluso en la Memoria Justificativa del Proyecto de Ley presentada por el Gobierno ⁶⁰.

En este mismo sentido, ante las dificultades que surgen en la práctica a la hora de admitir la validez y eficacia jurídica de la información geográfica en trámites administrativos o procesos judiciales, tales como las dudas planteadas acerca de la validez y valor de datos geográficos certificados, además de los obstáculos planteados al tratar de mostrar on-line mediante el visor de la IDEE y otros similares diferentes aspectos cartográficos o geográficos, debido a visiones restrictivas del empleo telemático de los nuevos servicios de datos espaciales, hicimos algunas propuestas con el fin de que la nueva *Ley Geoespacial* pudiese salir al paso de las posibles críticas acerca de la inseguridad de la información facilitada y la dificultad de probar adecuadamente la coincidencia entre la representación gráfica y la realidad física representada, con su pleno reconocimiento ante cualquier interlocutor, sea técnico o sea jurídico.

En concreto, se preparó una enmienda de adición al párrafo quinto del Preámbulo que se dirigía a la forma de resolver estos problemas, y ante los que el borrador inicial ya se había posicionado favorablemente por su importancia no solo técnica sino además jurídica ⁶¹. Para nuestra sorpresa, se mantuvo la re-

⁶⁰ La redacción de la Memoria Económica del Proyecto de Ley sobre las Infraestructuras y los Servicios de Información Geográfica en España, de 3 de diciembre de 2009, tomando la propuesta formulada por el Bufete Mas y Calvet, la glosó afirmando que «*El desarrollo experimentado por las tecnologías de la información y las comunicaciones ha venido a resolver el problema de manejar, de forma conjunta e integrada, información geográfica de distintas procedencias, mediante el desarrollo de las tecnologías de las infraestructuras de información geográfica, también conocidas como infraestructuras de datos espaciales. Una infraestructura de información geográfica es una estructura virtual en red integrada por datos geográficos, y por lo tanto georreferenciados, y servicios interoperables de información geográfica distribuidos en diferentes sistemas de información bajo la responsabilidad y gestión de distintas instancias, del sector público o privado, que es accesible vía Internet con un mínimo de protocolos y especificaciones normalizadas, que se establecen con la finalidad de facilitar el acceso a todos esos datos y, lo que es más importante, de posibilitar el acceso encadenado a los servicios interoperables basados en la información geográfica, de forma integrada, para conseguir una información más completa y útil que cuando se maneja separadamente la de cada agente. Lo único que el desarrollo de las infraestructuras de información geográfica requiere es ajustarse a protocolos y especificaciones normalizadas, de manera que las actuaciones llevadas a cabo por cualquier agente se integren en un ámbito más extenso, tanto temático como territorial, con pleno reconocimiento ante terceros interesados y con efectos jurídicos y técnicos de conformidad con la normativa aplicable. Por esta razón, es necesario establecer un marco común para el desarrollo de dichas infraestructuras de información geográfica.*».

⁶¹ Se propuso que la expresión «*la forma de resolver estos problemas pasa por tomar medidas que atiendan al intercambio, puesta en común, acceso y utilización de datos geográficos y de servicios de información geográfica interoperables, medidas que conciernen a los diferentes niveles de la autoridad pública y a los diferentes sectores*» pudiera contemplar los aspectos de uso, eficacia y garantías jurídicas. Se

dacción inicial del Preámbulo de la Ley, pero nuestra convicción jurídica y propuesta legislativa de que se *«precisan de mayor eficacia en el empleo de la información geográfica, mediante sistemas favorables a su aplicación general en toda clase de procesos y procedimientos, con garantías suficientes ante terceros que aseguren la plena interoperabilidad»* favoreció que la interoperabilidad, no solo técnica sino también jurídica, se incorporara en el texto legal de forma generalizada. Destaca, entre otros, el artículo 1.2 de la LISIGE, el cual dispone que *«La Infraestructura de Información Geográfica de España está constituida por el conjunto de infraestructuras y servicios interoperables de información geográfica disponible sobre el territorio nacional, el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental y la zona económica exclusiva, generada o bajo responsabilidad de las Administraciones públicas»*.

La Ley afirma ahora que, además, *«se han considerado que los problemas relativos a la disponibilidad, calidad, organización, accesibilidad y puesta en común de información geográfica son comunes a un gran número de políticas y de temáticas, y se hacen sentir en los diferentes niveles de la autoridad pública; y la forma de resolver estos problemas pasa por adoptar medidas que atiendan al intercambio, puesta en común, acceso y utilización de datos geográficos y de servicios interoperables de información geográfica»*.

Una de las enmiendas de adición propuestas —la de mayor importancia para el objeto del presente estudio, por otra parte— fue la ya reseñada varias veces acerca de *«que sea posible localizar los datos espaciales disponibles, evaluar su adecuación para un determinado propósito y conocer sus condiciones de uso, así como sus efectos jurídicos y técnicos de conformidad con el Ordenamiento vigente»*. En nuestra opinión, su fundamento reside en el interés de los metadatos, los cuales conforme a la Directiva Inspire permitirán identificar y evaluar la eficacia técnico-jurídica de la información geoespacial.

En consonancia con lo anterior, se imponía la propuesta de otra enmienda de adición, que fue favorablemente acogida, en relación con el empleo de *«la información geográfica en poder de personas físicas o jurídicas diferentes de las Administraciones y organismos del sector público»*, con objeto de incluir expresamente a los usuarios y los operadores jurídicos destinatarios de la información geográfica, ampliando no tanto el ámbito de aplicación, como los efectos de dicha aplicación, para facilitar de esta forma un mayor reconocimiento de tal información

presentó una enmienda de adición con el siguiente tenor: *«la forma de resolver estos problemas pasa por tomar medidas que atiendan al intercambio, puesta en común, acceso y utilización de datos geográficos y de servicios de información geográfica interoperables, medidas que conciernen a los diferentes niveles de la autoridad pública y a los diferentes sectores, los cuales precisan de mayor eficacia en el empleo de la información geográfica, mediante sistemas favorables a su aplicación general en toda clase de procesos y procedimientos, con garantías suficientes ante terceros que aseguren la plena interoperabilidad»*.

y cualificar su aplicación mediante convenios de colaboración. Si bien la LISIGE no quiso comprender los *convenios de colaboración* por cuestiones legislativas, sí que incorporó en su artículo 1.3 nuestra propuesta, añadiendo que «*Podrá incorporar infraestructuras y servicios interoperables de información geográfica de otras instituciones, entidades o particulares que así lo soliciten*», pues inicialmente solo se refería a la geoinformación de las Administraciones y organismos del sector público.

En este sentido, hay que manifestar que, hasta no hace muchos años, y todavía sucede hoy en algunos países de nuestro entorno cultural, se ha tenido la cartografía como secreto de Estado. Por ejemplo, Napoleón tenía tan claro que la cartografía podía ser una eficaz «arma de guerra», que ordenó la supresión de los caminos de todos los mapas disponibles en aquel momento. Para contribuir a superar positivamente esa situación, defendimos la importancia de que la nueva Ley asegurase la utilización práctica de la información geográfica también por parte del sector privado, evitando restricciones indebidas o injustificadas en su aplicación jurídica concreta, con fomento de su empleo en toda clase de actuaciones, procesos y procedimientos tanto administrativos como judiciales, incluso periciales y particulares. Concretamente, el artículo 8.2 de la Ley se hace eco de esta propuesta, y prescribe que: «*Salvo que así lo disponga una ley, las medidas citadas en el apartado anterior excluirán todo tipo de restricciones que puedan originar obstáculos prácticos para la puesta en común de datos geográficos y servicios interoperables de información geográfica*».

Por otra parte, habida cuenta de que en su artículo 1 se manifiesta que esta Ley «*tiene por objeto complementar la organización de los servicios de información geográfica y (...) el acceso y utilización de este tipo de información, especialmente las políticas de medio ambiente y políticas o actuaciones que puedan incidir en él*», y que el concepto de *medio ambiente* es transversal y afecta, en sus diversos grados y con distinta intensidad, a todo el espacio terrestre y marino, todas las políticas de las Administraciones Públicas tienen una incidencia geoespacial. Es más, pensamos que si el Derecho tiene lugar en un espacio determinado, el aspecto geoespacial constituye un componente esencial de sus numerosas facetas. Afirman los clásicos que *Ubi societas, ibi ius* («donde hay sociedad hay derecho»). En los albores del siglo XXI podríamos sostener que *Ubi spatium, ibi ius* («donde hay espacio hay derecho»).

En este horizonte, propusimos que la calidad y validez de los datos geográficos no fuera un postulado meramente teórico, puesto que la validez de la información geográfica en no pocos casos se halla directamente vinculada a su espectro temporal, por lo que en la práctica resulta habitual la consulta de los aspectos temporales del espacio que interesa. Por ello, y para trasponer correc-

tamente la Directiva Inspire en España, era necesario proponer alguna medida tendente a facilitar la interoperabilidad espacio-temporal asociada a los datos espaciales, y de esta forma permitir la comparativa histórica y evolutiva del espacio objeto de análisis. Dicha propuesta ha quedado recogida en la LISIGE en su artículo 11.3.c), que establece claramente: *«En relación con los servicios de localización, deberá aplicarse, como mínimo, la siguiente combinación de criterios de búsqueda: c) Calidad y validez de los datos geográficos, con especial atención a su dimensión temporal»*.

Como ya se ha indicado, en el artículo 9.2.c) de la Ley se dispone que *«Los metadatos incluirán información sobre los siguientes aspectos: c) La calidad y validez de los datos o servicios geográficos»*. En nuestra opinión, la validez podría precisar sus efectos y consecuencias, de manera que la utilización de la información geográfica quede supeditada a normas precisas, que puedan ser invocadas incluso frente a restricciones indebidas en el empleo de tal información, tanto por ignorancia o por falta de interés, como por el «temor tecnológico» ante las modernas aplicaciones digitales y telemáticas. Se fomentaría así una progresiva aplicación tanto de la información como de la infraestructura de datos, contribuyendo sólidamente a su difusión por la vía de su paulatina utilización. Además, si la calidad y validez comprendiera tanto al sector público como al privado, se generaría un mayor interés en la materia, fuente de valor añadido, de mejora del conocimiento e incremento de la calidad de los servicios profesionales prestados.

En este contexto, sostenemos que los metadatos —definidos por la Directiva Inspire como *«la información que describe los conjuntos y servicios de datos espaciales y que hace posible localizarlos, inventarlos y utilizarlos»*— tienen una gran trascendencia jurídica. Aparentemente tienen solo una dimensión técnica: la interoperabilidad del sistema; pero, en nuestra opinión, la tienen también jurídica, por su origen, desarrollo, aplicación, seguimiento y verificación. En definitiva, los metadatos que podamos ver con ojos técnicos y jurídicos son el tejido que sostiene un sistema que ha de ser interoperable técnicamente para facilitar una geoinformación y prestar unos servicios geoespaciales que permitan la efectiva interoperabilidad externa o geoespacial en interés de los ciudadanos y las fundaciones.

Por todo ello, trasladamos en sede legislativa nuestras reservas acerca de la redacción dada al artículo 9.2.g) de la Ley: *«Los metadatos incluirán información sobre los siguientes aspectos: g) El uso específico para el que se han creado esos datos o servicios geográficos»*. No hay que olvidar, al respecto, que frecuentemente el uso específico inicial de cierta información, y más en el caso de la geoinformación, puede revelarse eficaz *a posteriori* para otros fines, imprevisibles *a priori*.

En este sentido, si la información contenida en los metadatos acerca de su uso llevase a entender que este se limita al específico previsto, podría ocasionar la imposibilidad de su utilización a otros distintos, quizá nuevos, imprevistos o imprevisibles, pero tan importantes como los específicos para los que fueron elaborados. Baste pensar en la utilización de la cartografía temática catastral como base de la representación tridimensional de inmuebles objeto de expedientes jurídicos.

Conscientes de la amplitud de la cuestión, habría que dilucidar, de una parte, las eventuales responsabilidades jurídicas, como, de otra, la posible limitación al interesante y amplio valor añadido generado con la disponibilidad de la cartografía en general.

VIII. La utilización por las fundaciones de las infraestructuras geoespaciales. Conclusiones

La Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones, según quedó indicado anteriormente, dispone que estas entidades deben incluir en su Inventario anual todos los bienes y derechos integrantes de su patrimonio, debiendo promover sus respectivos patronatos la inscripción de estos a nombre de la fundación en los registros públicos correspondientes. Sin duda esta norma es de especial relevancia en lo que hace referencia a los bienes inmuebles. En este sentido, las herramientas que pone a su disposición la *Ley Geoespacial* constituyen un medio eficaz y apropiado para la identificación geoespacial exacta, y la resolución de los problemas que se puedan suscitar con los citados registros públicos, especialmente en lo que concierne a los registros de la propiedad y el catastro inmobiliario.

Por otra parte, como las fundaciones son entidades vivas, su patrimonio inmobiliario experimenta una continua movilidad. En efecto, se amplía por herencias y donaciones, y se mengua por las correspondientes cesiones (onerosas o gratuitas) a terceros. Pero, además, y sin que sea precisa relación alguna con terceros, dichos inmuebles pueden sufrir diversos cambios, tanto legales, como materiales, como es el caso de la constitución de derechos reales sobre ellos (usufructo, superficie, etc.), o su alteración material cuando se procede a la construcción de edificios o a su modificación. Todas estas ocasiones, negocios y actos jurídicos dan lugar, ordinariamente, al otorgamiento de documentos públicos o privados (declaraciones de herederos, compraventas, etc.) o a la incoación de un procedimiento administrativo (por ejemplo, la solicitud de autorización para gravar un inmueble o su incorporación a un determinado sector urbanístico) en los que el empleo de las herramientas geoespaciales

pueden anticipar el completo conocimiento de los hechos y espacios, facilitar la resolución de posibles problemas de identificación o, en su caso, una rápida y sencilla comprensión de la operación jurídica a realizar.

Un ejemplo lo puede constituir la aplicación del Código Técnico de la Edificación, aprobado por Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, y modificado por el Real Decreto 1371/2007, de 19 de octubre, que contiene normas jurídicas de directa aplicación a inmuebles. Como es sabido, la problemática derivada de la aplicación de este Código en relación con la profusa legislación urbanística, tanto nacional como autonómica, comporta la necesidad de plasmar diferentes aspectos de una misma realidad inmobiliaria, lo cual se logra muy deficientemente mediante la preparación de una simple memoria escrita.

Como ejemplo, mostramos a continuación la diferencia que puede llegar a producirse por la sola ubicación de un inmueble, con su consiguiente interés en toda clase de asuntos técnico-jurídicos teniendo en cuenta su enclave, relieve, condiciones medioambientales, etc.:

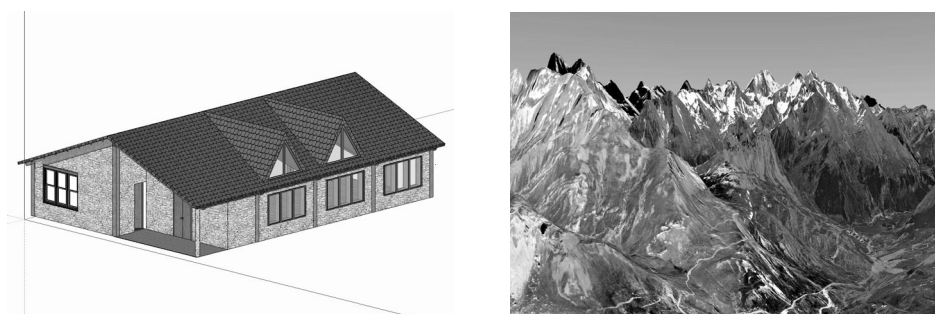


Fig. 10. *Inmueble a escala real en tres dimensiones, y su ubicación sobre Georreferencia de Google Earth, con relieve de la zona de emplazamiento.*

De lo anteriormente expuesto podemos alcanzar las siguientes conclusiones de aplicación en la gestión del patrimonio inmobiliario de las fundaciones:

1. El empleo en un acto o negocio jurídico de una adecuada representación gráfica de los diferentes elementos que inciden en un inmueble, fundamentada en la información gráfica oficial o contrastada, es de gran importancia para concretar las circunstancias geoespaciales que puedan incidir en las relaciones jurídicas con terceras partes y facilita el trabajo de los agentes técnicos y operadores jurídicos intervinientes, a la vez que puede suponer una considerable reducción de tiempo y costes económicos.

2. Utilizar el software adecuado permite documentar y probar eficazmente, incluso con carácter oficial en el caso del Registro de la Propiedad y el Catastro Inmobiliario, aspectos geospaciales relativos al patrimonio inmobiliario. En este sentido, la posibilidad de efectuar mediciones lineales, de superficie y volumétricas sobre cartografía georreferenciada permite alcanzar en un breve lapso de tiempo un alto nivel de comprensión, rigor y certeza jurídica respecto de los inmuebles y su contexto geoespacial.

3. Las circunstancias que inciden en el espacio terrestre u oceanográfico, su localización e identificación, son de muy diversa y variada naturaleza. Mediante el empleo de las modernas tecnologías y de las herramientas puestas a nuestra disposición por la *Ley Geoespacial* pueden identificarse con mayor seguridad jurídica, a la vez que facilitan una adecuada comprensión por parte de quienes han de intervenir en los correspondientes expedientes jurídicos: funcionarios, peritos, abogados, jueces, etc.

4. Y, en definitiva, en cuanto a las responsabilidades legalmente asumidas por los patronos de las fundaciones respecto de la gestión de su patrimonio inmobiliario, el empleo de una adecuada documentación gráfica georreferenciada puede ser una ayuda eficaz a la hora de adoptar una decisión acertada.

CRÓNICA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Novedades en el Derecho andaluz de fundaciones. En especial, el personal al servicio de las fundaciones del sector público (*)

Manuel Rodríguez Portugués

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Administrativo
Universidad de Córdoba

SUMARIO: I. LAS FUNDACIONES QUE GESTIONAN OBRA SOCIAL Y CAJAS DE AHORRO TRANSFORMADAS EN FUNDACIONES (LAS FUNDACIONES *DE CARÁCTER ESPECIAL*).—II. ALGUNAS DETERMINACIONES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN DE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO ANDALUZ.—III. EL PERSONAL AL SERVICIO DE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO. NOVEDADES Y PROBLEMAS PLANTEADOS POR LA RECIENTE REORDENACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO ANDALUZ: 1. *Introducción. La reforma del sector público andaluz de 2010.* 2. *Modificación de las previsiones sobre contratación del personal al servicio de las fundaciones del sector público andaluz.* 3. *El problema del personal de las fundaciones del sector público «absorbidas» por las nuevas agencias de la Junta de Andalucía:* A) La preferencia de la «fusión» sobre la mera extinción. B) El régimen de incorporación del personal laboral de las fundaciones en las nuevas agencias previsto en la Ley 1/2011. C) Problemas que plantea la «sucesión de empresas» desde el Derecho del Trabajo. D) Problemas que plantea la «sucesión de empresas» desde el Estatuto Básico del Empleado Público. E) Conclusión. Consecuencias de la indebida confusión entre Derecho privado y Derecho público.

Las novedades recaídas durante el último año sobre fundaciones en Andalucía se han producido casi todas al hilo de la presente crisis económica y en el marco de distintas medidas adoptadas para luchar contra ella¹. Se refieren a tres campos: el sector financiero, con la aparición, sobre todo, de las nuevas «fundaciones de carácter especial» en el ámbito de las cajas de ahorro; determinados aspectos aplicables a las fundaciones en materia de contratación pública, y ciertas medidas sobre fundaciones del sector público andaluz, adoptadas como parte del reciente proceso de reordenación a que dicho sector de la Comunidad Autónoma se está viendo sometido. Nos detendremos de forma

(*) Proyecto Investigación SEJ 3060 de la Junta de Andalucía.

¹ Sobre los primeros pasos de las medidas «anticrisis» que están transformando nuestro ordenamiento jurídico-económico, *vid.* A. EMBID IRUJO, *El Derecho de la crisis económica*, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2009.

especial en el tercer y último de los aspectos citados, porque, además de polémico, es el que más problemas jurídicos está generando.

I. Las fundaciones que gestionan obra social y cajas de ahorro transformadas en fundaciones (las fundaciones de carácter especial)

Hasta ahora, la Ley andaluza 15/1999, de 16 de diciembre, de Cajas de Ahorro, contemplaba en su artículo 90 la posibilidad de que las cajas andaluzas no gestionasen total o parcialmente su obra social de forma directa, sino que lo hiciesen a través de una fundación creada al efecto. Para ello se exigían dos requisitos: que las citadas fundaciones fueran constituidas exclusivamente por cajas de ahorro y que la constitución fuera autorizada por la Consejería competente. Tal posibilidad, además, estaba cubierta por la previsión de que, en cualquier caso, a dichas fundaciones les serían aplicables los principios y criterios generales previstos por la Ley para las obras sociales de las cajas de ahorro. Son las llamadas *fundaciones gestoras de obra social de las cajas de ahorro*, que —como excepción al principio de protectorado único introducido por la Ley andaluza de Fundaciones— quedan sometidas al protectorado específico de la Consejería competente en materia de cajas de ahorro —según informamos en su momento ²—, y que a la sazón es hoy la Consejería de Economía, Innovación y Ciencia (Decreto 134/2010, de 13 de abril).

Sin embargo, la reciente reforma operada por el Decreto-Ley andaluz 1/2011, de 26 de abril, de modificación de la Ley 15/1999, de Cajas de Ahorro de Andalucía, y motivada a su vez por el Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, ha venido a enriquecer este panorama. Por un lado, se introducen pequeñas modificaciones en el régimen de las fundaciones que gestionan obra social de cajas de ahorro. Y, por otro, se crea una categoría nueva de fundaciones, sometidas también parcialmente al régimen especial representado por la Ley 15/1999 de cajas andaluzas.

Por lo que se refiere a las fundaciones que gestionan obra social, se añade un artículo 90 bis a la Ley andaluza 15/1999, en el que tras recordar que el protectorado de estas fundaciones corresponde a la «Consejería competente para la regulación y control de las Cajas de Ahorros», se amplía expresamente ahora también dicho protectorado a las fundaciones constituidas a su vez por las citadas fundaciones que gestionan obra social.

² Vid. M. REBOLLO PUIG y M. RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, «Derecho andaluz de fundaciones», en *Anuario de Derecho de Fundaciones 2009*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 267-268.

Las novedades relativas a la segunda y nueva categoría de fundaciones son, lógicamente, de mayor calado. En concreto, se introduce un nuevo artículo 16 ter en la Ley 15/1999, destinado a regular las nuevas *fundaciones de carácter especial* previstas 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 ahorro.

Estas entidades son fundaciones que antes han sido cajas de ahorro y que se han transformado en fundación ante la concurrencia de alguno de los supuestos enumerados en el Real Decreto-Ley 11/2010 y en el nuevo artículo 16 ter de la Ley 15/1999: que la caja de ahorro haya renunciado voluntariamente o le haya sido revocada su autorización para operar como entidad de crédito; que se imponga así como consecuencia de una intervención de la entidad, o que disminuya su participación por debajo del 50% de los derechos de voto de la entidad bancaria a través de la cual ejerza su actividad (apartado 1 del art. 16 ter). Las notas fundamentales de su régimen jurídico son las siguientes:

— El patrimonio afecto a la actividad financiera debe trasladarse a otra entidad de crédito a cambio de acciones de esta última. La fundación resultante centrará su actividad en la atención y desarrollo de la obra social que pertenecía a la caja de ahorro transformada ahora en fundación (apartado 2 del art. 16 ter).

— La transformación está sometida a exigentes requisitos de procedimiento (acuerdo de la asamblea general, autorización del Consejo de Gobierno, etc.) (apartados 4, 5 y 6 del art. 16 ter).

— El patronato de la nueva fundación estará integrado, como máximo, por veinte miembros y en el mismo deberán estar representados los mismos grupos que en los órganos de gobierno de la caja de ahorro transformada y en la misma proporción, pudiendo —en todo caso— nombrar un representante en el patronato la Consejería competente para la regulación y control de las cajas de ahorro.

— La gestión de la obra social por estas fundaciones seguirá estando sometida con carácter general a lo dispuesto en la Ley de cajas de ahorro para ese tipo de fondos (apartado 6).

— Quizá por lo anterior, el artículo 90 bis, antes citado, también somete a estas fundaciones al protectorado de la Consejería competente en la regulación y control de las cajas de ahorro; y no solo a ellas, sino también a las que resulten de la transformación de una fundación que gestionase obra social de una caja de ahorro y las constituidas por fundaciones de cualquiera de estos dos tipos.

II. Algunas determinaciones en materia de contratación de las fundaciones del sector público andaluz

Otro sector que ha experimentado novedades es el relativo a la contratación pública. Como recientemente se ha recordado con particular atención³, también las fundaciones del sector público —no sólo las personas jurídico-públicas— se encuentran sometidas a la legislación sobre contratos públicos en una buena parte de su actividad contractual. El Decreto 39/2011, de 22 de febrero, ha venido a desarrollar o completar algunos de los aspectos regulados en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (LCSP), en lo que se refiere a la organización administrativa para la gestión de la contratación de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales, ya sean públicas o privadas.

En relación con los órganos de contratación, dispone el Decreto que en las fundaciones del sector público andaluz lo serán aquellas personas que, según los estatutos o las normas que les resulten aplicables, ostenten la representación de la entidad (art. 2.4), es decir, en general, el patronato o quien resulte delegado por él, si integramos dicha previsión con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 10/2005, de Fundaciones de Andalucía (LFA).

En segundo lugar, el artículo 28 somete a inscripción en el Registro de Contratos de la Junta de Andalucía —con las excepciones contempladas en el art. 30— determinados datos de los contratos celebrados por las entidades instrumentales privadas de la Administración autonómica (por tanto, también de las fundaciones del sector público andaluz).

Finalmente, las fundaciones del sector público andaluz —al igual que otras entidades instrumentales de diferente naturaleza— podrán adherirse al sistema de contratación homologado por la Junta de Andalucía —en el marco de lo dispuesto en el Título II del Libro III de la LCSP— mediante convenio con la Consejería competente en materia de Hacienda. Pese a ello, se faculta a dicha Consejería para, mediante Orden, establecer la obligatoriedad de contratar por parte de las fundaciones del sector público (entre otras entidades) determinados bienes y servicios mediante los procedimientos de homologación aludidos (art. 34).

³ Vid. M. M.^a RAZQUIN LIZARRAGA, «Las fundaciones y la contratación pública», en *Revista Vasca de Administración Pública*, n.ºs 87-88 (2010), especialmente pp. 918-919.

III. El personal al servicio de las fundaciones del sector público. Novedades y problemas planteados por la reciente reordenación del sector público andaluz

1. *Introducción. La reforma del sector público andaluz de 2010*

Con todo, el aspecto polémico de las novedades se reserva las medidas de reordenación del sector público andaluz en relación con este tipo de fundaciones, y, más en concreto, con lo dispuesto en relación con su personal.

En anteriores ediciones de este Anuario, dábamos noticia de las fundaciones del sector público andaluz, tanto de su régimen jurídico como del nutrido conjunto que de este tipo de entes instrumentales dispone la Junta de Andalucía para el desarrollo de las más diversas actividades. Dichas fundaciones son fundaciones en sentido propio, es decir, constituidas al amparo de la legislación general de fundaciones, con personalidad jurídico-privada, si bien creadas o controladas de alguna manera por la Administración de la Junta de Andalucía, y catalogadas por la Ley andaluza 9/2007, de Administración de la Junta de Andalucía (en adelante, LAJA), dentro de los entes instrumentales de la Comunidad Autónoma ⁴.

En numerosas ocasiones ha alertado la doctrina sobre los muchos problemas que puede plantear el uso indiscriminado de este tipo de personificaciones. En esta oportunidad, vamos a dirigir nuestra atención a los problemas planteados por su régimen de personal. Y lo vamos a hacer al hilo de la reciente reordenación del sector público andaluz. Nada mejor, para comprobar la falta de aptitud de una regulación jurídica en materia de organización, que medir sus consecuencias en el contexto conflictivo de un problema real.

Como es sabido, la creciente situación de crisis económica obligó al Gobierno de la Nación a aprobar, a mediados del año 2010, un paquete de medidas específicamente destinado a reducir o paliar el déficit público, y lanzar —así— «un mensaje tranquilizador a los mercados». En el contexto de esas medidas, el Consejo de Política Fiscal y Financiera aprobó el 15 de junio de 2010 un «Acuerdo Marco sobre Sostenibilidad de las Finanzas Públicas 2010-2013», en el que —entre otras cosas— se exige de las Comunidades Autónomas una rebaja de su déficit desde el 2% del PIB en 2009 al 1,1% en 2013.

Como consecuencia de ello, y sobre la base —no se sabe muy bien por qué— del artículo 27.13 de la Ley andaluza 6/2006, de Gobierno de Andalu-

⁴ Vid. M. REBOLLO PUIG y M. RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, «Derecho andaluz de fundaciones», cit., pp. 267-269.

cía⁵, el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía aprobó un «*Plan de Reordenación del Sector Público de la Junta de Andalucía*» mediante Acuerdo de 27 de julio de 2010 (BOJA de 28 de julio de 2010, n.º 147, p. 18). Por lo que a nosotros interesa, junto a algunas de contenido algo abstracto y vaporoso (vgr. la «mejora del conocimiento y la gobernanza»), una de las «líneas de actuación» señaladas por el Plan es la «reducción del número de entidades instrumentales». Dicha «línea de actuación», a su vez, se dirige a la consecución de dos «objetivos»:

- 1) La «supresión por absorción» de un gran número de entes instrumentales con el fin de conseguir economías de escala —con el consiguiente ahorro— en la contratación pública de bienes y servicios.
- 2) La «defensa» del empleo público.

Como veremos, este segundo objetivo se ha concretado, fundamentalmente, en la conservación de los puestos de trabajo existentes antes de la reestructuración. Por ello, puede concluirse que este segundo «objetivo», el referente al empleo público, no es en realidad objetivo alguno. Su funcionalidad —en el contexto del proceso reordenador— parece ser más bien la de constituir un límite, una especie de barrera, un requisito que esa reordenación deberá necesariamente respetar, y ello por más que el texto del Acuerdo trate de disimularlo aludiendo —por ejemplo— al «alto nivel de formación, compromiso y aplicación de los empleados públicos» de Andalucía como «motores de su progreso», algo —por lo demás— que no ponemos en duda, ni antes ni después de la reordenación.

En términos económicos, por tanto, el ahorro o la reducción del gasto descansa sobre todo en la consecución del primer objetivo, es decir, en que la reducción de entes instrumentales se traduzca realmente en la generación de esas economías de escala a las que alude el Acuerdo. Precisamente por ello, en este punto, el núcleo de la reforma no consiste en la supresión sin más de dicho tipo de entes, sino más bien en la fusión por absorción de unos por otros, con la finalidad de concentrar, en la mayor medida posible, recursos humanos y materiales bajo el ropaje de una misma persona jurídica. En efecto, salvo contadas excepciones (el Instituto Andaluz de Reforma Agraria, entre ellas, que simplemente se extingue con liquidación de su patrimonio), la fórmula predominante es la *fusión por absorción*, y por aquí es precisamente por donde van a aparecer —como veremos— determinados problemas jurídicos, sobre

⁵ No se sabe muy bien por qué, ya que ese artículo se refiere a la resolución de recursos administrativos. Parece una errata y que se refiere más bien al 27.10, que es el relativo a la aprobación de planes o directrices vinculantes por parte del Consejo de Gobierno.

todo en materia de personal en relación con las fundaciones del sector público que se extinguen⁶.

El punto Primero del Anexo —donde se concreta el contenido del Plan— establece qué entes instrumentales se verán afectados por el citado proceso de reducción «en una primera fase» (de donde se deduce la posibilidad de que más entes sean suprimidos o absorbidos en el futuro). Por lo que a las fundaciones se refiere, hay un primer grupo de ellas que son absorbidas por determinados entes instrumentales de Derecho público, es decir, por personas jurídicas de distinta naturaleza:

— *Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo*, absorbida por el Servicio Andaluz de Empleo.

— *Fundación Andaluza de Servicios Sociales y Fundación para la Atención a las Drogodependencias e Incorporación Social*, ambas absorbidas por la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía.

El segundo grupo son también fundaciones de régimen jurídico-privado, pero resultan absorbidas por otras fundaciones de iguales características:

— *Fundación Hospital Reina Sofía-Cajasur*, absorbida por la *Fundación para la Investigación Biomédica de Córdoba* (FIBICO).

— *Fundación Hospital Clínico*, absorbida por la *Fundación Pública Andaluza para la Investigación Biosanitaria en Andalucía Oriental «Alejandro Otero»* (FIBAO).

— *Fundación Reina Mercedes y Fundación Valme*, absorbidas ambas por la *Fundación Pública Andaluza para la Investigación en Salud en Sevilla* (FISEVI).

Nos vamos a centrar en las del primer grupo. Las segundas son absorbidas por personas jurídicas de la misma naturaleza y no plantean especiales problemas desde la perspectiva que aquí nos interesa.

El Plan referido en el Acuerdo termina anunciando la aprobación de un Decreto-Ley para establecer «los instrumentos normativos necesarios para el proceso de reordenación». Ese Decreto-Ley aparece publicado el mismo día y con la misma fecha que el Acuerdo (BOJA de 28 de julio de 2010, n.º 147, p. 6). Se trata del Decreto-Ley 5/2010, por el que se aprueban «medidas urgentes en materia de reordenación del sector público». Pocos meses más tarde, este Decreto-Ley fue sustituido por el Decreto-Ley 6/2010, de 23 de noviembre, con el deseo —según su Exposición de Motivos— de que la reordenación «sea expresiva de un alto grado de consenso»⁷. La nueva norma, que

⁶ Aunque parte del problema que aquí se va a analizar también sería trasladable, probablemente, a los casos en que los entes absorbidos son sociedades mercantiles del sector público.

⁷ Los diversos medios de comunicación social han ido dando cuenta de la importante

reproduce en su totalidad la mayor parte de las medidas inicialmente adoptadas en el Decreto-Ley 5/2010 a excepción de alguna previsión que en el ínterin resultó ser especialmente polémica⁸, se ha convertido finalmente, tras su convalidación por el Parlamento autonómico, en la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de Reordenación del Sector Público de Andalucía (BOJA de 21 de febrero de 2011, n.º 36).

2. *Modificación de las previsiones sobre contratación del personal al servicio de las fundaciones del sector público andaluz*

Entre las previsiones contenidas en estas normas y que afectan a las fundaciones del sector público, puede citarse en primer lugar la reforma del artículo 78.2 LAJA. La escueta redacción anterior se limitaba a decir:

«El personal al servicio de las fundaciones del sector público andaluz se rige por el Derecho Laboral y su selección deberá realizarse con sujeción a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de la correspondiente convocatoria».

La redacción dada ahora por el apartado Catorce del artículo 1.2 de la Ley 1/2011 dice así:

«El personal al servicio de las fundaciones del sector público andaluz se rige por el Derecho Laboral. El nombramiento del personal no directivo irá precedido de convocatoria pública en medios oficiales y de los procesos selectivos correspondientes basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad».

Como puede apreciarse, la nueva redacción es algo más detallada que la anterior. Desde tal punto de vista, puede decirse que la modificación aumenta

movilización de una parte de los funcionarios de la Junta de Andalucía contra el plan de reordenación al que denominan «el decretazo». Uno de los actos más significados fue la manifestación que tuvo lugar en Sevilla el 13 de noviembre de 2010, con unos 40.000 participantes según fuentes sindicales (*europapress.es*). Otra manifestación importante tuvo lugar el 22 de enero de 2011, exigiendo la retirada del proyecto de ley de convalidación de la reforma, y que fue calificada de «masiva» por algunos medios (*elpais.es*, entrada del 23 de enero de 2011).

⁸ Nos referimos a la reforma de la LAJA según la cual se permitía en las agencias públicas empresariales que el personal no funcionario desarrollase labores «complementarias» y de «auxilio» al ejercicio de funciones públicas de autoridad (art. 1.9 del Decreto-Ley 5/2010). Probablemente, latía en ello el propósito de «abrir un hueco» en la «nueva» estructura organizativa al personal *no funcionario* procedente de las entidades instrumentales extinguidas. En cualquier caso, la previsión «cayó» en el Acuerdo alcanzado el día 18 de noviembre de 2010 en la Mesa General de Negociación del Empleado Público de la Junta de Andalucía (BOJA n.º 251, de 27 de diciembre de 2010, p. 5).

las exigencias en la contratación de este personal, puntualizando —sobre todo— que la «convocatoria pública» deberá realizarse «en medios oficiales», y no —por ejemplo— en la página *web* de la propia fundación, como no ha sido infrecuente en la práctica. Sin embargo, por otro lado también hay una rebaja en el nivel de exigencia. Obsérvese que ahora las exigencias derivadas de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad se predicán del «personal no directivo». ¿Significa esto que las previsiones actuales no resultan aplicables al personal directivo? La puntualización no es inocente, y es que con mucha probabilidad, la redacción anterior era lo suficientemente amplia y flexible como para garantizar —sin mucho esfuerzo— el mismo resultado en relación con ese personal.

Por otra parte, la Ley 1/2011 se ha olvidado de modificar al mismo tiempo el artículo 57.4 de la Ley andaluza 10/2005, de Fundaciones (en adelante, LFA), cuya redacción era casi idéntica a la del artículo 78.2 LAJA antes de la reforma. La discordancia queda neutralizada, en cualquier caso, por la remisión del artículo 57.4 LFA a la «normativa básica estatal en la materia [contratación de personal] y a la que corresponda aprobar a la Comunidad Autónoma de Andalucía», es decir, entre otras normas, a la propia LAJA, que es de aplicación preferente en este punto.

3. *El problema del personal de las fundaciones del sector público «absorbidas» por las nuevas agencias de la Junta de Andalucía*

Pero como hemos adelantado, en esta materia el aspecto más relevante de la reforma para lo que aquí interesa ha sido la supresión de tres fundaciones del sector público: la *Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo* (FAFFE), la *Fundación Andaluza de Servicios Sociales* (FASS) y la *Fundación para la Atención a las Drogodependencias e Incorporación Social* (FADIS).

La fórmula a la que se ha acudido, como también hemos señalado, ha sido la «fusión por absorción». Es decir, se ha utilizado una de las dos clásicas formas de fusión, a las que alude el artículo 41.3 LFA: la creación de una nueva fundación a la que se transmiten en bloque los patrimonios de las fundaciones fusionadas —que se extinguen— y la absorción de una fundación —que se extingue— por otra preexistente que pervive (fusión por absorción). La aplicación de la legislación general de fundaciones en esta materia es inexcusable desde el momento en el que las fundaciones de que venimos tratando son fundaciones —como hemos dicho— constituidas al amparo de dicha legislación⁹: «En los aspectos no regulados específicamente en este Capítulo [funda-

⁹ Así se califican por el «Informe de fiscalización de la Cuenta General, Contratación

ciones del sector público], las fundaciones en él reguladas se regirán, con carácter general, por lo dispuesto en la presente Ley» (art. 57.6 LFA).

A) *La preferencia de la «fusión» sobre la mera extinción*

Parece que la apuesta por la «fusión» obedece al menos a dos causas, próxima una, remota la otra, pero claramente vinculadas entre sí. La causa próxima radica en la mayor simplicidad procedimental que caracteriza a la fusión frente a la extinción de la fundación. En efecto, la fusión requiere solo acuerdo motivado de los respectivos patronatos, comunicación al protectorado (que podrá oponerse solo por razones de legalidad), escritura pública e inscripción en el registro de fundaciones (art. 41 LFA). Todo «queda en casa»: recordemos que en el caso de las fundaciones del sector público autonómico (no así del local¹⁰), patronato y protectorado prácticamente son el mismo sujeto (la Administración matriz). En cambio, la extinción solo puede producirse por alguna de las causas enumeradas en el artículo 42 LFA. Y como ninguna de las causas concretas encaja en este supuesto, habría que acudir a la causa residual contenida en la letra f) del apartado 1: «cualquier otra causa establecida en las leyes». El problema es que, en principio, cualquier extinción por esa vía residual necesita adoptarse por resolución judicial motivada (art. 42.3 LFA). Por tanto, aquí la cosa «se complica». Pero es que, además, y por si ello fuera poco, la extinción exige la apertura de un ulterior procedimiento de liquidación más o menos aparatoso (art. 43 LFA). En cambio, la fusión no solo permite obviar dicho procedimiento (art. 43.1 LFA) e imputar automáticamente el patrimonio del ente absorbido al ente absorbente (art. 41.3 LFA), sino que todos los demás elementos que conforman aquel son destinados a este¹¹, incluidas —y a esto apunta la segunda razón de la medida— las relaciones jurídicas de naturaleza laboral. Porque de lo que se trata en definitiva —como veremos— es de facilitar la incorporación del personal al servicio de las fundaciones extintas a

Administrativa y Fondos de Compensación Interterritorial, correspondiente al ejercicio 2008», de la Cámara de Cuentas de Andalucía. *Vid.* en especial, Anexo XXII.1.19 (BOJA de 24 de junio de 2010, n.º 123, p. 658).

¹⁰ Sobre los problemas planteados por estas fundaciones en el ámbito de las Administraciones locales, *vid.* M. RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, «Las fundaciones del sector público en Andalucía. En especial, las fundaciones públicas locales en la nueva Ley de Autonomía Local de Andalucía», en *Anuario de Derecho de Fundaciones 2010*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 311-324; y «Nuevas formas de gestión de los servicios públicos locales: protectorado autonómico frente a autonomía local», comunicación presentada en el *XVIII Congreso Italo-Spagnolo dei Professori di Diritto Amministrativo*, que, con el título «*Forme private e interessi generali: quale ruolo per le Fondazioni?*», tuvo lugar en Bolonia durante los días 27-29 de mayo de 2010.

¹¹ *Vid.* J. GARCÍA-ANDRADE, *La fundación: un estudio jurídico*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997, p. 261.

la plantilla de los entes instrumentales de «acogida», en aplicación todo ello del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, relativo a la «sucesión de empresas».

En resumen, la fusión es todo ventajas. Ahora bien, los impulsores de la reforma no han reparado (¿o sí?) en un pequeño detalle: la fusión de la que hablan las Leyes estatal y andaluza de fundaciones es de fusión *entre fundaciones*, y no parece admisible la hipótesis de la fusión llamada heterogénea, es decir, de fundaciones con *personas jurídicas de otra naturaleza*¹², que es precisamente lo que han hecho los Decretos-leyes de 2010 primero, y la Ley 1/2011 después.

En efecto, la FAFFE se «fusiona» con el Servicio Andaluz de Empleo (Anexo del Acuerdo de 27 de julio de 2010, del Plan de Reordenación), que pasa de ser un organismo autónomo de carácter administrativo (art. 1.1 de la Ley 4/2002, de 16 de diciembre, de creación del Servicio Andaluz de Empleo), a convertirse en agencia de régimen especial, es decir, un ente instrumental que sigue teniendo personalidad jurídica propia *de Derecho Público*, a la que se le asignan funciones que implican *ejercicio de autoridad* (art. 71.1 LAJA). En consecuencia, el SAE se rige en general *por el Derecho Administrativo*, a excepción de aquellos aspectos de su gestión que por sus peculiaridades permitan y aconsejen la aplicación del Derecho Privado (art. 71.2 LAJA). El personal de este tipo de agencias puede ser tanto funcionario —al que se reserva en cualquier caso las funciones que impliquen ejercicio de autoridad— como laboral (art. 74.1 LAJA). En aplicación de la lógica de la «fusión», se dispone que el SAE «quedará subrogado en todas las relaciones jurídicas, bienes, derechos y obligaciones de los que es titular la Fundación (...) desde la fecha en que se acuerde su disolución o extinción» (art. 8.5 Ley 1/2011).

Por su parte, la FASS y la FADIS son objeto de «absorción por la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía» (Anexo del Acuerdo de 27 de julio de 2010). De nueva creación, la agencia citada se configura, en concreto, como una agencia pública empresarial, y, dentro de esta categoría, responde al tipo de las del apartado b) del artículo 68.1 LAJA, es decir, ente instrumental con personalidad jurídica *pública*, cuyas actividades son de carácter predominantemente prestacional, pero que se rige *en general* por el *Derecho Administrativo*, salvo en aquello en que su particular gestión empresarial requiera la aplicación del Derecho privado. En esto se diferencian del otro tipo de agencias públicas empresariales, las del apartado a) del mismo artículo de la

¹² En este sentido, *vid.* J. GARCÍA-ANDRADE, *La fundación: un estudio jurídico*, cit., p. 265. Los comentarios del autor citado se refieren a la antigua Ley estatal de Fundaciones de 1994, pero en este concreto punto ninguna diferencia hay entre aquella Ley y las vigentes Leyes estatal y andaluza de fundaciones.

LAJA, que se rigen en general por el Derecho privado, resultándoles aplicable el Derecho Administrativo solo en los aspectos enumerados por el precepto, tales como la formación de voluntad de sus órganos o el ejercicio de potestades administrativas (art. 69.1 LAJA). El artículo 69.3 LAJA determina que el personal de las agencias públicas empresariales será siempre de carácter laboral, sin perjuicio de la integración funcional de funcionarios de la Consejería competente en la estructura de la agencia para el ejercicio, cuando ello sea preciso, de las potestades públicas atribuidas a esta ¹³.

La radical diferencia entre las fundaciones del sector público y las agencias de nueva creación con las que aquellas resultan «fusionadas», no puede ser mayor. No es solo que las fundaciones del sector público sean personas jurídicas de Derecho privado y regidas casi en su totalidad por dicha disciplina, mientras que las nuevas agencias son personas jurídico-públicas sometidas a Derecho Administrativo. Es que, mientras que las fundaciones del sector público tienen vedado el ejercicio no solo de potestades administrativas sino de cualquier actividad que se les pudiera asemejar (véase la prohibición contenida en el art. 57.1 LF de que las fundaciones del sector público andaluz presten servicios públicos), las agencias de nueva creación tienen atribuido un *gran número de potestades administrativas*, algunas de ellas *de singular intensidad*. Así, al SAE se le confieren —nada más y nada menos— que las potestades de revisión de oficio de sus actos; de inspección; sancionadora; de fomento; las necesarias para la prestación de servicios públicos (se entiende, por tanto, que todas las de policía para el buen funcionamiento de los servicios atribuidos); las facultades y prerrogativas típicas en la ejecución de los contratos administrativos; las de investigación, deslinde, recuperación de oficio y desahucio en relación con sus bienes, etc. (art. 3 de sus Estatutos, aprobados por Decreto 96/2011) ¹⁴.

Aunque la legislación de fundaciones no se refiera expresamente a ello, numerosas razones de peso avalan el juicio desfavorable a que estas operacio-

¹³ La redacción del artículo 69 LAJA a que se alude en el texto también es obra de las modificaciones operadas por la Ley 1/2011. Este desfase entre la dependencia orgánica y la dirección funcional en el ejercicio de funciones públicas ha sido muy criticado por diversos colectivos, pues puede darse la paradoja de que un funcionario que realice funciones que impliquen el ejercicio de autoridad en una agencia, lo haga bajo las órdenes de un empleado público laboral que, como tal, no está constitucionalmente habilitado para el ejercicio de ese tipo de funciones.

¹⁴ Por su parte, a la nueva Agencia de Servicios Sociales y Dependencia se le atribuyen las de fe pública (se supone que en relación a las funciones de evaluación y acreditación que tiene atribuidas en materia de autonomía y dependencia personal); de revisión de oficio de sus actos; de gestión, recaudación e inspección de precios públicos y demás ingresos de derecho público no tributario; y de autotutela y recuperación del dominio público (art. 8 de sus Estatutos, aprobados por Decreto 101/2011).

nes de «fusión» sean posibles. El Derecho Comparado en materia de fundaciones apenas alude a la fusión de fundaciones y, cuando lo hace —como en el caso danés—, lo hace exclusivamente entre fundaciones. Lo mismo puede decirse de nuestro Derecho histórico (Instrucción de 14 de marzo de 1899 y Reglamento de 1972), que solo considera el fenómeno de las fusiones *entre fundaciones*¹⁵, y de nuestro Derecho societario vigente, que contempla el fenómeno de las fusiones entre sociedades de distinta naturaleza como algo realmente excepcional y lleno de cautelas¹⁶, y ello cuando lo contempla, lo que no siempre ocurre, siendo interpretado generalmente dicho silencio en sentido desfavorable¹⁷.

A ello conduce, por lo demás, una recta interpretación teleológica y sistemática de los preceptos que disciplinan la fusión y extinción de las fundaciones. Como ha señalado la doctrina, en la regulación de esta materia por las leyes de fundaciones es posible detectar un principio de conservación de la organización¹⁸ o, como lo llama L. Martín-Retortillo, de *favor foundationis*¹⁹, según el cual la Ley, antes de acudir al expediente más drástico de la extinción, estimula la fusión *con otra fundación*. Por tanto, en el caso de no optarse por esta segunda, lo que se impone desde la lógica de la Ley es acudir a la extinción. Esta es la única interpretación coherente con la diversa regulación

¹⁵ Vid. las referencias comparadas e históricas que hace J. CAFFARENA LAPORTA, «La fusión de las fundaciones», en *Comentarios a las leyes de fundaciones y de mecenazgo*, dir. por S. MUÑOZ MACHADO, M. CRUZ AMORÓS y R. DE LORENZO GARCÍA, Iustel, Madrid, 2005, pp. 438-439.

¹⁶ Por ejemplo, los artículos 63 a 66 de la Ley de Cooperativas regulan la fusión entre sociedades cooperativas, y solo como excepción y bajo el expresivo título de «Fusión especial», el artículo 67 permite la fusión de cooperativas con sociedades mercantiles —y solo con sociedades mercantiles— de otra clase. Además, el artículo —después de remitirse a las garantías reguladas en los artículos anteriores para la fusión entre cooperativas— añade otras específicas adaptadas al caso que contempla.

¹⁷ Para M.^a J. MORILLAS JARAMILLO y M. I. FELIÚ REY, *Curso de Cooperativas*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 465, antes de que el artículo 67 de la Ley de Cooperativas la contemplase, no era posible la fusión heterogénea. Por su parte, en relación con el artículo 22 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, que habla de fusiones solo —para admitirlas— de «sociedades mercantiles» entre sí, se ha dicho: «En cuanto a las sociedades que pueden tomar parte en el proceso de fusión, la Ley se refiere tan sólo a la fusión de “sociedades mercantiles” (cfr. art. 22 LME), lo que incluye también la fusión de sociedades de distinto tipo o clase, siempre que sean mercantiles (una SA con una SL, por ejemplo). La eventual admisibilidad de las fusiones heterogéneas habrá de buscarse en otros textos (así, para la fusión de una cooperativa y una sociedad mercantil o civil, véase el artículo 67 Lcoop)» (M. BROSETA PONT y F. MARTÍNEZ SANZ, *Manual de Derecho Mercantil*, 17.^a ed., Tecnos, Madrid, 2010, p. 568; la cursiva es nuestra).

¹⁸ Vid. J. GARCÍA-ANDRADE, *La fundación: un estudio jurídico*, cit., pp. 247 y 260.

¹⁹ Vid. L. MARTÍN-RETORTILLO, «Cuestiones de competencia: el inequívoco sentido de permanencia de las fundaciones», *Revista de Administración Pública*, n.º 89 (1979), p. 327.

destinada a ambas figuras, más exigente en el caso de la extinción, menos rigurosa en el supuesto de fusión entre fundaciones. En esta última, el destino del patrimonio fundacional a los fines de interés general queda, por definición, asegurado (la fundación se integra en otra fundación) y no hacen falta, por tanto, controles especialmente intensos. Pero si lo que se impone es otra forma de extinción, incluida la extinción con destino del patrimonio fundacional a otra persona jurídica de diferente naturaleza, lo exigido entonces es seguir el procedimiento general de extinción, más riguroso —como se expuso— en orden a asegurar el cumplimiento de aquella finalidad. Además, en ello, y no en otra cosa, parece estar pensando la Ley cuando, en sede de extinción y liquidación, y *no de fusión*, alude a la posibilidad de destinar el patrimonio fundacional no solo a otras «fundaciones» sino a otras «entidades no lucrativas privadas que persigan fines de interés general» o, incluso, a «entidades públicas de naturaleza no fundacional, siempre que persigan fines de interés general» y así se haya previsto en sus estatutos o cláusulas fundacionales (*cf.* apartados 3 y 4 del art. 43 LFA; y apartados 2 y 3 del art. 33 LF). En definitiva, no parece que la fusión de fundaciones con personas jurídicas de distinta naturaleza sea una laguna legal a integrar por vía de analogía con la figura de la fusión entre fundaciones, sino que se trata —simplemente— de una posibilidad vedada por la Ley, la cual exige —ante eventualidades de ese tipo— acudir al expediente general de extinción con su correspondiente liquidación.

La reforma operada por la Ley 1/2011, sin embargo, determina la «fusión» de las tres fundaciones citadas con dos entes administrativos de naturaleza y régimen jurídico diversos. Y esto es grave porque con ello el legislador autonómico está contradiciendo directamente legislación civil del Estado (arts. 30 y 31 LF: fusión y causas de extinción) y condiciones básicas (art. 32 LF: formas de extinción), todo ello a tenor de la DF 1.^a LF.

En definitiva, la «fusión» determinada por los Decretos-Leyes de 2010 primero, y por la Ley 1/2011 después, se antoja más bien una operación de dudosa admisibilidad, destinada a evitar el engorroso trámite de la extinción con posterior liquidación, para —sobre todo— asegurar la incorporación cuasi-automática del personal laboral de estas fundaciones a las nuevas agencias de la Junta de Andalucía. Así lo evidencian los Decretos por los que se han aprobado los estatutos de las nuevas agencias:

«Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 8.5 de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, el acuerdo de disolución, liquidación y cesión global de activo y pasivo de la Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo, así como la subrogación en *todas sus relaciones jurídicas*, bienes, derechos y obligaciones de toda clase, *incluidas las laborales en concepto de sucesión de empresa*

por la Agencia Servicio Andaluz de Empleo, se adoptará con carácter previo a la entrada de vigor de los Estatutos de la Agencia» (DA 1.^a del Decreto 96/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos del Servicio Andaluz de Empleo).

Sin embargo, como veremos a continuación, el automatismo de esta incorporación no está exento de grandes dificultades. Ello confirma, por lo demás y desde otra perspectiva, la imposibilidad de operar una auténtica «fusión» en el caso que tratamos, porque —al menos en lo que se refiere a las relaciones jurídico-laborales— no es posible aquí reconocer la plena imputación de derechos y obligaciones por la que se caracterizan los efectos de las auténticas fusiones.

B) *El régimen de incorporación del personal laboral de las fundaciones en las nuevas agencias previsto en la Ley 1/2011*

Pero aceptemos como hipótesis que la fusión sea posible, y que dicha operación sea juzgada válida. Queda entonces por ver si la pretendida incorporación del personal de las fundaciones en las nuevas agencias es posible o, al menos, si lo es con el carácter automático con que la conciben las distintas normas del plan de reordenación. La operación, por lo demás, afecta probablemente a centenares de trabajadores ²⁰.

Sobre esta cuestión, los Decretos-leyes 5 y 6/2010 contenían una disposición adicional, que después ha pasado a la Ley 1/2011, relativa al «*Régimen de integración del personal*». En su redacción definitiva, y por lo que aquí interesa —el personal al servicio de las fundaciones extinguidas— dispone:

«En los casos en que, como consecuencia de la reordenación del sector público andaluz, se produzca (...) la extinción de entidades instrumentales (...) privadas en las que sea mayoritaria la representación y la participación directa o indirecta de la Administración de la Junta de Andalucía y sus agencias, la integración del personal en las agencias públicas empresariales o de régimen especial que asuman el objeto y fines de aquellas se realizará de acuerdo con un protocolo que se adoptará por la Consejería competente en materia de Administración Pública y que aplicará las siguientes reglas:

(...)

²⁰ Por ejemplo, solo la FASS tuvo una plantilla media de 151 trabajadores durante el ejercicio 2004. *Vid. Informe de Fiscalización de la Fundación Andaluza de Servicios Sociales, correspondiente al ejercicio 2004, de la Cámara de Cuentas de Andalucía*, de 20 de abril de 2006 (www.ccuentas.es), p. 2.

b) El personal laboral procedente de las entidades instrumentales suprimidas se integrará en la nueva entidad resultante de acuerdo con las normas reguladoras de la sucesión de empresas, en las condiciones que establezca el citado protocolo de integración, y tendrá la consideración de personal laboral de la agencia pública empresarial o de la agencia de régimen especial. El acceso, en su caso, de este personal a la condición de personal funcionario o laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía solo podrá efectuarse mediante la participación en las correspondientes pruebas selectivas de acceso libre convocadas en ejecución de las ofertas de empleo público» (DA 4.ª de la Ley 1/2011).

Como puede comprobarse, la determinación de los pormenores del procedimiento de integración se remite a lo que disponga un documento que deberá aprobar la Consejería competente, el «protocolo de integración», aunque con una serie de límites que ya quedan perfectamente señalados:

— La integración del personal en las nuevas entidades se producirá de acuerdo con las normas reguladoras de la «sucesión de empresas».

— El personal así incorporado no tendrá la consideración de personal laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía, sino exclusivamente de la agencia en la que se integre.

— La disposición deja claro que, en consecuencia, dicho personal solo podrá acceder a la condición de personal de la Administración General a través de los correspondientes procedimientos selectivos de acceso libre.

Previamente a la aprobación de los Protocolos, la Mesa General de Negociación del Empleado Público de la Administración de la Junta de Andalucía adoptó sobre esta cuestión una serie de acuerdos el 18 de noviembre de 2010, acuerdos que fueron aprobados por Resolución del Consejo de Gobierno el 7 de diciembre de 2010 y publicados en el BOJA n.º 251, de 27 de diciembre de 2010. En dichos acuerdos se adoptó la decisión que, junto con las citadas previsiones contenidas en los Decretos-Leyes de 2010 y en la Ley 1/2011, va a determinar en lo sustancial el régimen de incorporación:

«Los trabajadores y trabajadoras procedentes de empresas, fundaciones y otros organismos que se incorporen a las Agencias recogidas en el Decreto-Ley 5/2010, de 27 de julio, o aquellas que en el futuro se pudieran crear o modificar, serán subrogados en todos sus derechos en aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores»²¹.

²¹ *Vid.* Punto Sexto del Acuerdo alcanzado entre la Junta de Andalucía y los sindicatos CCOO-A y UGT-A el día 29 de octubre de 2010, asumido y reproducido por los acuerdos de la Mesa General de Negociación que venimos comentando.

La fórmula que lo condensa todo —subrogación de los contratos de trabajo por las agencias en aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, relativo a la sucesión de empresas— queda así ya totalmente perfilada y pasa, sin variaciones sustanciales, a los Decretos que aprueban los Estatutos del SAE en relación con el personal procedente de la FAFPE, y de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia en relación con el de la FASS y la FADIS:

«1. Conforme a lo dispuesto en el apartado 1.b) de la Disposición adicional cuarta de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, el personal procedente de la Fundación Andaluza Fondo Formación y Empleo y de los Consorcios UTEDLT desde la fecha en que se acuerde su disolución o extinción, se integrarán en la Agencia con la condición de personal laboral de la misma. Dicha integración en la Agencia se hará en los términos establecidos para la sucesión de empresas en el artículo 44 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y en las condiciones que establezca el protocolo de integración, previsto en el apartado 1.a) de la Disposición adicional cuarta de la Ley 1/2011, de 17 de febrero.

2. La Agencia se subroga en los derechos y obligaciones derivados de los contratos de trabajo del personal laboral y, en su caso, de los convenios colectivos vigentes, así como de los acuerdos derivados de la interpretación de los mismos. Al citado personal le seguirá rigiendo el convenio colectivo que les corresponda, hasta tanto les sea de aplicación el convenio colectivo correspondiente.

3. De acuerdo con lo dispuesto en el apartado 1.b) de la disposición adicional cuarta de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, el acceso, en su caso, de este personal, a la condición de personal funcionario o laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía, solo podrá efectuarse mediante la participación en las correspondientes pruebas selectivas de acceso libre convocadas en ejecución de las ofertas de empleo público.

4. Las representaciones sindical y unitaria correspondientes al personal objeto de subrogación, se mantendrá en la Agencia en las mismas condiciones, con los mismos derechos y obligaciones que tuvieran en la entidad de procedencia, hasta la finalización de sus respectivos mandatos» (DA 2.^a del Decreto 96/2011, por el que se aprueban los Estatutos del SAE) ²².

Los «protocolos de integración» en el SAE y en la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia a que aluden repetidamente estas normas, se aproba-

²² En similares términos, DA 2.^a del Decreto 101/2011, que aprueba los Estatutos de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia, en relación con el personal laboral procedente de la FASS y de la FADIS.

ron finalmente al día siguiente de los Decretos que aprobaron los estatutos de las nuevas agencias, mediante sendas resoluciones de 20 de abril de 2011, publicadas en el BOJA n.º 84, de 30 de abril (pp. 12 y ss.). Quizás quepa pensar que están incurridos en vicio de incompetencia e infracción del procedimiento de elaboración, ya que se trata —llámese como se llamen— de reglamentos, de auténticas normas, y no de actos administrativos, como así parece concebirlos la Administración si atendemos al pie de recursos insertado en su publicación. Si se limitaran a regular los criterios aplicables al acto de integración o incorporación del personal, podría sostenerse que son actos administrativos de carácter general, con una pluralidad (en este caso determinada) de destinatarios, al modo en que lo son *mutatis mutandi* las bases de las convocatorias de los procedimientos selectivos de personal. Pero el caso es que los protocolos no se limitan solo a esos extremos, sino que aprueban también otras reglas en las que se contienen auténticas normas organizativas, porque se integran en el ordenamiento jurídico con carácter *ex novo* y con pretensión de regir permanentemente la posterior relación de servicio ²³.

En cualquier caso, y por lo que a nosotros interesa, ambos protocolos contienen una extensa regla —tercera en el caso del SAE, cuarta en el de la Agencia de Servicios Sociales— que se refiere específicamente al personal de las fundaciones «absorbidas». Por ejemplo, dispone la regla tercera del protocolo de integración del SAE:

²³ En efecto, las reglas que contienen los citados «protocolos» no están destinadas solo a regular un procedimiento determinado, el de incorporación de una serie de empleados públicos en unas Administraciones concretas, y no se agotan, por tanto, con la última incorporación que se produzca. Por ejemplo, en el Protocolo del SAE se establece la subsistencia de determinados puestos de trabajo de funcionarios en tanto no se aprueben las nuevas RPT de la Consejería y de la Agencia (regla primera); el mantenimiento de la condición de personal laboral de la Administración General de los empleados laborales procedentes de la Consejería que se integren en la Agencia, así como la aplicación de su Convenio Colectivo y del Estatuto Básico del Empleado Público (regla segunda); y se precisa la normativa laboral de general aplicación una vez incorporado el personal procedente de las fundaciones extinguidas y de los Consorcios Unidades Territoriales de Empleo y Desarrollo Local (apartados 3 de las reglas tercera y cuarta). El caso del Protocolo relativo a la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia es más claro si cabe, pues, además de todo lo anterior, contiene una regla cuarta en la que se detallan, en relación con los funcionarios adscritos funcionalmente a la Agencia, cuestiones tales como el contenido de dicha adscripción, régimen aplicable a sus condiciones de trabajo, atribución a la Agencia de la competencia relativa a la evaluación del desempeño, así como la titularidad de las potestades disciplinaria y de resolución de recursos contra instrucciones y órdenes de servicio.

«Tercera. *Incorporación del personal laboral de la Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo.*

1. Sucesión de empresa. En concepto de sucesión de la Fundación Andaluza Fondo Formación y Empleo —FAFFE—, y desde la fecha de su constitución efectiva, la Agencia quedará subrogada en calidad de empleador en la totalidad de los contratos laborales del personal laboral de la Fundación, con todos los derechos y obligaciones laborales y sociales inherentes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores antes citado.

2. Condiciones de integración. El personal laboral de la Fundación Andaluza Fondo Formación y Empleo se integrará en la Agencia, de conformidad con el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. De acuerdo con la regla de la letra b) de la disposición adicional cuarta de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, el personal integrado tendrá la consideración de personal laboral de la Agencia.

El acceso de este personal, en su caso, a la condición de personal funcionario o laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía sólo podrá efectuarse mediante la participación en las correspondientes pruebas selectivas de acceso libre convocadas en ejecución de las ofertas de empleo.

De acuerdo con la regla de la letra f) de la disposición adicional cuarta de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, la masa salarial del personal laboral al servicio de la Agencia no podrá superar, como consecuencia de la reordenación, la del personal de la citada Fundación.

3. Normativa laboral de aplicación. El personal laboral de la Fundación Andaluza Fondo Formación y Empleo que se integra en la Agencia mantendrá las mismas condiciones laborales y retributivas que tenía en dicha Fundación, así como las dimanantes, en su caso, del Convenio Colectivo para los años 2007-2009 de la Fundación Andaluza Fondo Formación y Empleo. Las condiciones laborales contenidas en dicho Convenio permanecerán subsistentes en tanto se aprueba un nuevo convenio aplicable al mismo, de acuerdo con lo establecido en el apartado e) de la disposición adicional cuarta de la Ley 1/2011, de 17 de febrero. Asimismo le será de aplicación la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público»²⁴.

En lo esencial, como se ve, el Protocolo de integración no añade nada que sea una auténtica novedad a las determinaciones ya previamente establecidas

²⁴ En términos sustancialmente idénticos, el Protocolo relativo a la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia.

por los «instrumentos normativos» del plan de reordenación. El Protocolo recoge la fórmula de la sucesión de empresas (art. 44 ET) como norma aplicable al supuesto en el que nos encontramos (fusión por absorción de una fundación por una Administración Pública), pero subrayando aún más, si cabe, el automatismo de la operación al puntualizar que la subrogación de la Agencia en la totalidad de los contratos laborales se producirá desde la misma «fecha de su constitución efectiva». Y ello porque la «sucesión» de la que habla el citado artículo 44 ET no es ni una novación, ni una cesión de créditos, ni una mera asunción de deuda, ni una cesión de contrato; se trata de una subrogación legal producida *ope legis*²⁵.

C) *Problemas que plantea la «sucesión de empresas» desde el Derecho del Trabajo*

Ahora bien, ¿es esto jurídicamente admisible? ¿Puede el personal laboral de las fundaciones extinguidas integrarse sin más en las agencias de nueva creación? ¿Resulta aplicable a este supuesto de «fusión por absorción» —en el caso de que esto fuera admisible— la regla de la sucesión de empresas contenida en el artículo 44 ET? ¿No existe en esta materia ninguna exigencia derivada de la otra gran norma que disciplina el empleo público laboral, el Estatuto Básico del Empleado Público? Dispone el artículo 44.1 ET:

«El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente».

La primera cuestión que suscita la lectura del precepto es si aquí nos encontramos ante el presupuesto de hecho fundamental, es decir, ante el «cambio de titularidad de una empresa». A este respecto, sigue diciendo el artículo 44 ET en su apartado 2:

«A los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria».

Son muchos los interrogantes que suscitan estos preceptos. ¿Es una fundación una «empresa» para el Estatuto de los Trabajadores? Evidentemente, sí.

²⁵ Vid. A. MONTROYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, 31.ª ed., Madrid, 2010, p. 437.

Pero, ¿puede entenderse que la «entidad económica» representada por las fundaciones mantienen su «identidad» al fusionarse con las agencias? A nuestro entender, la respuesta ha de ser negativa. Podría pensarse que sí: al fin y al cabo, se transmite un conjunto de medios organizados (todos los elementos integrantes de la fundación) a fin de seguir llevando a cabo determinadas actividades, que, si bien no son estrictamente económicas, en un sentido amplio podría entenderse que sí tienen tal carácter (la prestación de determinados servicios, por ejemplo). Lo importante, para el ET, no es tanto el empresario en cuanto que agente económico como el empresario en cuanto «empleador». Además, la «sucesión de empresas» de la que habla el precepto puede llevarse a cabo por cualquier negocio jurídico que sea adecuado para producir dicho efecto, incluso las absorciones y fusiones de empresas, como tiene declarado la jurisprudencia ²⁶.

Ahora bien, el precepto debe leerse en conexión con la Directiva 2001/23, de 12 de marzo, de aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad. La actual redacción del artículo 44 ET responde a la finalidad de trasponer dicha norma a nuestro ordenamiento interno. Y si bien es verdad que su artículo 1.1 dispone que el régimen de sucesión de empresas será aplicable «a empresas tanto públicas como privadas que ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro», también es verdad, por un lado, que habla de «actividad económica» y, por otro, que inmediatamente deja fuera de su ámbito de aplicación a los traspasos que se den como consecuencia de procesos de «reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas» (letra c). También es cierto que las previsiones de la Directiva son una base mínima de protección, que no imponen la uniformidad (STJCE de 27 de noviembre de 2008, *Mirja-Juuri*) ²⁷. Pero asimismo lo es que, en coherencia con ese criterio de mínimos representado por la Directiva, se ha rechazado en general la aplicación del artículo 44 ET en aquellos supuestos en los que el cambio de sujeto empresarial se produce en el seno de Administraciones y oficinas encargadas de prestar determinados servicios públicos, muchas veces en virtud de su particular régimen jurídico ²⁸.

²⁶ Vid. A. MONTAYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, cit., p. 436, y la jurisprudencia que cita.

²⁷ Vid. A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y J. GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, 19.ª ed., Tecnos, 2010, p. 683.

²⁸ Vid. A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y J. GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, cit., p. 693, y la abundante jurisprudencia que al respecto cita.

D) *Problemas que plantea la «sucesión de empresas» desde el Estatuto Básico del Empleado Público*

Pero, ante todo, no debe perderse de vista un dato fundamental: las fundaciones, aunque pertenezcan al sector público, no tienen carácter de Administraciones Públicas; las agencias, sí. Y al menos en materia de personal, que es lo que aquí importa, el Estatuto Básico del Empleado Público deja bien claro qué entiende a sus efectos por Administraciones Públicas:

«Este Estatuto se aplica al personal funcionario y en lo que proceda al personal *laboral* al servicio de las *siguientes Administraciones Públicas*:

— La Administración General del Estado.

— Las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla.

— Las Administraciones de las Entidades Locales.

— Los *Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia*, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas» (art. 2.1 EBEP).

Ciertamente, el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se rige por el Derecho del Trabajo, especialmente por el Estatuto de los Trabajadores. Pero no es menos cierto que el Estatuto Básico del Empleado Público no les resulta totalmente ajeno. Más bien lo contrario. «El presente Estatuto [a]simismo tiene por objeto determinar las normas aplicables al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas» (apartados 1 y 2 del art. 1 EBEP). Es más:

«El personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan» (art. 7 EBEP).

La situación consiste más bien en que este personal se rige por el Estatuto Básico del Empleado Público, y —en lo no previsto para él en dicha norma— por el Derecho Laboral que le resulte de aplicación. En tal sentido, casi pudiera decirse que para este personal el Estatuto de los Trabajadores es, con respecto al Estatuto Básico, una norma supletoria de primer grado²⁹. En coherencia con ello, el articulado del EBEP parece partir de la idea de que todo lo dispuesto en él no solo es aplicable a los funcionarios, sino también a los emplea-

²⁹ En parecidos términos, M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la función pública*, 5.ª ed., Tecnos, Madrid, 2008, p. 87.

dos laborales. La prueba está en que cuando quiere que algo quede regulado por el Derecho Laboral, así lo dispone expresamente. Y esto lo hace no una vez, sino muchas, pero siempre expresamente. Así, por ejemplo, el artículo 19 EBEP, después de señalar que el «personal laboral tendrá derecho a la promoción profesional» (apartado 1), añade que la «carrera profesional y la promoción del personal laboral se hará efectiva a través de los procedimientos previstos en el Estatuto de los Trabajadores» (apartado 2). De la misma manera se opera en relación con las retribuciones (art. 27); negociación colectiva (art. 37); jornada, permisos y vacaciones (art. 51); clasificación profesional (art. 77), etc.

Sin embargo, en la materia que ahora nos ocupa, no es necesaria una interpretación especialmente afinada. Basta con leer directamente lo que pone el artículo 55.2 EBEP:

«Las Administraciones Públicas, *entidades y organismos a que se refiere el artículo 2* del presente Estatuto seleccionarán a su personal funcionario y *laboral* mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales antes expresados [igualdad, mérito y capacidad], así como los establecidos a continuación:

- a) Publicidad de las convocatorias y de sus bases.
- b) Transparencia.
- c) Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección.
- d) Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección.
- e) Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar.
- f) Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección».

La conclusión que se impone es meridiana. Para ingresar como empleado público laboral en una agencia es necesario superar un procedimiento en el que no sólo se garanticen adecuadamente los principios que se acaban de citar, sino que respete —además— las determinaciones a las que se refiere el artículo 61.7 EBEP en relación con los sistemas selectivos (oposición, concurso y concurso-oposición).

La pregunta es: ¿ha superado estas exigencias el personal procedente de las fundaciones extinguidas? A la vista del automatismo previsto para la sucesión de empresas (subrogación legal), al menos en el momento de la sucesión es

claro que no. El problema se traslada, pues, a cualquier momento anterior: habrá que ver si dicho personal ingresó en su día través de un procedimiento con esas características, pues, en caso afirmativo, aún podría entenderse que las exigencias derivadas de los artículos 55 y 67 EBEP fueron satisfechas cuando dicho personal se incorporó a la plantilla de la fundación.

El problema es que resulta más que dudoso que ello se produjera realmente en algún momento. Como ha sido indicado ya, antes del Decreto-Ley 5/2010 la LAJA venía exigiendo que la contratación de personal al servicio de tales fundaciones se realizara «con sujeción a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de la correspondiente convocatoria». Pero la fórmula utilizada no solo era mucho más escueta y genérica que las previsiones contenidas en el EBEP, sino —quizás precisamente por eso— la interpretación que en muchos casos se hizo de ella no resulta en modo alguno equiparable al procedimiento de selección exigido por el EBEP para el personal de las agencias. En general, los procedimientos de selección han discurrido por cauces absolutamente informales (anuncios publicados en la página *web* de la propia fundación, plazos perentorios para el envío de currículums a través de correo electrónico y, a lo sumo, alguna entrevista).

Al respecto, es absolutamente esclarecedor el único (s.e.uo.) informe de fiscalización de la Cámara de Cuentas que ha recaído hasta la fecha sobre alguna de las fundaciones afectadas por la reordenación, la FASS, que corresponde al ejercicio 2004 y fue aprobado por unanimidad del Pleno en su sesión de 20 de abril de 2006. Extractamos algunos párrafos significativos, por contundentes, del capítulo dedicado a «Cumplimiento de la legalidad»³⁰:

«18. *Los 20 expedientes de personal examinados no permiten conocer la vida laboral de los trabajadores de la Fundación, al encontrarse éstos incompletos y no estar actualizados. Así, es frecuente que no consten los datos relativos a la situación personal o familiar del trabajador, los cursos de formación recibidos o la titulación académica exigida para el desempeño de un determinado puesto de trabajo.*

(...)

23. *La Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones dispone en su artículo 46, apartado 4, que la selección del personal de las fundaciones del sector público deberá realizarse con sujeción a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de la correspondiente convocatoria.*

³⁰ Informe de Fiscalización de la Fundación Andaluza de Servicios Sociales, correspondiente al ejercicio 2004, de la Cámara de Cuentas de Andalucía, de 20 de abril de 2006, n.º ref. OE 01/2005 (www.cuentas.es), pp. 3-5 y 14.

24. En el ejercicio sobre el que recae la auditoría, la Fundación *no tenía aprobada ninguna normativa interna para describir el procedimiento de selección de su personal y desarrollar los principios exigidos por la Ley*. No obstante, con posterioridad ha pactado con los representantes de los trabajadores el primer Convenio Colectivo de su personal, con vigencia para los años 2005 a 2007. En este Convenio se prevé que la incorporación tendrá lugar tras el oportuno proceso de selección, que la FASS podrá encomendar a cualquier empresa especializada. También se establece que, la valoración de la competencia de los trabajadores para el desempeño de un puesto de trabajo se llevará a cabo *por el método que se estime oportuno*.

25. En el año 2004 la Fundación ha utilizado tres cauces para la selección de su personal: a través de anuncios en prensa o en páginas webs dedicadas a publicitar ofertas laborales; mediante la contratación de empresas especializadas en la selección de personal y, en último lugar, por la propia Fundación. La utilización de uno u otro sistema dependió de que se pretendiera contratar un técnico cualificado u ocupar un puesto de responsabilidad, o bien contratar personal de apoyo o teleoperadores.

26. En la contratación de personal cualificado o de responsabilidad, por regla general, se utilizó una empresa especializada que llevó a cabo el proceso de selección, elevando una propuesta con varios candidatos que fueron entrevistados por los responsables de la Fundación, al objeto de decidir la persona más adecuada al puesto.

27. Los procesos de selección de personal de apoyo y teleoperadores se realizaron mediante una entrevista y una prueba informática en la propia FASS.

28. La incorporación del personal se realiza, por regla general, mediante una *relación laboral temporal que deviene, en su caso, en indefinida tras sucesivas prórrogas*, suscribiéndose entre el trabajador y la Fundación un contrato de trabajo indefinido» (la cursiva es nuestra).

Las recomendaciones con las que termina esta parte del Informe no pueden ser más elocuentes:

«29. La naturaleza de fundación pública de la FASS provoca que, por disposición legal, se integre en el sector público fundacional de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Además, el Acuerdo que autorizó su constitución la configuró como un «mecanismo institucional» de la propia Administración para ampliar su acción social. Pues bien, su naturaleza de fundación pública y su cualidad de ente instrumental que la vincula con la Consejería de Igualdad y Bienestar Social, *debería ocasionar que en la contratación de su personal utilizara procedimientos similares a los de la Administración de la Junta de Andalucía*. De esta manera, los procedimientos de selección *se podrían mejorar*

a través de convocatorias públicas con criterios objetivos previamente establecidos que garanticen la idoneidad para el desempeño del puesto de trabajo y, en su caso, mediante la realización de pruebas selectivas.

30. Asimismo, a semejanza de lo que sucede para el personal laboral del sector público de la Junta de Andalucía, *la conversión de un contrato de trabajo temporal en una relación laboral indefinida no se debería producir por el mero transcurso del tiempo, como ocurre en la actualidad, sino mediante el correspondiente proceso de selección que garantice los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad que exige la Ley*» (el subrayado tipográfico nuestro).

Finalmente, el Informe incluye en el Capítulo de «Conclusiones de Regularidad» el siguiente párrafo, y en este caso el énfasis tipográfico es original:

«71. La naturaleza de la fundación pública de la FASS y su cualidad de ente instrumental de la Consejería de Igualdad y Bienestar Social debería ocasionar que en la contratación de su personal utilizara procedimientos similares a los de la Administración de la Junta de Andalucía. En definitiva, mediante convocatorias públicas con criterios objetivos previamente establecidos y, en su caso, mediante la realización de pruebas selectivas.

Se recomienda que la FASS apruebe una normativa interna que regule el procedimiento de selección de su personal, que garantice los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad».

Para no proporcionar información sesgada, añadiremos que al final del Informe se incluyen diversas alegaciones formuladas por la Fundación fiscalizada³¹. Sin embargo, de las relacionadas con las cuestiones que aquí se han citado, la Cámara de Cuentas tan sólo acepta la del punto n.º 1, relativa a la ausencia de datos en los veinte expedientes de personal examinados³². Por lo demás, en el mismo sentido general se mueven los informes de fiscalización emitidos por la Cámara de Cuentas en relación con otras fundaciones del sector público andaluz³³.

³¹ En cumplimiento de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 1/1988, de 17 de marzo, de creación, competencias y funciones de la Cámara de Cuentas de Andalucía, según el cual, previamente a la emisión de cualquier informe definitivo, la Cámara debe comunicar al sujeto controlado el resultado de la actuación, para que este, en el plazo fijado en la comunicación, se manifieste sobre los reparos y recomendaciones del informe y sobre las medidas que al respecto hubiera adoptado o se disponga a adoptar.

³² Explicada por la distribución de la información relativa a los trabajadores en varios archivos. La fundación manifestó en la propia alegación el propósito de unificar en lo sucesivo todos los datos en un solo expediente. *Vid. Informe de Fiscalización de la Fundación Andaluza de Servicios Sociales*, cit., pp. 20-28.

³³ En esta línea, quizá sea más grave la situación que se desprende del análisis de la Fundación Red Andalucía Emprende (FRAE), que —al menos por el momento— no se ha visto

En definitiva, y por lo que aquí importa, no es posible equiparar los procedimientos selectivos del personal que trabajaba en estas fundaciones a los procedimientos selectivos que se les debería exigir para acceder a las nuevas agencias. La equiparación supone lisa y llanamente un incumplimiento del artículo 55 EBEP, que desplaza aquí al 44 del ET. Y lo peor es que, en el fondo, el propio legislador lo sabe. Sus propios actos lo delatan. Si no, ¿a qué precisar que, en cualquier caso, la incorporación de este personal a la Administración General de la Junta de Andalucía se realizará a través de pruebas selectivas de acceso libre (DA 4.^a de la Ley 1/2011)?³⁴ ¿A qué viene ahora modificar el

afectada por el plan de reordenación. Según el *Informe de Fiscalización de la entidad correspondiente al ejercicio 2006*, aprobado por el Pleno de la Cámara de Cuentas de Andalucía el 19 de noviembre de 2008 (OE 05/2007), esta Fundación, con una plantilla de 234 trabajadores y ocho Centros de Apoyo al Desarrollo Empresarial (CADES) en el ejercicio 2006, no solo «no tenía aprobada ninguna normativa interna para describir el procedimiento de selección de su personal y desarrollar los principios exigidos por la Ley» (punto 26), sino que en «el ejercicio 2006 las contrataciones se realizaron, por lo general, mediante convocatoria publicada en la página web de la fundación. En todas no se aprobaron con anterioridad criterios de objetivos y los procesos se llevaron a cabo por una empresa especializada contratada por la fundación» (punto 27). En coherencia con ello se concluye que «la naturaleza de la fundación pública de la FRAE debería ocasionar que en la contratación de su personal se utilizaran convocatorias públicas, no sólo publicadas en su página web y con criterios objetivos previamente establecidos» (punto 96). Igual de contundente se muestra el *Informe de fiscalización de la Fundación Andaluza El Legado Andalusí*, tampoco afectada por el momento por el proceso de reordenación: «73. Las incorporaciones a la plantilla durante 2007 se realizaron sin respetarse los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. Los contratos de las altas han sido formalizados por un cargo de inferior categoría al especificado por los Estatutos. (§ 26) 74. Se han producido varios ascensos de categoría profesional sin respetarse el procedimiento contemplado en el convenio aplicable para los procesos de promoción interna» (*Informe de fiscalización de regularidad de la Fundación para el Desarrollo del Legado Andalusí, correspondiente al ejercicio 2007*, aprobado por el Pleno de la Cámara de Cuentas de Andalucía el 18 de marzo de 2010; OE 10/2008). Finalmente, según el *Informe de fiscalización de regularidad de la Fundación Real Escuela Andaluza de Arte Ecuestre*, correspondiente al ejercicio 2003, y aprobado por el Pleno de la Cámara el 8 de noviembre de 2005 (OE 06/2004): «28. El Convenio Colectivo del Personal de la REAAE vigente en el período 1996/1997, preveía una bolsa de trabajo para cubrir temporalmente las plazas vacantes de puestos de trabajo. Sin embargo, en el año 2003 aún no se había puesto en funcionamiento la bolsa de empleo. Por este motivo, la selección de trabajadores que son contratados temporalmente, se realiza entre los alumnos más antiguos que han participado en cursos de formación en la REAAE o entre personas que, sin mediar convocatoria, envían su currículum vitae a la Fundación. 29. El artículo 46, apartado 4 de la Ley de Fundaciones obliga a las fundaciones públicas a seleccionar su personal con respeto a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de la correspondiente convocatoria. El procedimiento que utiliza la REAAE no garantiza adecuadamente estos principios, ni se realiza mediante convocatoria pública. Además, algunos de estos contratos temporales se han transformado con posterioridad en indefinidos, mediante un acuerdo con el Comité de Empresa de la Fundación aprobando un Plan de Estabilidad en el Empleo». Pueden consultarse todos estos informes en www.ccuentas.es.

³⁴ Además de que tal previsión, visto lo visto, no garantiza nada. Basta con que el legisla-

artículo 78.2 LAJA para exigir que la incorporación del personal no directivo de las fundaciones del sector público vaya precedida de «convocatoria pública en medios oficiales» y de «procesos selectivos» basados en los «principios de igualdad, mérito y capacidad»? Evidentemente, el legislador es consciente de lo que ha ocurrido. Aunque la reacción haya llegado demasiado tarde y —ante la magnitud del problema— se haya visto obligado a aprobar una DA 4.^a de la Ley 1/2011 que contradice lo dispuesto en el EBEP.

E) *Conclusión. Consecuencias de la indebida confusión entre Derecho privado y Derecho público*

En resumen, puede afirmarse que el complejo formado por las fusiones por absorción y posterior integración del personal de las fundaciones extinguidas en las nuevas agencias de la Junta de Andalucía plantea algunos problemas desde el punto de vista de su constitucionalidad. No solo desde la perspectiva competencial, en la medida en que se entienda que lo dispuesto por el legislador andaluz contradiga normas estatales que son legislación civil (fusión de fundaciones) y bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos o legislación laboral, si atendemos a lo dispuesto en la DF 1.^a del EBEP. La reforma también suscita dudas acerca de su compatibilidad con el artículo 23.3 CE, en conexión con el 103.3 CE, que reconoce el derecho fundamental al acceso a funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad. No es óbice para ello el que la jurisprudencia constitucional haya restringido el ámbito de protección del artículo 23.2 CE al personal estatutario en sentido estricto, dejando fuera al personal laboral³⁵. Existen también numerosos pronunciamientos en los que el TC ha otorgado a este personal una tutela equivalente por la vía del artículo 14.2 CE, interpretando que dicho precepto reconoce el derecho de acceso a la condición de personal laboral al servicio de las Administraciones sobre la base de un fundamento objetivo basado en el mérito³⁶. Tampoco es obstáculo para entenderlo así el hecho de que la reforma no haya

dor andaluz, llegado el momento, neutralice, derogue o desplace —por el procedimiento que sea— la citada disposición.

³⁵ *Vid.*, sobre el particular, M. BELADÍEZ ROJO, «El derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas (artículo 23.2 CE)», en *Justicia Administrativa*, n.º 45 (2009), p. 7, criticando esta exclusión del personal laboral: «Esta opción por referir el derecho fundamental que consagra el artículo 23.2 CE únicamente a los puestos de carácter funcional conlleva establecer una diferencia en el acceso al empleo público que, en mi opinión, el diferente vínculo jurídico no logra explicar. El régimen de acceso al empleo público debería, a mi juicio, inspirarse en los mismos principios, con independencia de que la relación de empleo tenga carácter laboral o funcional».

³⁶ *Vid.* J. MAURI MAJÓS, «El acceso al empleo público», en *Manual del Empleo Público*, dir. por F. CASTILLO BLANCO y coord. por J. E. QUESADA LUMBRERAS, Iustel, Madrid, 2009, p. 261, en

lesionado ningún derecho fundamental en sentido estricto del que sea titular algún ciudadano en concreto. Tanto el valor normativo de la Constitución (art. 9.1 CE) como la llamada dimensión objetiva o institucional de los derechos fundamentales³⁷ conducen a esa misma conclusión³⁸. En todo caso, se traslucen —esta vez en materia de personal— las consecuencias problemáticas de la inevitable desnaturalización que experimenta el instituto fundacional cuando hace uso de él la Administración³⁹; manifestación, acaso, de un fenómeno más amplio de desconocimiento de la debida separación entre Derecho público y Derecho privado, exigencia ineludible del Estado de Derecho y no mero prurito academicista⁴⁰.

donde añade además: «Los argumentos utilizados [por el TC] pueden situarse perfectamente en la doctrina del Tribunal Constitucional elaborada para la interpretación del artículo 23.2 de la CE. Por tanto, podemos afirmar que, desde la lógica estricta del acceso, no hay diferencias destacables entre el resultado obtenido por la aplicación del artículo 14 de la CE al personal laboral del sector público y el que produce la aplicación del artículo 23.2 de la CE al personal funcionario». Sobre la relación de especialidad del artículo 23.2 CE con respecto al artículo 14.2 CE, *vid.*, entre otros, M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la función pública*, cit., p. 46.

³⁷ Muy resumidamente, la dimensión institucional u objetiva de los derechos fundamentales —que no debe confundirse con la teoría de la garantía institucional— significa el reconocimiento del lugar central que estos ocupan en el ordenamiento jurídico. De ahí la consecuencia de que los poderes públicos —también el legislador— tengan el deber positivo de remover todos los obstáculos que se opongan a su disfrute real y efectivo por los ciudadanos (art. 9.2 CE). Como es evidente implica también, con mayor razón, el deber negativo de no adoptar medidas que supongan nuevos obstáculos en tal sentido. Sobre la dimensión objetiva o institucional de los derechos fundamentales, *vid.*, entre otros, A. CIDONCHA MARTÍN, «Garantía institucional, dimensión institucional y derechos fundamentales», en *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 23 (2009), pp. 149 y ss.

³⁸ Cuando se escriben estas líneas ha parecido en el «BOE» la admisión a trámite del recurso de inconstitucionalidad n.º 2733-2011, contra determinados preceptos de la Ley 1/2011. Entre ellos aparecen impugnados los artículos 8 (absorción de la FAFPE) y 19 (absorción de la FASS y la FADIS), así como la DA 4.ª (régimen de integración del personal) («BOE» núm. 143, de 16 de junio de 2011, p. 61699).

³⁹ Sobre los problemas —a veces insolubles— generados por aplicar el Derecho (privado) general de las fundaciones a las del sector público, *vid.*, por ejemplo, J. L. PIÑAR MAÑAS, «Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 97 (1998), pp. 37 y ss.; y J. L. BERMEJO LATRE, «Las fundaciones privadas de iniciativa pública y la “huida” del Derecho administrativo», en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, coord. F. SOSA WAGNER, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 935 y ss.

⁴⁰ Como ha puesto de manifiesto J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «Derecho público y Derecho privado, disyuntiva determinante para el Estado de Derecho», en *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 26 (2011). El citado trabajo constituye la primera parte de su discurso de ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid, de 23 de octubre de 2009.

Novedades en materia de fundaciones en la Comunidad Autónoma de Aragón

José Luis Bermejo Latre

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. EL TEJIDO FUNDACIONAL ARAGONÉS.—II. LAS FUNDACIONES ARAGONESAS ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN.—III. LAS FUNDACIONES PRIVADAS DE INICIATIVA PÚBLICA ARAGONESAS ANTE EL TRIBUNAL DE CUENTAS.—IV. LA INCIDENCIA DE LA REFORMA FINANCIERA EN LA CONFIGURACIÓN FUNDACIONAL DE LAS CAJAS DE AHORRO ARAGONESAS.

I. El tejido fundacional aragonés

La fuente de información más reciente sobre la planta y dinámica de las fundaciones aragonesas es el *Directorio de Fundaciones Aragón 2009*, en el que se analizan datos procedentes, fundamentalmente, del registro de fundaciones de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón¹. Este directorio presenta todas y cada una de las fundaciones en sendos índices, alfabético y registral (es decir, en función de la sección registral en la que están inscritas las fundaciones: fundaciones activas creadas o adaptadas bajo la Ley 50/2002 e inscritas originariamente en el Registro; fundaciones históricas transferidas en 1995 con la asunción de competencias en la materia por parte de la Comunidad Autónoma y con estatutos adaptados a la Ley de Fundaciones de 2002; fundaciones históricas transferidas no adaptadas a la Ley de Fundaciones de 2002 —la mayoría inactivas— y, finalmente, delegaciones de fundaciones con sede ajena).

De los datos ofrecidos por el Directorio se desprende la riqueza de actividades y de instituciones implicadas en el ámbito fundacional aragonés, un sector ya veterano, como lo demuestra la ancianidad de algunas entidades cuya existencia data de siglos remotos (las fundaciones más antiguas datan de 1405 —Fundación Hospital de Graus, hoy inactiva— y 1430 —Fundación Hogar

¹ C. MARCUELLO SERVÓS (coord.), *Directorio de fundaciones Aragón 2009*, GESES-Grupo de Estudios Sociales y Económicos del Tercer Sector, Universidad de Zaragoza, pp. 7-17. Documento consultable en <http://www.unizar.es/geses/fundaciones/directorio2009.pdf>.

Santa María de Gracia en Puertomingalvo, actualmente reactivada—, respectivamente). No obstante, el número más importante se ha creado en las dos últimas décadas, al calor de la moderna legislación de fundaciones y fomento del mecenazgo representada por las leyes de 1994 y 2002. De hecho, 32 fundaciones aragonesas fueron creadas antes del siglo XX, 75 en el siglo XX, hasta la década de los noventa, punto de inflexión en el movimiento fundacional por cuanto el fin de siglo vio nacer 138 fundaciones y el comienzo del nuevo 283: así pues, entre 1996 a 2009 se creaban un promedio de 27 fundaciones por año en Aragón.

A finales de 2009, el total de fundaciones aragonesas era de 533, de las cuales se habían extinguido 68, de modo que hay 427 fundaciones activas inscritas en el Registro aragonés, tanto de ámbito autonómico como de ámbito nacional. En dicha nómina se cuentan tanto las fundaciones creadas con sede social en Aragón, cuyo ámbito de actuación es la propia Comunidad Autónoma, como las creadas en Aragón pero con un ámbito de actuación nacional, las que han ampliado progresivamente su ámbito de actividad al ámbito nacional y las delegaciones de fundaciones con sede en otras Comunidades Autónomas pero con alta actividad en Aragón. De las 427 fundaciones, 308 tienen sede en Aragón y están registradas en el registro aragonés, 41 son delegaciones de fundaciones y 78 fundaciones registradas en los diferentes registros estatales. El 62% tiene ámbito autonómico y coincide con las fundaciones de reciente creación, el 28% son de ámbito nacional, el 5% son de ámbito local, el 4% de ámbito provincial y el 1% —las más recientes en el tiempo— de ámbito comarcal.

La proporción de las fundaciones aragonesas con respecto al total nacional representa un 6,4%, cifra relativamente mayor que la proporción de población residente, lo cual da idea del dinamismo del sector fundacional aragonés. La distribución geográfica de las fundaciones responde a la estructura demográfica de la Comunidad Autónoma: el 75% de las fundaciones fueron creadas en la provincia de Zaragoza (60% en la capital), el 13% en la provincia de Huesca (5% en la capital y 8% en el resto de la provincia) y el 12% de las fundaciones en la provincia de Teruel, distribuidas en un 3,2% en la capital turolense y un 8,6% en el resto de las ciudades de la provincia.

Las fundaciones aragonesas ocupan unos sectores de actividad de acuerdo con una estructura similar al conjunto del sector no lucrativo en España, de forma que predominan los sectores de servicios sociales (31%), educación (17%), cultura y ocio (14%), desarrollo local y comunitario (9%) y cooperación internacional (9%).

En cuanto a la naturaleza de las personas fundadoras, 169 fundaciones que representan el 40% han sido creadas por personas físicas; 164 fundaciones, un

38%, han sido promovidas por entidades privadas (por orden de importancia, entidades religiosas, asociaciones y otras fundaciones, empresas, partidos políticos o sindicatos, asociaciones empresariales o profesionales y cooperativas, cajas de ahorros y mutuas), y 69 (16%) han sido fundadas por administraciones públicas (fundamentalmente de modo conjunto con otras entidades privadas).

Finalmente, hay grandes diferencias en la dotación patrimonial de las fundaciones aragonesas, que conjuntamente importan una suma total de unos 75 millones de euros. No hay datos para 90 fundaciones, mientras 223 fundaciones tienen una dotación patrimonial inferior a los 30.000 euros, solo ocho fundaciones tienen una dotación entre 1 y 3 millones de euros y cinco superan los 3.000.000 de euros.

Cabe destacar que en diciembre de 2005 se constituyó el Consejo Autónomo de Fundaciones de Aragón, promovido por la Asociación Española de Fundaciones, integrado por una treintena de fundaciones de diversa tipología y con el propósito de configurarse en *lobby* o representación del ya de por sí robusto sector fundacional en Aragón.

Para concluir este trazado de un panorama del sector fundacional aragonés, y aun reconociendo la subjetividad en la selección, cabe reseñar las fundaciones cuyas actividades se hacen sentir con mayor intensidad: Fundación Ecología y Desarrollo (medio ambiente), Fundación para el Desarrollo de las Nuevas Tecnologías del Hidrógeno en Aragón (I+D), Fundación Santa María de Albaracín (patrimonio cultural), Fundación Universidad San Jorge (educación superior) y Fundación Ramón Rey Ardid (servicios sociales).

II. Las fundaciones aragonesas ante el Tribunal Superior de Justicia de Aragón

No son muchas las sentencias pronunciadas por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en asuntos relativos a las fundaciones, lo cual evidencia el carácter pacífico del entorno fundacional aragonés. Se trata, además, de litigios sustanciados en el orden contencioso-administrativo y que versan únicamente sobre asuntos tributarios, destacándose la total ausencia de jurisprudencia «menor» civil.

En efecto, son práctica mayoría las sentencias recaídas en los recursos contencioso-administrativos interpuestos frente a liquidaciones de diversos impuestos (impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana, impuesto de bienes inmuebles, impuesto de actos jurídicos documentados), en los cuales diversas entidades (normalmente congregaciones religiosas) reclaman la aplicación de exenciones subjetivas al amparo de las muchas

excepciones legales que benefician a las entidades de naturaleza fundacional. La mayoría de las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (TSJAr) invocan la doctrina legal del Tribunal Supremo acerca de la necesidad de coincidencia entre la naturaleza de las entidades contribuyentes y la afectación de los bienes adquiridos a obras sociales y benéficas para ostentar el derecho a las exenciones tributarias, desestimando las pretensiones de las recurrentes. Tal es el caso de la STSJAr 266/2003, de 26 de febrero, que afecta a la Congregación de Religiosas de Jesús-María en la venta de un antiguo colegio con destino a derribo y posterior construcción de un edificio residencial (en el mismo sentido, la STSJAr 865/2001, de 5 de noviembre, litigando la Congregación de los Hermanos de las Escuelas Cristianas de Zaragoza) o, en sentido estimatorio, de la STSJAr 772/2002, de 30 de septiembre, recaída en el litigio entablado por la Fundación Nuestra Señora de la Asunción y San José de Zaragoza, contra liquidaciones del IBI por una serie de pisos adquiridos *mortis causa* (en el mismo sentido, la STSJAr 643/2002, de 29 de julio, litigando la Congregación de Misioneras de Nuestra Señora del Pilar de Huesca, y la STSJAr 764/2003, de 22 de septiembre, litigando la Compañía de Jesús en Huesca).

Otra decisión de interés es aquella que niega a las cajas de ahorros el beneficio de asistencia jurídica gratuita y, consecuentemente, la exención subjetiva del impuesto sobre actos jurídicos documentados en las anotaciones preventivas de embargo de inmuebles más allá de «las adquisiciones directamente destinadas a sus obras sociales» (así en la STSJAr 29/2001, de 15 de enero).

Finalmente, se impone la reseña de sendas sentencias, las SSTSJAr 485/2004 y 486/2004, ambas de 25 de junio, debido a la aproximación nominalista del concepto de fundación —correcta, por otra parte— que aplican en un recurso planteado frente al rechazo de la aplicación de deducciones por donativos personales en el IRPF a sendas parejas de hermanas que constituyeron sendas comunidades de bienes con el objeto de recaudar fondos destinados a la construcción de una residencia de ancianos para su ulterior donación gratuita a un pequeño municipio zaragozano.

III. Las fundaciones privadas de iniciativa pública aragonesas ante el Tribunal de Cuentas

A finales de 2010 se hizo público el informe anual del Tribunal de Cuentas relativo a la Comunidad Autónoma de Aragón durante los ejercicios 2004 y 2005. En dicho informe se viene a analizar la situación financiera de las fundaciones privadas de iniciativa pública autonómica, a la luz de la normativa

contable (Real Decreto 776/1998, de 30 de abril, *por el que se aprueban las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos y las normas de información presupuestaria de estas entidades* y, en el caso de Aragón, Decreto 22/2003, de 28 de enero, del Gobierno de Aragón, *por el que se regula el sistema de información de la contabilidad de la Administración, de los organismos públicos y de las empresas de la Comunidad Autónoma de Aragón*, que remite a aquél en cuanto a la formación de las cuentas de las fundaciones en cuestión).

Las fundaciones reguladas por la disposición adicional octava del *Texto Refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón* (Decreto Legislativo 2/2001, de 3 de julio, del Gobierno de Aragón) sumaban una docena a la fecha del examen, pudiendo relacionarse las siguientes: Fundación Andrea Prader, Fundación Agencia Aragonesa para I+D (ARAI+D), Fundación Conjunto Paleontológico de Teruel, Fundación Desarrollo Nuevas Tecnologías del Hidrógeno de Aragón, Fundación Emprender en Aragón, Fundación Gran Teatro Fleta (en liquidación), Fundación Jaca 2007, Fundación Jaca 2010 (en liquidación), Fundación Santa María de Albarracín, Fundación Torralba-Fortún, Fundación Tutelar Aragonesa de Adultos y Fundación *Zaragoza Logistics Center*.

No obstante, el Tribunal de Cuentas pudo contar únicamente con los informes de control financiero correspondientes a las fundaciones «Andrea Prader», «Gran Teatro Fleta» y «Torralba Fortún». Importa destacar este dato para contrastarlo con los estados financieros, de los cuales resulta un importe negativo de 1.560.000 euros en 2004 y 1.482.000 euros en 2005, presentando únicamente la Fundación Andrea Prader un resultado positivo al cierre del ejercicio. La conclusión deplorable, y extensible al entorno del sector público empresarial de la Comunidad Autónoma, es el elevado número de entes existentes, la inadecuación de la forma fundacional para la mayoría de los fines propuestos, además de la escasa transparencia y acierto en la gestión de los mismos.

El Tribunal de Cuentas constata, además del incumplimiento de la obligatoria rendición de cuentas por parte de casi la mitad de las fundaciones relacionadas, la falta de presentación de varios documentos exigidos por la normativa contable, tales como el estado de ejecución del Programa de Actuaciones, Inversiones y Financiación, la liquidación de los Presupuestos de Explotación y Capital, los estados demostrativos de las subvenciones, transferencias concedidas y recibidas, y los estados demostrativos de la composición del fondo social.

Muchas son las irregularidades, impropias en todo caso de un subsector materialmente administrativo: por ejemplo, la falta del reparto entre los funda-

dores (Gobierno de Aragón, Diputación Provincial de Huesca y Ayuntamiento de Jaca) del haber social de la Fundación Jaca 2010, constituida en 1998 y disuelta en 2002 al no resultar elegida Jaca como sede de los Juegos Olímpicos de Invierno de 2010; o la contabilización de una subvención de 166.000 euros (cifra superior a la dotación fundacional, de 150.000) no abonada por la Administración autonómica, a la vez matriz y concedente de la ayuda (Fundación Torralba-Fortún, constituida en 2002 para la explotación de la colección de arte oriental legado al Gobierno de Aragón por un particular).

Acaso la atribución a la Cámara de Cuentas de Aragón, recientemente constituida por Ley 11/2009, de 30 de diciembre, de las funciones de «fiscalización de la totalidad de los fondos públicos (...) percibidos por (...) las fundaciones en las que las entidades integrantes del sector público participen, directa o indirectamente, mayoritariamente en su capital, en su dotación fundacional o en la constitución de sus recursos propios, o financien mayoritariamente sus actividades, o tengan capacidad de nombramiento de más de la mitad de los miembros de los órganos de dirección, administración o control» sirva para concienciar a los patronatos de las respectivas fundaciones de iniciativa pública —y al propio protectorado de las mismas— de la importancia de la buena gestión para el éxito de los fines de interés general propuestos.

IV. La incidencia de la reforma financiera en la configuración fundacional de las cajas de ahorro aragonesas

Como es sabido, la naturaleza fundacional de las cajas de ahorro es, al mismo tiempo, causa y consecuencia de la preceptiva existencia de la obra social. Tal obra social, como sucede en el caso de las dos cajas de ahorro de matriz aragonesa (Ibercaja y Caja de Ahorros de la Inmaculada —CAI—), puede ser objeto de una gestión integrada en los propios órganos de las entidades financieras, o bien segregada y atribuida a otras entidades relativamente autónomas. Así pues, ambas cajas se valen de sendas fundaciones (Fundación CAI-Acción Social Católica y Fundación Ibercaja) para la gestión de su obra social.

Seguramente, la razón de esta disociación se halle en la conveniencia de distinguir las funciones de protectorado y control atribuidas por el artículo 3.2.b) de la Ley 1/1991, de 4 de enero, *reguladora de las Cajas de Ahorros en Aragón* al Gobierno de Aragón «sin perjuicio de las atribuciones que al respecto puedan corresponder al Banco de España u otras entidades u organismos de la administración del Estado», en materia financiera y organizativa, de las funciones de protectorado clásicas que corresponden también al ejecutivo autonómico, estas al amparo de la legislación fundacional. De hecho, y de acuerdo

con la normativa básica estatal, la Ley aragonesa 1/1991 dispone en su artículo 30.2 la existencia preceptiva de una Comisión de la Obra Social como órgano adicional a los necesarios recogidos en la propia ley, especificando su composición en el artículo 58 quáter recientemente introducido en la Ley 1/1991 por la Ley 10/2010, de 16 de diciembre, de modificación de aquélla (así pues, la Comisión de Obra Social estará integrada por los Consejeros Generales que nombre la Asamblea General, sin tener en cuenta los derechos de voto de los cuotapartícipes si los hubiere, por un representante del Gobierno de Aragón y otro representante de cada una de las Comunidades Autónomas en que la Caja de Ahorros haya captado más de un 10% del total de sus depósitos).

Importa, pues, destacar —cuando menos, aventurar— la incidencia que puedan tener en esta peculiar organización disociada las recientes reformas operadas en la legislación financiera, particularmente las dedicadas a laminar el sector de las cajas de ahorro con el propósito de bancarizarlo en la medida de lo posible. Sin entrar a valorar el acierto de estas medidas, parece claro que el primer Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, *de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros*, pretendió reestructurar el sector reduciendo de 45 a 15 las cajas de ahorros españolas, ofreciendo tres alternativas: la permanencia como caja de ahorros (en un primer momento se decantó por esta solución Ibercaja), la integración en un «sistema institucional de protección», también conocido como «fusión fría», al amparo del artículo 8.3.d) de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, *de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros* (así lo hizo CAI, al unirse al Círculo Católico de Burgos y a la Caja de Badajoz formando Caja3) o la creación de un grupo consolidado entre varias cajas (una entidad de crédito instrumental a la que aportar el negocio financiero).

Con posterioridad, el Real Decreto-ley 2/2011, de 18 de febrero, *para el reforzamiento del sistema financiero*, abundó en la tercera de las alternativas propuestas, imponiendo a las cajas de ahorros un incremento del *core capital* con las miras puestas en su transformación en bancos.

En este contexto de paulatino abandono del tradicional modelo fundacional seguido para la regulación de las cajas de ahorros, y a pesar de presentar unos ratios de solvencia y liquidez superiores a los dispuestos en la reciente normativa para la obligatoria bancarización (9,7% de *core capital*, 10,3% de capital principal, 12% del activo en líquido y 3,7% de morosidad frente a una media nacional del 5,8%), el consejo de administración de Ibercaja acordaba en abril de 2011 la iniciación de los trámites para crear una entidad bancaria a la que transferir la totalidad de su negocio financiero, operación culminada en

septiembre de 2011. La pretensión de Ibercaja, al parecer, es mantener su identidad corporativa como caja de ahorros, su compromiso con la Obra Social y la configuración de sus órganos de gobierno, compatibilizando el cumplimiento de los objetivos fundacionales y la satisfacción de las exigencias del mercado en cuanto a rentabilidad y solvencia. De prosperar administrativamente la pretensión de Ibercaja, esta pasaría a desarrollar su actividad indirectamente de acuerdo con lo previsto en el artículo 5 del Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, algo que, de acuerdo con la disposición adicional 2.^a de la Ley 1/1991, modificada por la Ley 10/2010, de 16 de diciembre, reduciría los órganos de gobierno de la caja exclusivamente a la Asamblea General, el Consejo de Administración y la Comisión de Control, desapareciendo la Comisión de Obra Social. Semejante movimiento orgánico sólo puede entenderse a la vista del mantenimiento de la actual fundación como ente aglutinador de las actividades reconducibles a la obra social, tal y como dispone el artículo 28 bis de la Ley 1/1991, de 4 de enero, de acuerdo con el cual «a la obra social y cultural no gestionada directamente por las Cajas le serán de aplicación los mismos principios y criterios que a la gestionada directamente».

En cualquier caso, tanto el movimiento táctico de Ibercaja, como el enrocamiento de su competidora CAI en su posición tradicional, solo fortalecida con la integración en el SIP citado, demuestra la vocación fundacional de las cajas de ahorros aragonesas y garantiza el mantenimiento de las importantes obras sociales respectivas. No obstante, habrá que esperar los inmediatos desarrollos de la normativa financiera en el corto plazo para valorar la evolución del factor fundacional en el sector de las cajas de ahorros.

Las fundaciones en Asturias

Alejandro Huergo Lora

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Oviedo

Javier García Luengo

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Oviedo

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. NOVEDADES LEGISLATIVAS: 1. *La Propuesta de Ley de Fundaciones del Principado de Asturias*: A) Introducción. B) Propuestas para agilizar o levantar los controles administrativos. C) Propuestas en materia organizativa. D) La actividad económica de las fundaciones. E) La regulación propuesta sobre las fundaciones del sector público asturiano. F) Valoración de la Propuesta. 2. *La Ley 11/2010, de 17 de diciembre de Cuarta Modificación de la Ley del Principado de Asturias 2/2000, de 23 de junio, de Cajas de Ahorro*.—III. PRÁCTICA ADMINISTRATIVA DE LOS REGISTROS DE FUNDACIONES.

I. Introducción

Nuevamente debemos comenzar nuestra exposición destacando la ausencia de novedades significativas en el régimen de las fundaciones en el Principado de Asturias que describíamos en los Anuarios de 2009 y 2010. El final de legislatura y la coyuntura poco propicia a la innovación normativa sin duda han tenido peso en el mantenimiento de un régimen que básicamente es el mismo que diseña la norma estatal, vigente no solo en sus aspectos básicos sino también en los supletorios en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma.

II. Novedades legislativas

1. *La Propuesta de Ley de Fundaciones del Principado de Asturias*

A) *Introducción*

Contrasta la escasez de iniciativas oficiales en la regulación de este sector con el impulso que desde el propio ámbito de las entidades fundacionales se viene dando a una posible Ley de Fundaciones autonómica. En este sentido, ya en 2007 el Consejo Autonómico del Principado de Asturias dentro de la Asociación Española de Fundaciones comenzó los trabajos para ofrecer una propuesta de Ley de Fundaciones del Principado de Asturias.

A tal fin, desde la propia Asociación y concretamente desde su asesoría jurídica, se redactó un primer borrador que fue sometido a un proceso de consultas por distintos juristas vinculados al ámbito de las fundaciones, incluida la intervención de un Comité Técnico integrado por asesores de las fundaciones asociadas. Teniendo en cuenta las diversas aportaciones, finalmente, el Consejo Autonómico aprobó el 27 de octubre de 2009 una Propuesta de Ley de Fundaciones del Principado de Asturias, que en este mismo año de 2011 y con motivo de las recientes elecciones a la Junta General del Principado ha sido objeto de una nueva campaña de presentación pública —en un acto celebrado en las instalaciones de la Procuradora General del Principado de Asturias— y a los diversos grupos políticos ¹, buscando, sin duda, el impulso necesario para su tramitación en la legislatura que acaba de comenzar.

La propuesta de Ley hecha pública, cuyo contenido puede consultarse íntegramente, acompañado de una completa memoria explicativa, en la propia web de la Asociación Española de Fundaciones (www.fundaciones.org), consta de 57 artículos divididos en diez capítulos que tienen una estructura muy similar a la de la Ley estatal (disposiciones generales, constitución de la fundación, gobierno de la fundación, patrimonio, actividad de la fundación —especificándose un capítulo para la actividad económica—, modificación, fusión y extinción, protectorado y registro de fundaciones, Oficina para el fomento de las actividades no lucrativas de interés general y Consejo Superior de Fundaciones del Principado de Asturias, y regulación, por último, de las fundaciones del sector autonómico del Principado de Asturias).

La Ley propuesta se aplicaría a las fundaciones a las que se extiende la competencia del Principado de Asturias, es decir, las que desarrollan principalmente sus actividades en el Principado, así como aquellas delegaciones en España de fundaciones extranjeras que desarrollen su actividad española principalmente en esta Comunidad Autónoma.

Definido este ámbito de actuación en coherencia con lo establecido con carácter general a nivel estatal y constitucional sobre la distribución de competencias en la materia, llama la atención la propia amplitud del texto propuesto y la coincidencia en una buena parte de las materias abordadas con la regulación que a nivel general establece la Ley 50/2002 incluso en ámbitos en los que esta última norma se declara de aplicación general.

Esta técnica legislativa lleva a que un porcentaje importante de los preceptos propuestos sean una mera reproducción literal de sus homólogos de la Ley

¹ Vid., por ejemplo, *LNE (La Nueva España)* de 29 de abril de 2011.

estatal, con lo que se viene a reconocer la nula capacidad innovativa del legislador asturiano en la materia, pero al mismo tiempo se crea una falsa sensación de que dicha materia le es disponible en cuanto entra a regularla. Esta técnica de la reproducción de leyes de general aplicación en la normativa autonómica, por más que esté francamente extendida, y no solo en el ámbito concreto de las leyes autonómicas de fundaciones, crea a la larga una cierta inseguridad jurídica, ya que los cambios en la normativa estatal no quedarán reflejados en la «reproducción» autonómica que sin embargo estará inmediatamente desplazada por los mismos generando en ocasiones problemas interpretativos y dificultad de manejo de los textos legales.

La pretensión de reflejar en un solo texto normativo toda la regulación legal sobre las fundaciones competencia del Principado quiebra desde el momento en que buena parte de esa normativa solo es disponible al legislador estatal que la podrá modificar con la regularidad que estime conveniente, convirtiendo la Ley «recopiladora» en un texto parcialmente desplazado.

La extensión de la normativa de aplicación directa estatal se intensifica además en el caso de Asturias al tratarse de una Comunidad que no tiene Derecho Civil Foral o Especial, con lo que aproximadamente la mitad del texto sustantivo de la Ley propuesta no es en puridad más que una reproducción de normativa estatal de directa aplicación y sobre la que el Legislador asturiano no tiene ningún poder de disposición.

De aprobarse el texto propuesto, padecería, pues, e incluso con mayor intensidad, el mismo problema al que se refirió el Tribunal Constitucional en su Sentencia 341/2005, dictada en relación, precisamente, con la Ley madrileña sobre fundaciones, que le dio motivo para sintetizar su doctrina sobre las llamadas *leges repetitae* y aplicarla a esta materia concreta de las fundaciones y a su específica distribución competencial, en términos que, por ser perfectamente aplicables a una hipotética Ley del Principado de Asturias basada en la propuesta en circulación, conviene citar textualmente:

«La doctrina constitucional relevante para la resolución de este segundo motivo de impugnación de la Ley de fundaciones de la Comunidad de Madrid se halla sintetizada en la STC 162/1996, de 17 de octubre (F. 3); síntesis que posteriormente se reproduce en la STC 150/1998, de 2 de julio (F. 4). De acuerdo con dicha doctrina, “cierto es que este Tribunal no es Juez de la calidad técnica de las Leyes (SSTC 341/1993 y 164/1995), pero no ha dejado de advertir sobre los riesgos de ciertas prácticas legislativas potencialmente inconstitucionales por inadecuadas al sistema de fuentes configurado en la Constitución. Así lo hizo respecto de la reproducción por Ley de preceptos constitucionales (STC 76/1983, F. 23), en otros casos en los que Le-

yes autonómicas reproducían normas incluidas en la legislación básica del Estado (SSTC 40/1981 y 26/1982, entre otras muchas) o, incluso, cuando por Ley ordinaria se reiteraban preceptos contenidos en una Ley Orgánica. Prácticas todas ellas que pueden mover a la confusión normativa y conducir a la inconstitucionalidad derivada de la norma, como ocurre en aquellos supuestos en los que el precepto reproducido pierde su vigencia o es modificado, manteniéndose vigente, sin embargo, el que lo reproducía”.

Este riesgo adquiere una especial intensidad cuando concurre el vicio de incompetencia material de la Comunidad Autónoma, “porque si la reproducción de normas estatales por Leyes autonómicas es ya una técnica peligrosamente abierta a potenciales inconstitucionalidades, esta operación se convierte en ilegítima cuando las Comunidades Autónomas carecen de toda competencia para legislar sobre una materia (STC 35/1983). En este sentido, cumple recordar lo declarado por este Tribunal en su STC 10/1982 (F. 8) y más recientemente recogido en las SSTC 62/1991 [F. 4, apartado b)] y 147/1993 (F. 4) como antes citamos, la simple reproducción por la legislación autonómica además de ser una peligrosa técnica legislativa, incurre en inconstitucionalidad por invasión de competencias en materias cuya regulación no corresponde a las Comunidades Autónomas” (*ibidem*). Aunque también hemos precisado que “esta proscripción de la reiteración o reproducción de normas... por el legislador autonómico (*leges repetitae*) no debemos extenderla a aquellos supuestos en que la reiteración simplemente consiste en incorporar a la normativa autonómica, ejercida ésta en su ámbito competencial, determinados preceptos del ordenamiento procesal general con la sola finalidad de dotar de sentido o inteligibilidad al texto normativo aprobado por el Parlamento autonómico” (STC 47/2004, de 29 de marzo, F. 8).

Recapitulando todo lo anterior y a efectos de nuestro enjuiciamiento, cabe distinguir dos supuestos de reproducción de normas estatales por las autonómicas, de los que se derivan consecuencias distintas. El primer supuesto se produce cuando la norma reproducida y la que reproduce se encuadran en una materia sobre la que ostentan competencias tanto el Estado como la Comunidad Autónoma. El segundo tiene lugar cuando la reproducción se concreta en normas relativas a materias en las que la Comunidad Autónoma carece de competencias. Pues bien, de acuerdo con la doctrina antes expuesta, mientras que en el segundo la falta de habilitación autonómica debe conducirnos a declarar la inconstitucionalidad de la norma que transcribe la norma estatal (salvo supuestos excepcionales como el aludido en la STC 47/2004, de 25 de marzo), en el primero, al margen de reproches de técnica legislativa, la consecuencia no será siempre la inconstitucionalidad, sino que habrá que estar a los efectos que tal reproducción pueda producir en el caso concreto».

Conviene añadir que los problemas prácticos derivados de esta reproducción por el legislador autonómico de los preceptos estatales vigentes en el momento de aprobación de la Ley autonómica (en una suerte de remisión estática, no dinámica), se agravan por la doctrina del TC acerca de la llamada inconstitucionalidad sobrevenida (surgida en la STC 1/2003 y en la que sigue insistiendo todavía en la recentísima STC 66/2011, en desacuerdo con la Sala 3.^a del TS), según la cual no es posible inaplicar los preceptos de una Ley autonómica que ha devenido incompatible con la legislación estatal básica como consecuencia de la modificación de esta, sin plantear una cuestión de inconstitucionalidad y esperar a su resolución.

B) *Propuestas para agilizar o levantar los controles administrativos*

No obstante lo señalado, en el ámbito que sí queda a disposición del Legislador regional (bien sea porque se regula en la Ley estatal mediante preceptos meramente supletorios o porque no se regula en absoluto) cabe señalar que el texto propuesto se caracteriza por una notable agilización del control administrativo de las fundaciones, lo que resulta comprensible dado el origen del texto. Dicha característica podría ilustrarse en los siguientes aspectos:

En primer lugar por la sustitución de numerosos supuestos de autorización previa en la legislación estatal por una mera comunicación al Protectorado de las actuaciones del Patronato, técnica no precisamente desconocida por la Ley estatal —*vid.*, por ejemplo su art. 30.2 en materia de aceptación o repudio de legados o donaciones o la participación mayoritaria en sociedades mercantiles según el art. 37.2—, pero que la propuesta asturiana intensifica y extiende a algunos supuestos en los que la normativa estatal prevé, mediante preceptos que no vinculan al legislador autonómico, que la intervención administrativa revista la forma de autorización previa. En tal sentido podemos destacar:

- La posibilidad de que los Patronos contraten con la propia fundación, que solo deberá ser comunicada al Protectorado en el plazo de un mes desde la contratación (art. 20.3 de la Propuesta de Ley) y que se complementa en la propuesta con la necesidad de comunicar la designación como Patrono de una persona que mantenga un contrato en vigor con la fundación, aunque en este caso no se fija ni el plazo ni el procedimiento de comunicación que se remite a la normativa reglamentaria de desarrollo (art. 20.4 de la Propuesta).
- La enajenación o gravamen de los bienes o derechos integrantes de la dotación fundacional, o que estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, o que representen un valor superior al 20% del activo de la fundación que resulte del último balance anual. En estos casos, la co-

municación se hará en el plazo de un mes desde la formalización de la enajenación o negocio por el que se grave el bien o derecho y se acompañará una breve memoria sobre los motivos que aconsejaron la operación (art. 29.1 de la Propuesta).

En segundo lugar, la disminución significativa de los plazos para que el Protectorado pueda ejercer sus potestades de control de la legalidad. Así en el caso de las comunicaciones de modificaciones de estatutos de la fundación o de fusión entre fundaciones el plazo máximo para que el Protectorado pueda oponer cuestiones de legalidad se baja de tres meses a solo uno a contar desde la notificación.

En tercer lugar, la introducción con carácter general en el artículo 44 de la Propuesta de un breve plazo de un mes para la concesión de autorizaciones o para que el Protectorado se oponga por motivos de legalidad a los acuerdos del Patronato, estableciendo además el silencio positivo como regla general en este ámbito —si bien con la posibilidad de que el Protectorado suspenda el plazo para resolver mediante la notificación de un acuerdo motivado en el que se ponga de manifiesto el carácter incompleto o no debidamente documentado de la solicitud—. Regla, no obstante, de escasa virtualidad práctica dado que la propia propuesta de Ley pretende suprimir los supuestos de autorización típicos en este ámbito en la normativa estatal.

Por último, en materia de auditoría y control contable de la fundación la regulación sigue bastante fielmente el modelo estatal, con algunas simplificaciones e, inversamente a lo que ocurría con los plazos para el control público de la fundación, se pretende ampliar los plazos para la presentación de la documentación contable de los diez días siguientes a su aprobación que establece la Ley estatal a un mes según el artículo 32.5 de la Propuesta.

C) *Propuestas en materia organizativa*

La Propuesta se extiende también a una nueva regulación de la organización de la Administración del Principado en materia de fundaciones propugnando la unificación de todas las competencias en una sola Consejería de la que dependería un solo Protectorado y un solo Registro de Fundaciones, si bien la memoria explicativa de la Propuesta señala que: «... el Consejo no debería asumir como Propuesta la unificación de cada uno de estos órganos si no existiera un compromiso de la Administración regional para la dotación de recursos humanos y materiales suficientes. De no existir garantías en este sentido, debería defenderse una opción plural y especializada, al menos con relación al Protectorado».

En cuanto a las funciones del Protectorado, la Propuesta pretende que las funciones de fomento de la actividad fundacional, de asesoramiento a las fundaciones inscritas y a las que están en período de constitución y de publicidad de las actividades de las fundaciones se residencien en un nuevo órgano, «la Oficina para el Fomento de Actividades No Lucrativas de Interés General», con lo que el Protectorado sería un órgano de mero control o policía administrativa.

De la propuesta hay que destacar el detalle de la regulación que roza el ámbito propio de lo que sería una regulación reglamentaria, algo que los propios redactores asumen conscientemente². No obstante, nos parece una idea difícilmente asumible tanto por un criterio técnico —parece razonable que sea el órgano que va a interpretar la aplicación de la Ley el que aconseje cómo ajustarse a sus disposiciones—, como por el actual contexto de rigor presupuestario que desaconseja la disgregación de funciones en distintos órganos (si bien es cierto que la Propuesta supondría la unificación de funciones en una sola Consejería).

D) *La actividad económica de las fundaciones*

Buscando abrir nuevos campos en el desarrollo del sector, la Propuesta pretende que sea posible a las fundaciones asturianas la participación no sólo en Sociedades sino también en Agrupaciones de Interés Económico y en Agrupaciones Europeas de Interés Económico siempre que tengan por objeto el desarrollo de actividades directamente relacionadas con el fin fundacional, o sean complementarias o accesorias a las mismas.

La propuesta es en este caso plausible en cuanto al fondo, si bien como los propios proponentes reconocen: «La propuesta es consciente de la escasa virtualidad práctica de esta posibilidad si la misma no se regula a nivel estatal. Ello no obstante, se mantiene como recordatorio de la importancia de esta materia».

E) *La regulación propuesta sobre las fundaciones del sector público asturiano*

En este punto (en el que mayor resulta el margen de actuación del legislador autonómico), la definición y el régimen jurídico de estas fundaciones se

² Así, en la memoria explicativa se señala que: «... la Propuesta entra en el tratamiento de algunos asuntos que, sin duda alguna, son más propios de un Decreto. Así pues, en este punto se ha preferido sacrificar el rigor técnico con el fin de que la Propuesta constituya, en sí misma, un inventario de todas las materias a tratar, al margen del rango normativo que en cada caso resulte más adecuado».

traza siguiendo con bastante fidelidad el modelo de la Ley estatal 50/2002 y ahí reside precisamente el punto débil de la regulación, ya que otras leyes posteriores han intensificado el grado de sometimiento a la normativa pública de las fundaciones constituidas con una aportación pública mayoritaria y aun de las controladas por los poderes públicos.

Así, en materia de selección de personal la regla prevista en el artículo 57.4 que se ajusta a lo dispuesto en su día por el artículo 46.4 de la Ley estatal ha quedado superada por lo dispuesto en la disposición adicional primera de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que somete al personal de las fundaciones, en cuanto constituyen sin duda entidades del sector público (en este caso autonómico), a un régimen más intenso, constituido por un completo código de conducta y por una larga serie de principios sobre su selección que no solo se somete a los principios de mérito, capacidad y publicidad, sino a otras reglas más concretas como la que impone la profesionalidad de los miembros de los órganos de selección o la independencia y discrecionalidad técnica en su actuación.

En el ámbito de la aplicación de las reglas propias de la contratación pública, la mención del artículo 57.3 de la Propuesta a que la contratación de estas fundaciones «se ajustará a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios», que no es otra cosa que la reproducción literal del artículo 46.5 de la Ley 50/2002, ha quedado claramente superada tanto por la necesidad de adaptar esta materia a las exigencias del Derecho Comunitario como por el propio texto de la Ley 30/2007³ que incluye en su artículo 3.1.f) entre los entes del sector público y sometidos por tanto a la Ley —al menos al nivel de intensidad menor previsto en la misma— en su actividad contractual, a las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50% por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.

Esta inclusión en el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 30/2007 supone que las fundaciones del sector público asturiano estarán sometidas al menos a los principios y reglas expresados en el artículo 176 de esta ley (ajuste de la actividad contractual a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, adjudicación a la oferta econó-

³ *Vid.*, al respecto, la brillante exposición de P. MENÉNDEZ GARCÍA, «Las fundaciones del sector público», en el libro colectivo *Las fundaciones. Problemas actuales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 111 y ss., concretamente, pp. 140 y ss.

micamente más ventajosa y necesidad de contar con unas instrucciones internas en materia de contratación para asegurar la efectividad de los principios a los que se somete la misma), sin que se pueda descartar, según el caso, la consideración de las mismas como poderes adjudicadores, con lo que el nivel de sometimiento a la Ley se intensificaría y podría llegar a suponer la aplicación para los contratos que superen los umbrales comunitarios de reglas muy similares a las propias de los contratos de las Administraciones Públicas —o dicho en otros términos, no cabe descartar que las fundaciones constituyan poderes adjudicadores sometidos que celebren contratos armonizados—.

En este aspecto, la Propuesta de Ley asturiana, aunque elude la referencia a la Ley 30/2007 (a la que bastaría haberse remitido en todo lo relativo al sometimiento de las fundaciones del sector público a la normativa sobre contratación pública), trata de considerar con carácter general a todas las fundaciones del sector público asturiano como medios propios de la Administración del Principado. Así, el artículo 57.7 de la propuesta señala que: «Las fundaciones públicas cuya dotación fundacional fuera aportada mayoritariamente por la Administración del Principado de Asturias, o en las que ésta tenga un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios o unidades, tendrán la consideración de medio propio e instrumental a los efectos previstos en la normativa de contratación pública. En estos casos, la Administración del Principado de Asturias podrá encomendarles la ejecución de obras, suministros o servicios públicos de su competencia. Las encomiendas se instrumentarán a través de encargos de realización obligatoria, cuya ejecución supervisará el ente encomendante. En los casos en que para la efectividad de la encomienda la fundación pública precisara prestaciones por parte de terceros, su adjudicación quedará sometida a la normativa de contratación de la Administración Pública, en los términos previstos en la presente Ley».

Esta previsión es dudosamente admisible desde el punto de vista de la normativa contenida en la Ley 30/2007 y particularmente de su artículo 24.6 que establece una serie taxativa de requisitos para que un ente del sector público pueda ser considerado medio propio y recibir encargos que quedarían fuera del ámbito de aplicación de la legislación de contratos públicos. Dicho artículo establece concretamente que:

«A los efectos previstos en este artículo y en el artículo 4.1.n), los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública.

En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan.

La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas».

Como se aprecia, la Ley estatal básica, y cuyas reglas en este punto provienen en buena medida de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, exige que, para que un ente pueda ser considerado medio propio, realice la mayor parte de su actividad con el ente matriz encomendante, algo que no podría afirmarse de todas las fundaciones del sector público autonómico ni puede definirse *a priori* por Ley. Por otra parte, la norma estatal exige que la atribución de la condición de medio propio se haga individualmente teniendo en cuenta las características del ente en cuestión y por ello se refiere a la norma que crea el ente o a los estatutos del mismo, no siendo de recibo una atribución genérica e indiscriminada de esta condición que responde a una realidad objetiva y requiere, además, una determinación concreta de los términos del régimen de las encomiendas.

Por otro lado, debe destacarse el contraste entre la previsión de la legislación estatal que, siguiendo fielmente la jurisprudencia comunitaria, dice que «[s]i se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública», y el texto de la norma propuesta, que califica sin más como medios propios a todas «[l]as fundaciones públicas cuya dotación fundacional fuera aportada *mayoritariamente* por la Administración del Principado de Asturias».

F) *Valoración de la Propuesta*

Sin lugar a dudas, la Propuesta de Ley de Fundaciones del Principado de Asturias es un texto encomiable en cuanto a su oportunidad, y su contenido

comprende algunas soluciones técnicas muy notables. Es especialmente destacable la apuesta por un gobierno de la fundación más ágil y por la búsqueda de nuevos instrumentos que simplifiquen y quiten trabas a la actividad económica de las fundaciones.

Desde un punto de vista técnico, los aspectos más problemáticos se presentan en aquellos ámbitos, como acabamos de ver, que atañen al Derecho Público, en los que sin duda pesa, como es razonable, el carácter privado de la iniciativa.

En una valoración global pesa, no obstante, el carácter positivo de la iniciativa que vendría a clarificar y agilizar la regulación de un sector de creciente pujanza y presencia en la economía asturiana y que requiere un impulso que contribuya a su consolidación.

2. *La Ley 11/2010, de 17 de diciembre, de Cuarta Modificación de la Ley del Principado de Asturias 2/2000, de 23 de junio, de Cajas de Ahorro*

En la edición anterior de este anuario nos hacíamos eco del proceso de transformación jurídica de las Cajas de Ahorro, iniciado con la adquisición de la Caja de Castilla-La Mancha por Cajastur y culminado con el entonces reciente Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, y que jurídicamente supone que las Cajas dejan de ejercer por sí mismas actividades financieras para convertirse en tenedoras de un paquete accionarial del Banco privado al que hayan transferido su negocio bancario, Banco que puede cotizar en Bolsa, admitir a accionistas que no sean Cajas de Ahorro o fusionarse con otro. Mientras una o varias Cajas de Ahorro mantengan el control de la entidad financiera a la que hayan transferido su negocio bancario —control que está cifrado en el 50% de los derechos de voto en dicha entidad—, seguirán teniendo la condición legal de Cajas de Ahorro (relevante sobre todo porque determina el sometimiento a la legislación aplicable a estas entidades, sobre todo en materia de órganos de gobierno), mientras que si pierden el control deben renunciar a su condición de entidades de crédito y se transforman en fundaciones especiales dedicadas a atender su obra benéfico-social y a gestionar su cartera de valores (en la que se incluirán las acciones de la entidad que haya asumido su actividad financiera) ⁴.

La reforma establece además otros muchos contenidos importantes —cuyo comentario excedería ampliamente el sentido de esta obra— como el nuevo régimen de las cuotas participativas o de los Sistemas Institucionales de

⁴ *Vid.*, también en este sentido, P. MENÉNDEZ GARCÍA, «Las fundaciones del sector público», cit., pp. 146 y ss.

Protección, o medidas organizativas muy importantes como la reducción del nivel máximo de representantes de Administraciones y entidades de Derecho Público en la Asamblea General a un 40%, o la incompatibilidad entre los cargos de gobierno de las Cajas y todo cargo político electo o con la condición de alto cargo en cualquier Administración o en las entidades de Derecho Público o Privado vinculadas o dependientes de las mismas.

En este contexto, la Ley 11/2011 asturiana incorpora estos cambios trascendentales a la Ley autonómica 2/2000, de 23 de junio, de Cajas de Ahorro, y lo hace reproduciendo casi literalmente la normativa estatal básica cuya vigencia en el territorio del Principado es, por supuesto, independiente de dicha reproducción. La operación, como ya veíamos en el caso de la Propuesta de Ley autonómica de fundaciones, plantea problemas de seguridad jurídica y no revela una técnica legislativa muy depurada, pero venía en cierto modo obligada en este caso porque la propia Ley 2/2000 era en buena medida reproducción de la normativa estatal entonces vigente, con lo que el desplazamiento de la misma aconsejaba su modificación.

En lo que atañe al margen que el Principado sí tiene para desarrollar esta normativa estatal, las innovaciones y desarrollos son mínimos y se dejan aspectos muy importantes sin concretar. Por lo que respecta al objeto propio de este trabajo, cabe destacar que en ningún precepto de la Ley 2/2000 modificada por la Ley 11/2011 se hace desarrollo alguno o descripción de en qué consisten las especialidades propias de las fundaciones en las que se puedan convertir las Cajas que decidan ejercer indirectamente su actividad financiera. La regulación que contiene la norma asturiana es al respecto sumamente parca. El artículo 8 ter, de nueva creación, se limita a señalar que: «La fundación centrará su actividad en la atención y desarrollo de su obra benéfico-social, para lo cual podrá llevar a cabo la gestión de su cartera de valores. La fundación deberá destinar a su finalidad benéfico-social el producto de los fondos, participaciones e inversiones que integren su patrimonio. Auxiliariamente, podrá llevar a cabo la actividad de fomento de la educación financiera». Dicha declaración no es otra cosa que la reproducción literal del artículo 6.1 *in fine* del Real Decreto-Ley 11/2011 con lo que en puridad no hay desarrollo autonómico alguno en esta materia y la Ley 11/2011 en este como en otros tantos aspectos es una norma perfectamente prescindible.

La cuestión ha adquirido además en el confuso panorama político asturiano actual una especial transcendencia en cuanto que el partido que ha asumido el Gobierno del Principado se mostró partidario en alguna ocasión de la transformación de Cajastur en una fundación —frente al proceso ya iniciado de control concertado entre esta Caja (cuya asamblea general ya ha aprobado la integra-

ción), la de Extremadura y la de Cantabria del banco (denominado Liberbank) al que han trasladado su negocio financiero, que les permite mantener su actual estatus jurídico de Cajas de Ahorro—, facilitando así el control político de la misma al no ser ya una entidad sometida a las limitaciones introducidas por la nueva normativa en lo relativo al número de representantes de designación política en sus órganos de gobierno. Contexto en el que se hace especialmente reprochable la escasa regulación de esas fundaciones «especiales» en las que se transformarían las Cajas que hayan perdido el control de su antiguo negocio financiero, que aparecen en la Ley porque hay que dar alguna salida a las entidades que, como la Caja de Castilla-La Mancha, se ven obligadas a abandonar la mesa de juego, y no como un régimen demasiado meditado.

III. Práctica administrativa de los registros de fundaciones

Desde el 1 de julio de 2010 hasta el 1 de junio de 2011 la práctica de los registros de fundaciones del Principado de Asturias muestra una actividad similar a la registrada en el período anterior con una disminución del número de inscripciones en el registro de fundaciones docentes y culturales que se ve compensada por un sensible aumento del registro de fundaciones asistenciales.

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 5 de abril de 2011, la Fundación Sanfilippo B, clasificada como docente.
- Por resolución de la Consejería de Cultura y Turismo, de 12 de abril de 2011, la Fundación GKP, clasificada como cultural.
- Por resolución de la Consejería de Cultura y Turismo, de 4 de mayo de 2011, la Fundación Jovellanos de Agraristas del Principado de Asturias, clasificada como docente.

En el registro de fundaciones se ha ordenado la inscripción de las siguientes:

- Por Resolución de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda, de 19 de agosto de 2010, la Fundación Una Ciudad Para Todos, clasificada como asistencial.
- Por Resolución de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda, de 17 de diciembre de 2010, la Fundación Ulpiano Cuervo, clasificada como asistencial.
- Por Resolución de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda, de 31 de marzo de 2011, la Fundación San Feliz, clasificada como asistencial.

Las fundaciones de Cantabria en 2010: la contención presupuestaria del sector público fundacional

Marcos Gómez Puente

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Cantabria

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: EL PANORAMA FUNDACIONAL EN LA REGIÓN.—II. EL REAJUSTE PRESUPUESTARIO EN LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO AUTONÓMICO.—III. LA REFORMA PENDIENTE DEL ORDENAMIENTO REGIONAL DE LAS FUNDACIONES.—IV. LA RELACIÓN DE EMPLEO DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO.—V. OTRAS NOVEDADES.

I. Introducción: el panorama fundacional en la región

La mayor parte de las fundaciones existentes en la región (un 70%, aproximadamente), de propósito docente o asistencial, fueron constituidas antes de la Guerra Civil española, con las aportaciones de los emigrantes, o sus descendientes, que retornaban enriquecidos de América (los popularmente denominados «indianos»). Muchas de estas fundaciones, sobre todo las de carácter docente, se hallan ahora prácticamente inactivas, pero el incremento anual del número de fundaciones revela que la iniciativa fundacional sigue viva en la región y no sólo por el estímulo, pero sí con la contribución significativa, de los patronos públicos (entidades locales, Administración regional, Universidad...).

Últimamente se han creado 14 nuevas fundaciones. En términos absolutos es la familia de las fundaciones docentes la que más ha crecido (11 nuevas instituciones), mientras que en términos relativos destaca el avance de las fundaciones laborales (se ha inscrito solo una fundación nueva, pero representa un incremento del 33,33% en esta familia fundacional). Atendiendo a la clasificación que realiza la vigente normativa regional actualmente el panorama fundacional se ha modificado como seguidamente se detalla:

Tipo de Fundación	Inscripciones	%	Inscripciones	%	Incremento	%
	2009		2010		Δ 2009-2010	
Asistencial	80	36,86	81	35,06	1	7,14
Docente	101	46,54	112	48,48	11	10,89
Laboral	3	1,38	4	1,74	1	33,33
Cultural	8	3,68	9	3,90	1	12,5
Otro	25	11,52	25	10,82	0	0
Total	217	100,00	231	100	14	6,45

Aunque son más las fundaciones que han contado con la participación o aportación patrimonial de entidades públicas, o de sociedades mercantiles de mano pública, entre las fundaciones constituidas hay 10 de predominante iniciativa y patrimonio públicos regionales, esto es, fundaciones del sector público autonómico, que tienen, como es sabido, un régimen jurídico especial. Son las siguientes (las señaladas con un * no están inscritas en el registro de fundaciones):

Fundación Cántabra para la Salud y el Bienestar Social.

Fundación Centro Tecnológico en Logística Integral Cantabria.

Fundación Centro Tecnológico de Componentes.

Fundación para las Relaciones Laborales de Cantabria.

Fundación Cántabra del Deporte (*).

Fundación Fondo Cantabria Cooperera.

Fundación Instituto Hidráulica Ambiental.

Fundación Comillas del Español y de la Cultura Hispánica.

Fundación Alto Ebro ¹.

Fundación Marqués de Valdecilla (*).

Importa mencionarlas ahora porque, como se verá enseguida, han sido destinatarias, al igual que las Administraciones públicas, de las normas de ajuste presupuestario y de contención del gasto que constituyen la novedad más

¹ Constituida en 2003 para la dinamización turística de los municipios de Campoo de Yuso y Las Rozas de Valdearroyo, mediante la creación de un parque de divulgación medioambiental (basado en el Centro Ambiental de La Lastra, que se cerró en 2005), dicha fundación se halla inactiva, con una importante deuda y en vías de disolución.

relevante —y prácticamente la única— del ejercicio 2010, integradas en el objetivo nacional y eurocomunitario de reducir la dimensión y el gasto del sector público, para reequilibrar las cuentas públicas y adecuarlas al escenario impuesto por la crisis económica y monetaria.

A falta de otras novedades normativas significativas, en la crónica de la realidad fundacional de la región en 2010, junto al referido ajuste presupuestario, parece oportuno destacar la necesidad de una revisión general del marco normativo regional, para adecuarlo a la legislación estatal básica y a la actual proyección del fenómeno fundacional, y mencionar algunas otras disposiciones y fallos jurisprudenciales referidos a las fundaciones. Lo haremos a continuación.

II. El reajuste presupuestario en las fundaciones del sector público autonómico

En respuesta al procedimiento comunitario por déficit excesivo abierto contra España (y otros 19 países de la Unión Europea) a finales de 2009, el Gobierno español (Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de enero de 2010) acordó reducir el déficit para el conjunto de las Administraciones públicas hasta el 3% del Producto Interior Bruto. Objetivo conjunto para el que, posteriormente, se aprobaron sendos acuerdos sobre sostenibilidad de las finanzas públicas en el período 2010–2013 en el seno del Consejo de Política Fiscal y Financiera y de la Comisión Nacional de Administración Local.

Con ese objetivo, pues, el Estado aprobó el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, adoptando medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, entre las que se incluyó una significativa bajada (y sucesiva congelación) del sueldo de los empleados públicos (la constitucionalidad de esta medida, por cierto, fue confirmada por el Tribunal Constitucional en junio de 2011, al declarar «notoriamente infundada» la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Audiencia Nacional). Y la Comunidad Autónoma de Cantabria hizo lo propio mediante Ley 5/2010, de 6 de julio, de modificación parcial de la Ley de Cantabria 5/2009, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Cantabria para el año 2010.

Así, en el ámbito que ahora nos ocupa, esta Ley dispuso que las retribuciones que por cualquier concepto percibiera el personal directivo del sector público fundacional de la Comunidad se redujeran en un 15%, si eran superiores a las previstas para el Presidente del Gobierno regional, y en un 8%, cuando fueran inferiores a esa cantidad. Asimismo, la Ley dispuso que con efectos 1 de junio de 2010 se aplicara a las retribuciones del personal de cualquier clase

empleado en las fundaciones públicas regionales «una reducción del 5 por ciento del conjunto de sus retribuciones, en cómputo anual» y prohibió que fueran posteriormente objeto de incrementos superiores a los autorizados o previstos para el resto de los empleados públicos ².

Dicha medida ha recibido continuidad por la Ley 10/2010, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Cantabria para el año 2011. En efecto, su Título V contempla los «régimenes retributivos», entre otros colectivos, del personal adscrito a las entidades del sector público fundacional de la región. Y su artículo 24.9 advierte que las retribuciones que por cualquier concepto perciba su personal directivo se mantendrán en los importes percibidos a 31 de diciembre de 2010 (resultantes de las medidas retributivas contempladas en la mencionada Ley de Cantabria 5/2010), y su artículo 26.4 contempla idéntica medida para las retribuciones del personal no directivo, aclarando, además, que «No serán de aplicación las cláusulas contenidas en Convenios Colectivos, ni derivadas de la negociación colectiva que establezcan cualquier tipo de incremento».

Con idéntico propósito económico, además, la nueva ley presupuestaria ha venido también a limitar la potestad de contratación de personal directivo por parte de las fundaciones (y otras entidades) públicas autonómicas, exigiendo que los contratos de ese personal sean sometidos, antes de formalizarse, al informe preceptivo y vinculante de la Consejería de Economía y Hacienda (art. 40), incluso en el caso de que fueran a concertarse mediante un contrato tipo (debiendo entonces someterse a informe este último). Se trata de un trámite esencial, de modo que la falta de informe favorable o la falta de solicitud del mismo determinan la invalidez del contrato, reputándose nulo de pleno derecho. También ha hecho necesario el informe de la Consejería, parece que sin carácter vinculante, para la contratación de personal, salvo para empleos de carácter temporal, para la incoación de expedientes de contratos de servicios (DA 11.^a).

A preservar el erario público viene también la prohibición de las cláusulas indemnizatorias (art. 41), pecuniarias o no, con las que durante años han venido «blindándose» los contratos de los directivos de las fundaciones u otras en-

² Correspondientemente, con efectos de 1 de junio de 2010 la masa salarial de cada una de las fundaciones (y entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles u otros organismos autonómicos) que consolidan sus cuentas con las de la Administración autonómica a efectos del cálculo de la capacidad o necesidad de financiación, de conformidad con las normas del Sistema Europeo de Cuentas, experimentó una reducción del 5%, en términos homogéneos, respecto a las vigentes a 31 de diciembre de 2009. No se incluyó en este 5% la reducción de las retribuciones del personal directivo.

tidades públicas, con el fin de evitar su despido o cese anticipado. La Ley señala que estas cláusulas —en el futuro, hay que entender, pues ningún indicio existe de que esta disposición legal tenga carácter retroactivo—, serán nulas y carecerán de todo valor o eficacia, teniéndose por no puestas, «sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran incurrir los titulares de los órganos gestores». Una expresión que parece circunscribir a la esfera jurídica personal de los titulares de dichos órganos la responsabilidad, patrimonial o incluso penal, en que pudieran incurrir, frente al directivo cesado, en caso de que, contraviniendo la Ley, hubieran concertado contratos con dichas cláusulas prohibidas. Pero hay que preguntarse también si esa misma responsabilidad personal no podría ser exigida al titular del órgano encargado de informar, de modo preceptivo y vinculante, los contratos de dicho personal, en el caso de que hubiera emitido informe favorable sobre ellos aun incluyendo cláusulas de indemnización.

En fin, las medidas de contención del gasto público alcanzan también a la financiación de las fundaciones del sector público regional: en primer lugar, el artículo 12 advierte que «Las aportaciones que la Administración de la Comunidad realice al patrimonio de fundaciones precisarán de la comunicación al Parlamento de Cantabria cuando superen los trescientos mil euros (300.000 euros)». En segundo lugar, el artículo 15 autoriza a dichas fundaciones a formalizar operaciones de endeudamiento solo en la medida en que supongan prórroga o refinanciación de otras operaciones ya existentes, sin que, por tanto, puedan incrementar el nivel de endeudamiento formalizado al finalizar el ejercicio anterior. Y en tercer lugar, no se ha autorizado la formalización de nuevas operaciones de endeudamiento a largo plazo a ninguna fundación pública regional (art. 17). A este último respecto, debe tenerse en cuenta que el artículo 109 de la Ley de Cantabria 14/2006, de 24 de octubre, de Finanzas, condiciona el endeudamiento a largo plazo de las fundaciones públicas regionales a la autorización previa de la Consejería competente en materia de Hacienda; pero, además, cuando consolidan sus cuentas con las de la Administración regional, a efectos del cálculo de la capacidad o necesidad de financiación de conformidad con las normas del sistema europeo de cuentas, deben ser autorizadas por norma con rango de ley. Así, son las leyes anuales de presupuestos las que deben incluir la relación de fundaciones autorizadas a endeudarse a largo plazo y la Ley de Presupuestos para 2011, precisamente, ha resuelto no autorizar a ninguna. Lo que sí pueden hacer las fundaciones públicas regionales es endeudarse a corto (lo que puede ser necesario en ocasiones por puras razones de tesorería), siempre que lo comuniquen a la Consejería y los créditos solicitados se cancelen en el mismo ejercicio en que se hayan formalizado.

III. La reforma pendiente del ordenamiento regional de las fundaciones

Con la revisión de su originario Estatuto de Autonomía, mediante LO 2/1994, de 24 de marzo, Cantabria asumió 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). La asunción de esta competencia fue seguida, como era lógico, del traspaso por el Estado de las correspondientes funciones y servicios y su atribución e inserción orgánica en el seno de la Administración regional³. Y poco después el todavía vigente Decreto 26/1997, de 11 de abril, creó el Registro de Fundaciones de Cantabria⁴ y reguló la forma y el alcance del protectorado que, de acuerdo con la legislación común de fundaciones entonces 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.

Hoy sigue descansando en esa disposición la ordenación autonómica de las fundaciones, a pesar de haber sido posteriormente revisada la legislación de fundaciones del Estado, mediante Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones⁵, hallándose contenidas en esta Ley las normas comunes (pues corresponde al Estado regular las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio del derecho de fundación —art. 149.1.1.^a CE, en relación con el art. 34 CE— y la competencia exclusiva sobre la legislación procesal —art. 149.1.6.^a CE— y la legislación civil —art. 149.1.8.^a CE—) que delimitan y enmarcan la competencia autonómica en la materia⁶.

³ 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; 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).

⁴ Por Orden de 29 de abril de 1997 (modificada por Orden de 6 de abril de 1998) se regula la llevanza del registro.

⁵ Esta Ley 50/2002 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.

⁶ La DF 1.^a de la Ley de Fundaciones relaciona los preceptos de esta que son de aplica-

Pues bien, tanto para lograr una buena articulación entre la más reciente legislación estatal y la normativa autonómica, como para adecuar el registro y el protectorado a la nueva realidad institucional (en la que ha ganado presencia la iniciativa fundacional pública), patrimonial (que promueve modelos de gestión o negocio fundacional que, sin comportar ánimo de lucro, reporten financiación, más allá de la recibida a título gratuito por ayudas públicas o privadas, para subvenir los fines fundacionales) y funcional (sustituyendo la gestión altruista por la profesionalizada) de las fundaciones, parece oportuno acometer una revisión de la legislación autonómica, ya un tanto obsoleta.

En este sentido, por lo que respecta a la regulación del protectorado autonómico, a la necesidad de reconsiderar su forma de ejercicio y alcance, parece oportuno indicar, por ejemplo, cómo es cada vez más frecuente que algunos patronatos fundacionales propongan la extinción de la fundación, a los pocos años de su constitución, por devenir materialmente imposible el cumplimiento de los fines a causa del agotamiento o ausencia de recursos económicos. Si, como parece, esta situación ha de afrontarse con la profesionalización y especialización tanto de la gestión como de la actividad económica de las fundaciones (paulatinamente convertidas en operadores económicos, en agentes del mercado asistencial, cultural, educativo, etc. —agentes del tercer sector, de la economía social, según expresión convencionalmente acuñada—), para asegurar y normalizar los mecanismos de autofinanciación, no es difícil concluir la necesidad de revisar también las tradicionales formas y contenido del protectorado público.

De otro lado, la disposición autonómica citada no ofrece una regulación unitaria, específica y detallada de las fundaciones del sector público, esto es, de las fundaciones investidas de la personalidad jurídica privada característica de las privadas pero constituidas con una dotación o un patrimonio fundacional de origen mayoritariamente público. Ciertamente, sí está prevista legalmente su existencia, pues la Ley de Cantabria 14/2006, de 24 de octubre, de Finanzas, señala que forman parte del sector público autonómico las fundaciones 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» o las fundaciones cuyo «patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un cincuenta por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades» [art. 2.1.f)]⁷. También se refiere a ellas la Ley de

ción general por constituir expresión o ejercicio de los referidos títulos de competencia exclusiva.

⁷ Aunque persiguen coincidentes fines de interés general y son los propios organismos o

Cantabria 3/2006, de 28 de abril, de Patrimonio de la Comunidad [art. 153.1.e)], advirtiendo 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). Y la Ley de Cantabria 10/2006, de 17 de julio, de Subvenciones, les somete a sus prescripciones, 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 relación directa con el objeto de la actividad contenido en la norma de creación o en sus estatutos». Esta integración en el 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 estas y que puedan contar con la asistencia técnica de dicho Servicio (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). Pues bien, para la integración de previsiones como estas o para su concreción y desarrollo se viene también apuntando la necesidad de revisar la reglamentación autonómica ahora vigente.

IV. La relación de empleo del personal al servicio de las fundaciones del sector público

El régimen jurídico de la relación de empleo que une a las fundaciones del sector público con sus trabajadores ha sido objeto de controversia en algún caso, residenciándose el asunto en sede judicial.

Teniendo dichas fundaciones personalidad jurídico-privada y rigiéndose por el Derecho privado su contratación y demás relaciones jurídicas externas, no ofrece dudas la naturaleza jurídica laboral —esto es, no funcionarial ni estatutaria— de la relación de empleo. Pero sí ha suscitado discusión, en cambio, el régimen jurídico por el que debe regirse dicha relación: se planteó, en efecto, si el personal al servicio de estas fundaciones debía regirse, además de por la

entidades públicos autonómicos las que promuevan su constitución, estas fundaciones 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.

legislación laboral (el Estatuto de los Trabajadores) y por las normas convencionales (los convenios colectivos aplicables), por las disposiciones del Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007, de 12 de abril) aplicables al personal laboral.

Atendiendo al tenor literal de sus preceptos, nada en el Estatuto Básico del Empleado Público permite aventurar que deba sujetarse a sus disposiciones la relación laboral de los empleados de las fundaciones del sector público. En efecto, el objeto del Estatuto es «determinar las normas aplicables al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas» (art. 1.2) y, como es sabido, estas fundaciones, aunque promovidas por la iniciativa pública, no son formalmente Administraciones públicas (pues no tienen personalidad ni régimen jurídico públicos). Y, de otro lado, el propio Estatuto, al delimitar su ámbito de aplicación, se refiere únicamente a las Administraciones y otros organismos, agencias o entidades «de derecho público» (art. 2.1), lo que implícitamente excluye a las fundaciones de mano pública.

Sin embargo, en el seno de un conflicto colectivo surgido en la Fundación Marqués de Valdecilla, el sindicato UGT exigió la aplicación de las disposiciones del Estatuto Básico por entender que, a esos efectos, la fundación era equiparable a las Administraciones y entidades públicas por su peculiaridad patrimonial (por el predominante origen público de su patrimonio). El Juzgado de lo Social n.º 4 de Santander (S. de 10 de noviembre de 2008) estimó la pretensión de la UGT y su decisión fue posteriormente confirmada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en Sentencia de 4 de febrero de 2009 (Recurso núm. 39/2009). Contra esta última se interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina que, por Auto del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2009, no fue admitido a trámite por no concurrir los presupuestos procesales para su interposición (en este caso, por no haberse acreditado contradicción entre la sentencia impugnada y otros fallos del mismo Tribunal).

De la lectura de los citados pronunciamientos (excluido el del Tribunal Supremo que no recalca en el fondo de la cuestión litigiosa) podría concluirse, quizás precipitadamente, que se hace una interpretación espiritualista del concepto de entidad pública que, obviando la forma jurídica de la fundación y anteponiendo su sustancia patrimonial, levanta el velo de la personalidad jurídica privada y la equipara con una entidad de derecho público en razón de la dependencia económica y funcional que mantiene con la Administración regional y de su integración, puramente financiera, en el «sector público regional». Así, la Sala de lo Social, al plantearse cuál es la naturaleza jurídica de la Fundación para determinar la legislación aplicable, explica que:

«... tras la aprobación de sus nuevos estatutos, por Decreto 9/1998, de 9-2, se hace difícil su encuadramiento, ya que dichos estatutos se ajustan a la Ley 30/1994, de 30-11, Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales de Participación Privada en Actividades de interés general. Esta compleja incardinación hace que concurren elementos de una fundación privada, si bien de titularidad pública. Se trata de un ente jurídico-privado, constituido y financiado por los poderes públicos, por lo que se incluye, de alguna manera, en el denominado “sector público”; se rige así por sus estatutos, la Ley 30/1994 y el resto de las disposiciones legales de derecho administrativo, civil, mercantil y laboral (art. 2 de los Estatutos); su financiación es pública (art. 22), pero sus relaciones jurídico externas y la contratación se rige por el Derecho privado (art. 24). En materia de personal únicamente se señala que la política de personal será diseñada por el Patronato, siendo competencia del Gerente, “concertar o rescindir relaciones laborales, seleccionar el personal, acordar sanciones y ejecutar los acuerdos del Patronato sobre el régimen retributivo”. En el mismo sentido se pronuncian las sentencias 26.3.2003 y 25.7.2001, entre otras.

Esta especial naturaleza permite considerar que nos encontramos ante una entidad de derecho público con personalidad jurídica propia y dependiente de la Administración Pública autonómica, tal como además establecen los artículos 1 y 8 de sus Estatutos, lo que permite considerar la aplicabilidad del Estatuto del Empleado Público, según lo dispuesto en el art. 2.1, que extiende su aplicación a “los organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas”, por lo que el motivo ha de decaer al no apreciarse en la sentencia de instancia, las vulneraciones legales que se le imputan y ser su pronunciamiento acorde a los previos de esta Sala»⁸.

Sin embargo, no está claro que la Sala realmente sea partidaria de esa interpretación sustancialista, ni de su pronunciamiento deberían inferirse conclusiones de alcance general sobre la sujeción de la relación laboral de los empleados de las fundaciones públicas a la legislación de empleo público, pues el caso de la Fundación Marqués de Valdecilla es singular o peculiar. Digo esto, porque la Fundación Marqués de Valdecilla no fue transferida a la Comunidad como una fundación privada en sentido estricto, sino como «Fundación Pública de Servicios Hospitalarios y Asistenciales “Marqués de Valdecilla”» (según la denominación contemplada en el Decreto del Consejo de Ministros de 24 de abril de 1969 que extinguió la antecedente Fundación Benéfico Parti-

⁸ En términos similares, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Sala de lo Social, de 30 de julio de 2008 (Recurso núm. 575/2008).

cular Casa Salud de Valdecilla) y, posteriormente, el artículo 94 de la Ley de Cantabria 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria, le dio la consideración de «entidad pública, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar». Años después, mediante Ley de Cantabria 7/2007, de 27 de diciembre, dicho precepto fue modificado y la Fundación dejó de ser «entidad pública» (de pública naturaleza) para convertirse en «entidad de titularidad pública» (calificación vigente desde el 1 de enero de 2008 y, por tanto, en la fecha en que dictó sentencia el Juzgado), sutil diferencia tras la que parece esconderse la naturalización de la Fundación como entidad privada, si bien que de mano pública.

Diferencia en la que parece haber recalado la Sala cuando afirma que la Fundación es un «ente jurídico-privado», pero que, sin embargo, no parece tener en cuenta, quizás por la propia ambigüedad u oscuridad de la normativa, al concluir, posteriormente, que puede ser equiparada a un ente público. Llega a esa conclusión con una argumentación que cuesta compartir porque parece prescindir de lo dispuesto en los Estatutos de la Fundación (cuyos arts. 1 y 8 no rezan como la Sala afirma ⁹) y porque desconoce o altera la naturaleza específica de esta forma de personificación privada y desplaza el régimen jurídico (privado) ordinariamente previsto para ella, sin que, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en materia de contratación (donde la propia ley impone legalmente cautelas a las fundaciones o empresas en mano pública para asegurar la publicidad y la concurrencia en aras de garantizar la competencia mercantil) ¹⁰, exista base o disposición legal para alterar, solo en razón del origen

⁹ El artículo 1 de los Estatutos de la Fundación (Decreto 9/1998, de 9 de febrero) dice así: «La Fundación Pública “Marqués de Valdecilla” (en adelante, la Fundación), es una organización constituida sin ánimo de lucro que tiene afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de los fines que constituyen su objeto...». Y el artículo 8 señala: «La Diputación Regional de Cantabria tendrá, con respecto a la Fundación, las facultades de tutela previstas en estos estatutos». Entonces, no se comprende bien por qué la Sala afirma que, a la vista de lo que dichos preceptos establecen, nos encontramos «ante una entidad de derecho público con personalidad jurídica propia y dependiente de la Administración Pública autonómica», salvo que esté refiriéndose, en realidad, a lo dispuesto, no en los Estatutos, sino en la Ley de Cantabria 7/2002, de 10 de diciembre.

¹⁰ En este sentido, por Ley de Cantabria 9/2008, de 26 de diciembre, se añadió un apartado 4.º al artículo 94 señalando: «La Fundación tiene la condición de medio propio y servicio técnico de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria a los efectos previstos en el artículo 24.6 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, pudiéndosela conferir encomiendas para la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicio relacionadas con su objeto y fines mediante Orden del titular de la Consejería competente en materia de sanidad, cuando las actividades encomendadas resulten de la competencia de la Consejería de Sanidad o del Servicio Cántabro de Salud, o mediante la celebración del oportuno convenio en demás casos».

público del patrimonio fundacional, el régimen jurídico de la relación de empleo. A menos que se considere que dicha base se encuentra en la exigencia legal de que la selección del personal de la Fundación —proceso previo a la constitución de dicha relación— se realice mediante convocatoria pública basada en los principios de igualdad, mérito y capacidad —art. 97—).

Por eso cuesta compartir la argumentación de la Sala y del Juzgado a cuyo paso parece salir una modificación más reciente del citado artículo 94 de la Ley de Cantabria 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria, efectuada por Ley de Cantabria 6/2009, de 28 de diciembre, para señalar, ya más claramente, que la Fundación es una «entidad de derecho privado perteneciente al sector público fundacional».

Episodios como el relatado, en cualquier caso, ponen en evidencia la necesidad de una regulación autonómica específica sobre las fundaciones públicas (como la que contiene, para el Estado, la Ley 50/2002, cuya aplicación supletoria es cuestionable en este ámbito organizativo) que clarifique su régimen jurídico.

Con ese propósito clarificador, por cierto, pero referida al contenido de la relación de servicio de los empleados públicos (el personal estatutario de la Administración sanitaria regional) que participan en actividades financiadas por una fundación pública, es también novedosa la disposición adicional 10.^a de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, del Personal Estatutario de Instituciones Sanitarias de la Comunidad Autónoma de Cantabria. Se advierte en ella que «Sin perjuicio de la compensación que corresponda por su realización, el desarrollo de proyectos de investigación por el personal de la Administración sanitaria cuando sean autorizados por la Consejería competente en materia de sanidad o gestionados a través de la Fundación Marqués de Valdecilla, se entenderá a todos los efectos incluido en el ámbito de la prestación de servicios del empleado público».

V. Otras novedades

Para completar esta crónica debe dejarse constancia de algunas otras disposiciones, incluidas en la legislación sectorial, que afectan a las fundaciones.

Así, la Ley de Cantabria 8/2010, de 23 de diciembre, de Garantía de Derechos y Atención a la Infancia y la Adolescencia, ha previsto que puedan ser reconocidas como entidades colaboradoras de protección a la infancia y la adolescencia las fundaciones que desarrollen actividades en el ámbito de la protección a personas menores en situaciones de desprotección siempre que cumplan con las condiciones de registro y acreditación que se determinen re-

glamentariamente (art. 104). Las fundaciones así acreditadas podrán, según los casos, realizar funciones de apoyo a las familias en situaciones de desprotección; de valoración de las competencias parentales y educación en dichas competencias; de asesoramiento técnico en los procedimientos de protección de la infancia y la adolescencia; de mediación en procesos de acogimiento familiar o de adopción de personas menores, y de guarda de personas menores.

En el ámbito tributario, por otra parte, ha de mencionarse la Ley de Cantabria 11/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales y de Contenido Financiero, cuyo artículo 11 modifica el Texto Refundido de la Ley de Cantabria de Medidas Fiscales en Materia de Tributos Cedidos por el Estado, aprobado mediante Decreto Legislativo 62/2008, de 19 de junio, en lo referente a las deducciones sobre la cuota íntegra autonómica del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Así, el nuevo artículo 2.4 regula la deducción por donativos a fundaciones del siguiente modo:

«Los contribuyentes podrán deducir 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 que persigan fines culturales, asistenciales, deportivos o sanitarios o cualesquiera otros de naturaleza análoga a éstos. En todo caso, será preciso que estas fundaciones se encuentren inscritas en el Registro de Fundaciones, que 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 68 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de los no Residentes y sobre el Patrimonio, no podrá exceder del 10 por 100 de la base liquidable del contribuyente».

Además, aprobada en el curso del proceso de reorganización del sistema financiero español impulsado por el Gobierno de la Nación para hacer frente a la crisis económica y monetaria, debe mencionarse la Ley de Cantabria 12/2010, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Cantabria 4/2002, de 24 de julio, de Cajas de Ahorros, para su adaptación a lo establecido en el Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio. Se prevé, así, que la Asamblea General de la Caja de Ahorros pueda «Acordar la disolución y liquidación de la entidad, su fusión o integración con otras, su transformación en una fundación de carácter especial y la decisión de desarrollar su actividad de manera indirecta conforme a lo previsto en el Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio» [art. 35.d)]. Este tipo de acuerdos deben adoptarse con «la asistencia

de consejeros generales y, en su caso, cuotapartícipes, que representen la mayoría de los derechos de voto» y será necesario, además, «el voto favorable de, como mínimo, dos tercios de los derechos de voto de los asistentes» (art. 38.2). La modificación afecta a Caja Cantabria, entidad financiera que tiene previsto realizar una «fusión fría» con Caja Extremadura y Cajastur, transfiriéndose el negocio financiero de todas ellas a una nueva entidad mercantil (Effibank, S.A.). Al concluir esta crónica dicha fusión está ya completada, recibiendo nueva denominación social (Liberbank, S.A.) dicha entidad.

En fin, resta mencionar dos disposiciones de carácter reglamentario: el Decreto 18/2010, de 18 de marzo, del Boletín Oficial de Cantabria, que incorpora al diario oficial una nueva sección titulada «Fundaciones del Sector Público Regional», y el Decreto 42/2010, de 8 de julio, que adscribe el Centro Internacional de Estudios Superiores del Español (CIESE-Comillas), una entidad dependiente de la Fundación Comillas del Español y de la Cultura Hispánica, a la Universidad de Cantabria a efectos del reconocimiento de los estudios y titulaciones que se imparten en dicho centro.

Fundaciones en Castilla-La Mancha

José Antonio Moreno Molina

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha

Alma Patricia Domínguez Alonso

Profesora Doctora de Derecho Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: I. FUNCIONAMIENTO ELECTRÓNICO DEL REGISTRO DE FUNDACIONES.—II. LA FUNDACIÓN CAJA CASTILLA-LA MANCHA.—III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA FUNDACIÓN «CASTILLA-LA MANCHA, TIERRA DE VIÑEDOS». LOS INGRESOS DEL FONDO DE PROMOCIÓN VITIVINÍCOLA.—IV. FUNDACIÓN CAMPOLLANO DE ALBACETE Y AGRUPACIÓN SINDICAL DE PROPIETARIOS.—V. CONSIDERACIÓN DE LAS CANTIDADES APORTADAS POR LOS CÓNYUGES RELATIVAS AL PRÉSTAMO CONCEDIDO A LA FUNDACIÓN DE LA QUE AMBOS ERAN FUNDADORES A EFECTOS DEL IMPUESTO DE SUCESIONES Y DONACIONES.

No ha habido novedades normativas relevantes en la materia. Hay que resaltar al respecto que finalmente no se aprobó, al decaer su tramitación en el Congreso, la reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, que había sido aprobada por unanimidad por el Pleno de las Cortes de Castilla-La Mancha en sesión celebrada el día 29 de enero de 2007.

I. Funcionamiento electrónico del Registro de Fundaciones

Debe ser destacado el funcionamiento electrónico del Registro de Fundaciones de Castilla-La Mancha, a través de la web <http://www.jccm.es/web/es/CastillaLaMancha/index/tramite1212692552329tr/1212673898592.html>, que permite la inscripción de las fundaciones, cuyo ámbito de actuación sea Castilla-La Mancha, así como la inscripción, constancia y depósito de los actos, negocios jurídicos y documentos relativos a las mismas.

En la citada web se facilitan a los interesados modelos e impresos de presentación de cuentas anuales, presentación del plan de actuación, solicitud de autorización de contratación de fundación, solicitud autorización genérica, solicitud de certificado de denominación, solicitud de inscripción de delegaciones y apoderamiento de fundaciones, solicitud de inscripción en el registro

de fundaciones de modificaciones patronatos, solicitud de legalización de libros, solicitud de primera inscripción de fundaciones y solicitud de fundaciones de modificaciones estatutarias.

II. La Fundación Caja Castilla-La Mancha

Por otra parte, como consecuencia del proceso de integración del negocio financiero de Caja Castilla-La Mancha (CCM) en el Grupo Cajastur, culminado con la constitución del Banco Castilla-La Mancha, S.A., y la transformación de la entidad financiera Caja Castilla-La Mancha en la Fundación Caja de Ahorros de Castilla-La Mancha, con fecha 30 de septiembre de 2010 se produjo la inscripción de la Fundación Caja Castilla-La Mancha en el Registro de Fundaciones de Castilla-La Mancha.

La Fundación Caja de Ahorros de Castilla-La Mancha nace como consecuencia de la transformación de la anterior Obra Social de CCM. Es ahora esta Fundación la que asume la labor de contribuir al desarrollo social, asistencial, cultural, educativo y medioambiental de Castilla-La Mancha.

El Patronato de la Fundación está formado por treinta miembros representantes de diversas instituciones y entidades: Cortes de Castilla-La Mancha, Consejo Económico y Social de Castilla-La Mancha, Consejo de Consumidores y Usuarios, Federación de Municipios y Provincias, Diputaciones Provinciales y Consejo Castellano-Manchego de Servicios Sociales. Lo preside Antonio Roncero Sánchez, Vicerrector de la Universidad de Castilla-La Mancha.

De acuerdo con la legislación vigente, la Fundación Caja Castilla-La Mancha es tutelada y supervisada por el Protectorado de Fundaciones de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Los objetivos de la Fundación son el fomento de la investigación científica y el desarrollo tecnológico; la asistencia social y sanitaria; la lucha contra la exclusión social; la enseñanza en todas sus formas; la promoción, difusión y conservación de la cultura; la lucha contra la pobreza y la marginación; el fomento del empleo; la defensa del medio ambiente, y otros que tengan carácter social.

Entre las actividades de la Fundación se encuentran las relacionadas con la investigación y fomento de cuantos medios contribuyan a mejorar la formación en todos sus niveles, la calidad de vida y el medioambiente; la gestión y administración de las obras sociales que le encomiende la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha; la atención a las personas en riesgo de exclusión

por razones físicas, sociales o culturales; la organización de cursos, conferencias, congresos, sesiones de estudio y de investigación y otros actos similares sobre temas relacionados con los fines fundacionales; la financiación, preparación, edición y divulgación de las publicaciones y estudios relacionados con los fines fundacionales; la concesión de becas, bolsas de estudio y cualquier otra ayuda económica similar para la promoción de estudios y actividades relacionados con los fines fundacionales; la concesión de premios a las personas, organizaciones e instituciones que hayan destacado en el mundo cultural, social y profesional; la realización de donaciones, así como la concesión de anticipos y patrocinios y cualesquiera otras actividades análogas que permitan a la Fundación el mejor cumplimiento de sus fines, a juicio del Patronato.

ESTADÍSTICA OBRA SOCIAL CCM Y FUNDACIÓN 2010	Total Actividades	Total Beneficiarios
ACCIONES EN COLABORACIÓN	4.600	990.052
ÁREA DE CULTURA, PATRIMONIO Y DEPORTE	Actividades	Beneficiarios
Colaboraciones con Ayuntamientos	1.510	198.232
Proyectos Culturales y de Patrimonio/Fundación Cultura y Deporte	498	89.353
Deporte Base	168	10.080
Convenios Culturales con Diputaciones Provinciales	890	289.232
Semana de Música Religiosa de Cuenca	29	9.598
Festival Internacional de Teatro Clásico de Almagro	1	529
Colaboraciones Culturales con Instituciones y Museos	211	62.000
Total Área	3.307	659.024
ÁREA DE EDUCACIÓN, INVESTIGACIÓN Y EMPLEO	Actividades	Beneficiarios
Educación Primaria y Secundaria en CLM (Semana de la Ciencia)	105	9.699
Universidad de Castilla-La Mancha	325	28.000
Universidad Internacional Menéndez Pelayo	73	1.079
Conservatorios de Música	4	4.600
Centros de la UNED (*)	238	13.658
Otras Instituciones Educativas	6	1.200
Desarrollo en Nuevas Tecnologías en Pymes	8	3.560
Total Área	759	61.796

ESTADÍSTICA OBRA SOCIAL CCM Y FUNDACIÓN 2010	Total Actividades	Total Beneficiarios
ÁREA SOCIAL, ASISTENCIAL, SANITARIA Y MEDIO AMBIENTE	Actividades	Beneficiarios
Investigación y Formación en Sanidad en CLM/FISCAM	89	89.000
Fondo Regional de Cooperación Internacional	250	162.000
Otras Colaboraciones Sociales	195	18.232
Total Área	534	269.232
(*) CENTROS UNED:	Enseñanzas Regladas y no Regladas	Alumnos
Albacete	62	4.280
Valdepeñas	52	2.579
Guadalajara	43	2.100
Cuenca	31	701
Talavera de la Reina: Extensión Toledo y Quintanar de la Orden	50	3.998
Total UNED	238	13.658
TOTALES 2010	7.039	2.218.487

Fuente: Informe Actividades de la Fundación Caja Castilla-la Mancha, disponible en <http://www.fundacioncajastillalamancha.es/c/Informe-de-Actividades/2/Informe-de-actividades> (fecha de consulta 23 de junio de 2011).

III. Naturaleza jurídica de la fundación «Castilla-La Mancha, Tierra de Viñedos». Los ingresos del Fondo de Promoción Vitivinícola

Por lo que se refiere a pronunciamientos judiciales, de especial relevancia fue la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1.ª, n.º 347/2008, de 15 de septiembre, ponente Magán Perales, en el recurso contencioso-administrativo seguido a instancia de la Plataforma para la Defensa del Sector Vitivinícola, contra la Orden de 11 de febrero de 2005 de la Consejería de Agricultura de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

La línea impugnatoria de la parte actora se basaba en considerar que la reforma operada en la Orden de 11 de febrero de 2005 impone unas obligaciones o requisitos de Derecho privado para acceder a las ayudas públicas,

concretamente la exigencia de estar al corriente del pago en el fondo de promoción que gestiona la fundación «Castilla-La Mancha, Tierra de Viñedos». Sostiene la parte actora que uno de los objetivos primordiales de la Orden impugnada es obligar al pago a este fondo de promoción. Sin embargo, la Sala entiende que lo que la norma impugnada hace es establecer condiciones a las ayudas, y entre estas condiciones se establece de manera expresa la de estar al corriente de dicho pago. Pero dicho pago ya era obligatorio antes de publicarse la orden impugnada. Y por otra parte, los requisitos exigibles para acceder a una ayuda son determinables por las Administraciones que la concedan.

El problema de la actuación de la Administración pública «disfrazada» —en palabras de un sector de la doctrina— con ropajes de Derecho privado no es nuevo. Nos encontramos ante lo que la misma doctrina denomina desde hace algunas décadas la «huida del Derecho administrativo». La Administración pretende esquivar la aplicación de algunas de las rigurosas normas que impone el Derecho público. De tal suerte que a veces la utilización de formas de Derecho privado es simplemente un medio (privado) para un fin (público). Para ello la Administración no duda en crear entes dotados de personalidad jurídica, como en este caso, una Fundación privada, pero, como sucede en este caso, con dinero público y con aportaciones públicas de naturaleza impositiva. El siguiente paso es negar la relación con el nuevo ser creado, puesto que el mismo camina por sí solo. Advierte así la sentencia comentada del TSJ que un ejemplo paradigmático es el párrafo de la carta que la Consejera de Agricultura remite a los actores en fecha 5 de mayo de 2005 (aportada como documento n.º 5 de la demanda): «lo que tengan que cambiar deben hacerlo en ese foro, porque la Fundación no es de esta Administración, que está representada por dos patronos, sino de todo el sector, es decir, es de ustedes y ustedes, por lo que se ve, no saben qué hacer con ella».

La naturaleza jurídica de la fundación «Castilla-La Mancha, Tierra de Viñedos» consta en el escrito remitido por la Secretaría General de Economía y Hacienda (Ramo de prueba de la actora), en el que se lee: «La Fundación Castilla-La Mancha, Tierra de Viñedos es una fundación privada de iniciativa pública que no está incluida en el ámbito del sector público regional, y por lo tanto no está sujeta al control financiero ordinario o permanente de esta Intervención general sobre el total de su actividad, ingresos y gastos, sino exclusivamente por razón de las subvenciones que perciba con cargo a los presupuestos de la Comunidad Autónoma (...).

Los ingresos del Fondo de Promoción Vitivinícola proveniente de aportaciones obligatorias que deban, conforme a la citada Ley 8/2003, los titulares de instalaciones de transformación de uva en mosto, radicadas en Castilla-La Man-

cha, no están sujetos a la intervención de cuentas públicas por los órganos de fiscalización interna dependientes de la Consejería de Economía y Hacienda».

La sentencia del TSJ aplica la doctrina pragmática del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que viene a decir que para establecer el carácter público o privado de una Institución no importa el disfraz que se coloque al ente (incluso aunque la ley haga definiciones o calificaciones en ese sentido), sino el dinero que lo nutre y la procedencia del mismo. Resulta para la Sala siempre censurable que la Administración cree este tipo de entes, en lugar de actuar con la estructura que ya posee. En el caso de la fundación «Castilla-La Mancha Tierra de Viñedos», la creación y puesta en marcha de la misma tiene un innegable componente público. De hecho, el documento n.º 1 aportado por la actora junto a su escrito de demanda habla de «la iniciativa del Gobierno regional para constituir la fundación “Castilla-La Mancha, Tierra de Viñedos”, creación recogida en el artículo 26.4 de la ley 8/2003, de 20 de marzo, de la Viña y el Vino de Castilla-La Mancha, y que se materializó en agosto de 2004 cuando el Consejero de Gobierno autorizó su creación y su dotación inicial, con un millón de euros, así como la participación de la Consejería de Agricultura y del instituto de la Vid y el Vino de Castilla-La Mancha en su Patronato». Más adelante (Doc. 5 de la demanda) conocemos que la Fundación administra un presupuesto de más de nueve millones de euros. Sin embargo, y una vez puesta en marcha por la Administración pública, no es solo la Administración la encargada de controlar al nuevo Ente. Si atendemos al documento n.º 2 de los presentados por la parte actora junto a la demanda, podemos observar que la composición del patronato de la fundación intenta integrar a los diversos sectores del proceso de producción vitivinícola, siendo la composición: dos patronos que pertenecen, cómo no, a la Administración regional; tres que pertenecen a organizaciones profesionales agrarias; seis que representan a las cooperativas vinícolas de la región y tres que responden a los intereses de las organizaciones empresariales. Esta composición se confirma en el artículo 10 de los Estatutos de la Fundación.

La sentencia considera que el Fondo de Promoción Vitivinícola fue creado por una norma con rango de ley cuyo objetivo era la ordenación del sector vitivinícola en Castilla-La Mancha. El Dictamen 1/2005, del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, estableció ya que el mencionado fondo se creaba con una finalidad de interés público, estando, por tanto, la Administración revestida de *imperium*, y exigiendo de forma imperativa a los titulares de instalaciones de transformación de uva en mosto radicadas en Castilla-La Mancha las aportaciones descritas en la Ley. En concreto, y tal y como consta en la Memoria de necesidad de la elaboración de una Orden de Modificación (p. 1 del expediente administrativo), «El Consejo Consultivo de Castilla-La Man-

cha, en su dictamen 1/2005, ha concluido que las aportaciones obligatorias contempladas en dicho artículo son ingresos de Derecho público y naturaleza tributaria». El Dictamen 1/2005 consta en los «antecedentes complementarios» del expediente administrativo, y en el mismo se analizan detalladamente las aportaciones obligatorias al Fondo de Promoción Vitivinícola establecidas por el artículo 26 de la Ley autonómica 8/2003, llegando a la conclusión de que las aportaciones al fondo son ingresos de derecho público de naturaleza tributaria y carácter parafiscal, que en caso de impago corresponde recaudar a la Consejería de Economía y Hacienda a través de la vía de apremio. Queda claro para el TSJ que no puede entrar a discutirse la naturaleza pública de las aportaciones al fondo.

IV. Fundación Campollano de Albacete y Agrupación Sindical de Propietarios

En relación con la Fundación Campollano de Albacete, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1.ª, n.º 305/2009, de 20 de noviembre, rec. 456/2003, ponente Borrego López, resuelve el recurso de apelación contra la Sentencia n.º 142/03, de fecha 15 de octubre de 2003, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Albacete, en el procedimiento ordinario 634/2001.

La Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, de 18 de mayo de 2009 viene a confirmar que en el pleito en cuestión se daban dos pretensiones a las que había que dar respuesta legal. La primera, la atinente al examen de legalidad de los acuerdos del Subdelegado de Gobierno en Albacete. Y la segunda, a la pretensión procesal de nulidad de los acuerdos de la Agrupación Sindical de Propietarios demandada; las dos interrelacionadas por razón de la competencia objetiva jurisdiccional para conocer del recurso (Fundamento de Derecho Primero, en relación con los sucesivos). Y concluye, que al no dar respuesta a esta segunda pretensión por falta de competencia objetiva, se ha producido una vulneración del derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Ley Fundamental), generadora de indefensión; declarando por ello, el amparo con retroacción de actuaciones al momento procesal inmediatamente anterior al pronunciamiento de la Sentencia, para que se dicte una nueva resolución judicial respetuosa con el derecho fundamental vulnerado (Fundamento de Derecho Cuarto y Fallo).

Recibida la resolución judicial de amparo del Tribunal Constitucional, la Sentencia del TSJ n.º 305/2009, de 20 de noviembre, entra en el análisis de las pretensiones comentadas, analizando si se puede considerar conforme a Dere-

cho el acto administrativo impugnado, en tanto se declara incompetente el órgano administrativo para poder resolver la petición de los recurrentes de que se proceda a la anulación de la Asamblea General de la Agrupación Sindical de Propietarios y Urbanizadores del Polígono Industrial de Campollano, celebrada el 13 de mayo de 1999, se convoque su Comisión Ejecutiva y se disuelva la «Fundación Campollano».

Esta tesis legal resulta confirmada por la Sala, según la posición legal asumida por la Administración demandada, tanto en esta vía judicial como en la vía previa administrativa. En este sentido, la sentencia señala que

«la Agrupación Sindical de Propietarios se constituyó conforme a la Ley Sindical 2/1971, de 17 de Febrero que preveía junto a las asociaciones obligatorias, otras de tipo voluntario, fundamentadas en aportaciones de sus socios, de carácter privado, que quedó anudada a la Organización Sindical a efectos jurídico-formales (para configurar su personalidad jurídica), pero que en ningún caso era una asociación dependiente del Estado por sus aportaciones; ya que se trataban de entidades sindicales que retenía la propiedad privada de sus bienes propios; congruentemente con ello tampoco existía la posibilidad de que el Estado se reputa heredero de la referida Agrupación en virtud de la Leyes 19/1997, de 1 de Abril y 4/1986, de 8 de Enero. Por lo tanto, nos encontraríamos ante una agrupación, que tras la extinta Organización Sindical (D.L. de 8 de Octubre de 1976) y por su naturaleza jurídica, quedaba sujeta en el ámbito que se discute al derecho de asociación (según se desprendía de la operatividad y régimen jurídico general de la Agrupación Sindical), en los términos que prevé el art. 22 de nuestra Ley Fundamental (al haberse agotado el régimen transitorio que permitía su transformación), y que haría relevante el derecho de libertad asociativo frente a posibles intervenciones de los poderes públicos en su organización y funcionamiento (S.T.C. 56/95; 115/87, 7.7; 67/1985, 24.5); por ello el art. 22.4 viene a establecer una garantía del derecho de asociación (en este caso sin ánimo de lucro) frente a la Administración, que es lo que representaría la petición de los actores en relación con la Agrupación referida y su desenvolvimiento ulterior. Faltaría la habilitación legal para ello y más desde la extinta organización Sindical, la actitud pasiva de la propia Agrupación y sus partícipes adoptada hasta la fecha de 1999, creando una situación jurídicamente heteróclita, de difícil anclaje legal y de aquí que deba de concluirse que la Administración estatal demandada, en este caso la Subdelegación del Gobierno en ningún caso podía dar lugar desde su ámbito competencial a la petición de los actores que es lo que se fiscaliza en el presente recurso; posición jurídica de ninguna manera contrafundamentada por los recurrentes. Argumentos que nos han de llevar a desestimar el mismo por ser conforme al Ordenamiento Jurídico el acto administrativo impugnado.

Congruentemente con ello, y la declaración de legalidad de los acuerdos de la Subdelegación del Gobierno en Albacete; y conforme al pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional y con la finalidad de no causar indefensión a los recurrentes, procede declarar que al confirmar aquella legalidad; y, por ende, la falta de competencia objetiva de este Tribunal para conocer de la materia que se trata en la litis (declaración de nulidad del acuerdo de convocatoria de la Asamblea de la Agrupación de Propietarios y Urbanizadores del Polígono Industrial Campollano, celebrada el 25 de Mayo de 1999, y de los acuerdos en ella adoptados), procede de conformidad con lo dispuesto en el art. 9.1 de la L.O.P.J., en relación con el art. 5.3 de la Ley Jurisdiccional, declarar como competente para conocer de la misma al orden jurisdiccional civil (Juzgado de Primera Instancia de Albacete). Luego habiendo sido ya objeto de pronunciamiento de incompetencia precedente por falta de jurisdicción de dichos órganos del orden jurisdiccional, procede otorgar a los recurrentes el acceso al cauce procesal legalmente dispuesto para dilucidar la vía procesal en la que poder obtener una respuesta sobre el fondo de su pretensión (art. 50 de la L.O.P.J.)» (FFJJ 2 y 3 de la Sentencia del TSJ n.º 305/2009, de 20 de noviembre).

V. Consideración de las cantidades aportadas por los cónyuges relativas al préstamo concedido a la Fundación de la que ambos eran fundadores a efectos del impuesto de sucesiones y donaciones

Cabe destacar también la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha n.º 534/2010, de 6 de septiembre de 2010, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1.ª, Recurso 607/2007, ponente Estévez Goytre, que versó sobre el impuesto de sucesiones y donaciones.

La sentencia razona que al haberse adquirido las acciones a título oneroso con cargo a una cuenta de titularidad conjunta de ambos cónyuges, las acciones eran bienes gananciales, aunque figuraran a nombre de la causante. Sin embargo, las cantidades aportadas por los cónyuges relativas al préstamo concedido a la Fundación de la que ambos eran fundadores, y avalistas solidarios del préstamo, no se consideran cargas que deban disminuir el valor de su patrimonio, dado que la liberalidad de hacerse cargo del pago de determinadas facturas no se puede considerar una carga permanente, pues la causante no era deudora de nada ni nadie, limitándose a prestar unos avales. Por ello entiende el TSJ que no existe deuda alguna a cargo de la herencia, sino la posibilidad de deuda para el caso de que la Fundación incumpla, concepto no deducible sin perjuicio del derecho del interesado a formular rectificación de la liquidación.

En su fallo, el TSJ de Castilla-La Mancha estima en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra resolución del TEAR Castilla-La Mancha en materia de impuesto sobre sucesiones y donaciones, sucesiones *mortis causa*, y anula dicha resolución exclusivamente en lo relativo a la consideración de las acciones como bienes privativos de la esposa del interesado, ordenando a la Administración la devolución del exceso ingresado por ese concepto, con sus intereses legales.

Las fundaciones en Castilla y León

José Luis Martínez López-Muñiz

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de Valladolid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. NOVEDADES SOBRE LAS FUNDACIONES EN GENERAL EN EL ÁMBITO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA: 1. *Ausencia de innovaciones en su régimen jurídico.* 2. *Actividades de evaluación a cargo de fundaciones con efectos jurídicos reconocidos en la Administración autonómica.* 3. *Papel activo de algunas fundaciones en la tutela ambiental.* 4. *Otras actividades de fundaciones.* 5. *Canales de financiación autonómica de la actividad fundacional.* 6. *Nuevas fundaciones.* 7. *El Consejo Autonómico de Fundaciones de Castilla y León, de la Asociación Española de Fundaciones.*—III. LAS FUNDACIONES DEL GOBIERNO AUTONÓMICO: 1. *Su integración en la Administración pública a determinados efectos.* 2. *Sometimiento a reglas comunes de la Administración autonómica.* 3. *Intentos de descorrer el velo de la personalidad interpuesta de las fundaciones instrumentales de la Administración pública.* 4. *Continuidad de la sumisión de las aportaciones patrimoniales autonómicas a fundaciones a autorización de la Junta.* 5. *Continuidad en 2011 de las medidas de control del gasto ya establecidas por la Ley de Presupuestos para 2010.* 6. *Nueva fundación autonómica.* 7. *Participación de FOREMCyL en funciones administrativas.* 8. *Actuación de la Fundación «Siglo».* 9. *Autorreconocimiento medioambiental para la Fundación Patrimonio Natural de Castilla y León.* 10. *Incierta situación de la Fundación ADEuropa.* 11. *Colaboración interadministrativa con participación de fundaciones del sector público.*—IV. OTRAS FUNDACIONES EN MANO PÚBLICA: 1. *Nueva fundación municipal.* 2. *Límites de la discrecionalidad organizativa de fundaciones locales.* 3. *Colaboración entre la Comunidad Autónoma y las entidades locales a través de fundaciones públicas.* 4. *Fundaciones de las universidades públicas.*—V. RELEVANCIA FUNDACIONAL DE LAS TRANSFORMACIONES EN LAS CAJAS DE AHORRO.

I. Introducción

En continuidad con lo que se expuso en la edición de 2010 dedicada por este Anuario a las novedades del Derecho de Fundaciones en 2009, damos cuenta aquí de las normas y actos jurídicos de alguna relevancia para las fundaciones en Castilla y León en 2010. Seguimos dedicando por separado un apartado a las fundaciones privadas en general y otros después a las fundaciones del sector público, principalmente a las autonómicas, que han alcanzado una importancia práctica destacada. Este año añadimos además un apartado particular para tratar de los cambios que se han iniciado en las Cajas de Ahorro, aunque limitándonos a dejar constancia de lo que consideramos de una específica relevancia en el orden de las fundaciones.

Aun a riesgo de alargar en exceso esta información nos decidimos a exponer las distintas líneas de financiación pública que llegan a muchas fundaciones por parte de la Comunidad Autónoma —algunas verdaderamente sustanciosas y con particularidades dignas de atención— y a dar cuenta algo más pormenorizada de las nuevas fundaciones.

II. Novedades sobre las fundaciones en general en el ámbito de la Comunidad Autónoma

1. Ausencia de innovaciones en su régimen jurídico

No ha habido novedades en Castilla y León en 2010 en cuanto al régimen jurídico sustantivo en sentido estricto de las fundaciones del ámbito regional.

Cabe remarcar que, en cuanto a su régimen fiscal, la Ley 19/2010, de 22 de diciembre, de Medidas Financieras y de creación del Ente Público Agencia de Innovación y Financiación Empresarial de Castilla y León (BOCyL del 23), mantiene, en su artículo 2, a favor de las *cantidades donadas a fundaciones de Castilla y León*, la deducción sobre la cuota íntegra autonómica del IRPF establecida por el artículo 2 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales de la Comunidad de Castilla y León en materia de tributos cedidos por el Estado, en los términos previstos en sus artículos 3 al 13.

Por otra parte, un Auto de 16 de noviembre de 2010 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Valladolid, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, nos da pie para indicar que, en efecto, al haberse establecido excepcionalmente la sede de la Gerencia Regional de Justicia de la Consejería de Interior y Justicia, como ya hicimos notar en la edición de este Anuario de hace dos años, en la ciudad de Burgos, la competencia para conocer de los recursos contra sus resoluciones corresponde a la Sala de lo contencioso-administrativo de Burgos. El mencionado auto lo dice resueltamente, acogiendo las alegaciones previas del letrado de la Comunidad Autónoma en su defensa contra un recurso de varios particulares contra la Resolución de 31 de marzo de 2009 de la mencionada Gerencia Regional de Justicia por la que se acordó la inscripción de la Fundación Salamanca Ciudad de Saberes, del Municipio salmantino, en el Registro de Fundaciones de Castilla y León, y contra la del 12 de junio de 2009 que desestimó el recurso de reposición que se interpuso contra la anterior. Se invocan certeramente los artículos 10.1.a) y 14.1, regla primera de la Ley 29/1998, de la jurisdicción contencioso-administrativa, y el artículo 8 del Decreto 70/2007, de 12 de julio, que fijó la sede de la Gerencia —como órgano directivo central de la Consejería— en Burgos¹.

¹ Cuando se concluyen estas páginas, ya se conoce el Decreto 2/2011, de 27 de junio, por

Puede señalarse, en fin, que al menos en un par de casos han fracasado recursos contencioso-administrativos interpuestos por fundaciones, por no haber cumplido adecuadamente lo exigido por el artículo 45.2.d) en cuanto a la necesidad de acompañar el escrito de interposición del recurso del «documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación», lo que supondrá acreditar documentalmente, en principio, el acuerdo del Patronato de la fundación correspondiente, ya que el artículo 14.4 de la Ley de Fundaciones de Castilla y León atribuye a este órgano el otorgamiento de poderes generales o especiales para la representación de la fundación ante todo tipo de personas y entidades (que además han de inscribirse en el Registro según dice el ap. 5 del mismo art. 14), salvo que los Estatutos establezcan lo contrario. Con palabras de una Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2003 se recordará que «la falta de este requisito impide tener por acreditada la capacidad de la [persona jurídica] que aparece como titular de la acción por defecto en la formación de la voluntad de recurrir y, en cuanto se refiere a la persona física compareciente, es susceptible de ser entendido como un defecto de “*legitimatío ad causam*” (legitimación para el proceso concreto) que puede dar lugar a apreciar la inadmisibilidad del recurso en la sentencia al amparo del artículo 69 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, que contempla el hecho de haberse interpuesto el recurso por persona no legitimada». Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de subsanación que ahora regula el artículo 45.3 de la misma Ley y aun prevé también el 138.2, aunque en concreto la omisión por el órgano juzgador de lo dispuesto en este no podrá oponerse cuando la alegación de esa omisión por la parte demandada —de no haberse cumplido lo que ahora dice el 45.3— no le hubiera llevado al recurrente a subsanar el defecto. Nos referimos a las Sentencias de la Sala de Burgos de 24 de junio de 2010, que desestima recurso de apelación contra el Juzgado contencioso-administrativo n.º 1 de Soria que inadmitió un recurso de la Fundación M.^a Eugenia Yagüe Martínez del Campo contra una decisión del Municipio de San Leonardo de Yagüe de retirada del espacio público de una estatua dedicada al General Yagüe, y la de la Sala de Valladolid, de 29 de junio de 2010, que desestima el recurso de apelación de la Fundación La Salgada contra la sentencia de uno de los Juzgados de lo contencioso de Valladolid que había declarado inadmisibile su recurso contra el Servicio Público de Empleo

el que el Presidente de la Junta de Castilla y León, al inicio de la nueva Legislatura tras las elecciones autonómicas del 22 de mayo, ha reestructurado las Consejerías, reduciendo su número y, en lo que aquí importa, reconduciendo de nuevo la Consejería de Interior y Justicia a la de Presidencia, de la que se había desgajado cuatro años antes.

de Castilla y León. Pero, en cualquier caso, es claro que todo esto no es más que aplicación del régimen general aplicable en el orden judicial contencioso-administrativo.

2. *Actividades de evaluación a cargo de fundaciones con efectos jurídicos reconocidos en la Administración autonómica*

Hay fundaciones implantadas en Castilla y León a las que la Administración reconoce condiciones de entidad de control tecnológico, como puede apreciarse por una Resolución de 1 de septiembre de 2010 de la Dirección General de Prevención Ambiental y Ordenación del Territorio (BOCyL del 15), que hace pública una Orden de la Consejería de Medio Ambiente que modificó el condicionado de la autorización ambiental de Cerámica Peñafiel, S.A., para su planta de material cerámico y de cogeneración, sobre la base del control externo de emisiones elaborado unos meses antes por la *Fundación CARTIF*, constituida en 2005 y titular de un Centro Tecnológico nacido en 1994 en el seno del Departamento de Ingeniería de Sistemas y Automática de la ETS de Ingenieros Industriales de la Universidad de Valladolid, asentado en el Parque Tecnológico de Boecillo (Valladolid), con un edificio de 8.500 m² de instalaciones y una plantilla cercana a los 200 investigadores.

La Fundación Laboral de la Construcción expide, por otro lado, los certificados de homologación requeridos a las entidades solicitantes de subvenciones para la formación en materia de prevención de riesgos laborales en el sector ². Esta Fundación se constituyó en 1992, por acuerdo del Convenio General del Sector de la Construcción firmado entre la Confederación Nacional de la Construcción (CNC), la Federación Estatal de Construcción, Madera y Afines de CC.OO. (FECOMA-CC.OO.), y Metal, Construcción y Afines de UGT (MCA-UGT), con objetivos de formación profesional, mejorar la seguridad y la salud en el trabajo, y contribuir a la profesionalización y dignificación del empleo en el sector con medidas como la expedición de la TPC o Tarjeta Profesional de la Construcción. El Patronado y sus Consejos Territoriales en cada Comunidad Autónoma tienen una composición paritaria de la organización empresarial y las sindicales. La Fundación cuenta con el soporte financiero del sector, en el que, en virtud del Convenio General, tiene establecida una cuota *obligatoria*, que se calcula sobre las Bases de Cotización a la Seguridad Social ³. Toda una tan interesante como sorprendente realidad, que merecería ser analizada en perspectiva constitucional.

² Cfr. Orden EYE/1779/2010, de 22 de diciembre (BOCyL del 29).

³ Cfr. <http://www.fundacionlaboral.org/web/esp/informacion.asp?selec=162923&pa-dre=Menu1>.

De otra parte, por Resolución de 21 de junio de 2010, la Dirección General de Industria de la Consejería de Economía y Empleo designó a la Fundación para el Fomento de la Innovación Industrial, a través del Laboratorio de Calibración de Instrumentos Acústicos (LACAINAC), organismo autorizado de verificación metrológica de los instrumentos destinados a la medición de sonido audible y de los calibradores acústicos hasta el 28 de octubre de 2013 (con posibilidad de ulterior renovación), lo que ya se le había conferido en 2008 hasta el 30 de junio de 2010 ⁴.

3. *Papel activo de algunas fundaciones en la tutela ambiental*

Algunas fundaciones privadas despliegan un papel activo en el ámbito de la tutela ambiental como ha sido el caso, por ejemplo, de la Fundación para la Conservación del Quebrantahuesos, que se ha personado con alegaciones en algún procedimiento de Declaración de Impacto Ambiental (DIA) ⁵, o de la Fundación Oso Pardo, que aparece también interviniendo en procedimientos relativos a DIAs ⁶. La Fundación Santa María la Real presentó asimismo alegaciones en un procedimiento de DIA de proyectos mineros e industriales ⁷.

4. *Otras actividades de fundaciones*

No es posible reseñar aquí la diversidad de actuaciones a cargo de las fundaciones que actúan en la región, pero daremos cuenta de algunas que han te-

⁴ BOCyL de 26 de julio de 2010. Esta Fundación fue creada por la Universidad Politécnica de Madrid, en colaboración con el Ministerio entonces de Industria y Energía, a instancias de la ETS de Ingenieros Industriales y fue inscrita en el Registro de Fundaciones Docentes Privadas el 8 de julio de 1993.

⁵ Sobre Proyecto de Explotación y Plan de Restauración de la Concesión de Explotación de recursos de la sección c), magnesita, denominada «San Pablo» n.º 1.280-10, en el término municipal de Borobia (Soria), promovido por Magnesitas y Dolomías de Borobia, S.L., hecha pública por Res. de 26 de julio de 2010, de la Dirección General de Prevención Ambiental y Ordenación del Territorio (BOCyL del 2 de agosto).

⁶ Así en el procedimiento que condujo a la decisión hecha pública por Res. de 3 de mayo de 2010 de la Delegación Territorial de la Junta de Castilla y León en la provincia de León, de no someter al procedimiento de evaluación del impacto ambiental un proyecto de línea eléctrica de alta tensión para la evacuación de la Central Hidráulica Chanada, en Villablino (León), promovido por Endesa Generación, S.A. (BOCyL de 3 de junio), o en el de la DIA sobre proyecto de línea aérea Central Hidráulica Ferrera a S.T.R. de San Isidro, en Boñar y Puebla de Lillo (León), hecha pública por Res. de 12 de mayo de 2010 de la Dirección General de Prevención Ambiental y Ordenación del Territorio (BOCyL de 1 de junio).

⁷ Proyecto de Explotación de la Cantera La Mata y la planta de trituración y clasificado, promovido por Canteras Osergón, S.L., en Aguilar de Campoo (BOCyL de 18 de mayo de 2010), y Proyecto de Concesión de Explotación «Guadalupe», de Inversiones Quintana Núñez, S.L. (BOCyL de 13 de mayo de 2010).

nido algún particular reflejo en dispares actuaciones de la Administración autonómica.

La Comisionada Regional para la Droga, acreditó por Res. de 25 de mayo de 2010, a las Fundaciones Instituto Spiral (Comunidad Terapéutica de Vañes, Palencia) y Alcándara, Proyecto Hombre (Comunidad Terapéutica de Salamanca) para el tratamiento con opiáceos de personas dependientes de esas sustancias ⁸.

La Orden CYT/744/2010, de 12 de mayo, reconoció cuatro distintos Museos en la región, y entre ellos, en Valladolid, el de la Fundación Gabarrón ⁹. Y por Orden FOM/819/2010, de 8 de junio, se revocó una cesión gratuita efectuada por la Consejería de Fomento al Ayuntamiento de Ponferrada (León) de dos de las dieciséis locomotoras revertidas a la Comunidad Autónoma desde la «Minero Siderúrgica de Ponferrada, S.A.» concesionaria del ferrocarril Cubillos del Sil-Villablino, y expuestas desde entonces en el Museo municipal del Ferrocarril de Ponferrada, para cederlas a la Fundación Ciudad de la Energía-CIUDEN, que había propuesto restaurarlas, ponerlas en valor e integrarlas en el Museo Nacional de la Energía con una placa alusiva a su procedencia de la Consejería de Fomento de la Junta de Castilla y León ¹⁰. Es esta una Fundación del sector público estatal que, como el Museo Nacional de la Energía de que es titular, tiene su sede en la misma Ponferrada.

Encontramos incluso a alguna fundación en iniciativas urbanísticas: así la Fundación Goicoechea e Isusi aparece como promotora del Plan Parcial del Sector Urbanizable SUR «Oña 2», aprobado por Acuerdo de 9 de julio de 2010 de la Comisión Territorial de Urbanismo de Burgos ¹¹, y una Orden FOM/1102/2010, de 22 de julio, aprobó definitivamente un Plan Especial de Reforma Interior para el Desarrollo del ámbito de la Fundación MER, en el Paseo de San Juan de la Cruz en Segovia ¹².

Hay fundaciones organizadoras de ferias comerciales reconocidas por la Administración regional: la Fundación Río Boedo es la organizadora de la Feria del Ajete del Boedo y La Ojeda, el 22 de abril, en Báscones de Ojeda; de la del

⁸ BOCyL de 8 de junio de 2010.

⁹ BOCyL de 4 de junio de 2010.

¹⁰ BOCyL de 17 de junio de 2010.

¹¹ BOCyL de 10 de agosto de 2010.

¹² BOCyL de 4 de agosto de 2010. La Fundación MER fue inscrita en el Registro de Fundaciones del Ministerio de Cultura por Orden CUL/1139/2009, de 14 de abril (BOE de 9 de mayo) y creada por unos coleccionistas particulares para la constitución de un Fondo de Obras de Arte Contemporáneo, y la promoción y difusión de las artes plásticas. Está instalando su sede en Segovia.

Ajo del Boedo y La Ojeda, en Prádanos de Ojeda, el 30 de julio; de la Feria Artesanal de la misma comarca, también en Báscones de Ojeda, el 21 de agosto, y de la Feria de Maquinaria Agrícola de Segunda Mano, el 20 de noviembre, en Prádanos de Ojeda; por su parte, la Fundación CESEFOR/AVEBION organiza la Expobioenergía en Valladolid, del 26 al 28 de octubre ¹³.

En fin, la Fundación Personas —creada en 2008 por varias entidades del Movimiento Asociativo Feaps Castilla y León, para las necesidades de personas con discapacidad y sus familias— ha pasado a ser la titular de la autorización de apertura y funcionamiento del centro «Santiago Apóstol» de Guardo (Palencia) que pertenecía a ADECAS (Asociación Pro Deficientes Psíquicos de Castilla) ¹⁴ y de los centros de educación especial El Pino y Obregón, de Valladolid, que eran de ASPRONA ¹⁵. Pero estas dos asociaciones son fundadoras de la Fundación Personas —junto con APADEFIM de Segovia, ASPANIS de Palencia, ASPROBA Bierzo y ASPROSUB de Zamora, que son, a la vez quienes componen su Patronato.

5. *Canales de financiación autonómica de la actividad fundacional*

Cada vez es más evidente que la gran mayoría del alto número de fundaciones de carácter nacional o regional que existen en la actualidad en España, tanto las propiamente privadas como las del sector público, se han alejado del clásico modelo fundacional en el sentido de patrimonio adscrito a un fin determinado —por lo que habría de velar el Protectorado, precisamente— para pasar a constituir centros de actuación e imputación, normalmente con reducido patrimonio y rentas propias, pero que, en razón de sus ventajas fiscales, canaliza aportaciones privadas y públicas para la realización permanente de determinadas actividades de muy diversa índole en cumplimiento de los fines por los que, de modo más determinado o indefinido, han sido establecidas. No pocas de entre ellas han surgido por transformación de asociaciones previas o en el seno de éstas.

Dada la obligación legalmente establecida de dar publicidad a las subvenciones públicas (art. 18 de la Ley 38/2003, General de Subvenciones, que, conforme a su disposición final 1.^a1, es precepto de legislación básica), puede

¹³ Resolución de la Dirección General de Comercio, de 22 de diciembre de 2010, por la que se aprueba el Calendario de Ferias Comerciales de Castilla y León para 2011 (BOCyL del 29).

¹⁴ Resolución de 13 de julio de 2010, de la Dirección General de Planificación, Ordenación e Inspección Educativa (BOCyL del 27).

¹⁵ Resolución de 13 de julio de 2010, de la Dirección General de Planificación, Ordenación e Inspección Educativa (BOCyL del 23).

hacerse un seguimiento por el Boletín Oficial de Castilla y León (BOCyL) de las ayudas autonómicas que reciben en Castilla y León —como en las demás Comunidades Autónomas, de uno u otro modo— muchas fundaciones por muy variadas razones. No todas las beneficiarias de tales aportaciones públicas son necesariamente fundaciones propiamente regionales, y, en la mayor parte de las líneas de ayuda de que se trata, las fundaciones compiten y obtienen las subvenciones —o ven denegadas sus peticiones— junto con diversidad de entidades de todo tipo, aunque en la mayor parte de los casos —no siempre, desde luego— sin ánimo de lucro.

No se trata de hacer aquí un examen pormenorizado que podría ser interesante. Bastará con que señalemos la materia de las actividades que obtienen tales apoyos públicos autonómicos y alguna indicación sobre cuantías o, eventualmente, alguna otra observación. Por supuesto, solo recogemos datos de 2010, aunque alguna vez se comprenden actuaciones no solo de este año sino también de 2011 o incluso, en algún supuesto, un período algo más largo.

El objetivo en el que convergen más líneas de ayuda es el *empleo*. En el ámbito de las subvenciones relacionadas con la formación profesional, las ha habido a entidades privadas sin ánimo de lucro para el desarrollo de módulos profesionales individualizados en la modalidad de oferta parcial de ciclos formativos de FP para 2010 y 2011, con una dotación global de 198.705 euros —la mitad aproximadamente para cada ejercicio presupuestario—, pero en la que la única fundación que aparece como beneficiaria es la Fundación Centro Tecnológico de Cereales de Castilla y León (CETECE)¹⁶, aunque por tres actividades, cada una de las cuales recibe una subvención —por los dos años— de entre 4.347 y 6.831 euros (alguna otra entidad recibe cantidades de hasta 12.862 y 21.436)¹⁷. Se han otorgado cantidades mucho más sustanciosas a entidades locales y entidades sin ánimo de lucro para desarrollo del primer nivel de programas de cualificación profesional inicial, cofinanciadas por el Fondo

¹⁶ Según información obrante en la página web de la Junta de Castilla y León (Economía y Empresa), esta Fundación fue creada el 20 de junio de 1997 con participación de la Universidad de Valladolid y de la Diputación de Palencia, para conseguir una mayor competitividad en las empresas cerealistas y en sus transformadoras, y tiene fines educativos, científicos y de investigación de los productos derivados del cereal. Es un Centro reconocido y registrado en el Estado como CIT (Centro de Innovación y Tecnología), y pertenece a la Federación Española de Entidades de Innovación y Tecnología (FEDIT) y a otras organizaciones. Tiene su sede principal en Palencia y otras en Valladolid y Escalante (Cantabria). De las seis personas que constituyen su Patronato, los dos Vicepresidentes son el Alcalde del Ayuntamiento de Palencia y el Presidente de la Diputación, y el Secretario representa a la Universidad de Valladolid. No hemos podido llegar a conclusiones sobre si se trata de una fundación sustantivamente privada o bajo influencia dominante pública.

¹⁷ Orden EDU/1117/2010, de 28 de julio (BOCyL de 6 de agosto).

Social Europeo (FSE) de la Unión Europea, para el período 2010-2012, entre las que han resultado beneficiarias varias fundaciones: la Fundación INTRAS, en Zamora y en Valladolid ¹⁸, la ASPANIAS, de Burgos, la ADSIS (con tres programas distintos) y la Armenteros (dos programas) en Salamanca, la Rondilla (cuatro programas) y la CYLOG en Valladolid, la del Instituto Técnico Industrial de Miranda de Ebro, la San Cebrián de Palencia, la FULDEFE (leonesa para el desarrollo económico, la formación y el empleo ¹⁹), la Orbe Zero, de Zamora, la FUEMTE, de Segovia. Cada programa de estas fundaciones ha recibido en torno a 53.000 euros, aunque los de la Fundación INTRAS y el de la Fundación ASPANIAS se elevan a 104.800 y 106.000 euros respectivamente ²⁰. Hay diversas líneas de subvenciones para acciones de formación en prevención de riesgos laborales y desarrollo de medidas de seguridad y salud laboral, dirigidas a empresas privadas (1.006.056 euros en 2010), municipios y mancomunidades (415.381), universidades públicas (65.231), otros entes públicos, como Cámaras o Colegios profesionales (96.412), y entidades sin ánimo de lucro (756.870). Entre los beneficiarios de estas últimas aparecen de nuevo la Fundación CETECE (43.750 euros), la del Instituto de la Construcción de Castilla y León (69.000) y la Fundación Laboral de la Construcción (75.000), la Fundación La FUEMTE, de Segovia (35.450), la del Instituto Tecnológico de Castilla y León ²¹ (48.000), y las Fundaciones General de la Universidad de Salamanca (52.500) y Parque Científico de la Universidad de Valladolid (25.000) ²², en lo que, por cierto, se ve cómo las universidades públicas, además de su propia línea de subvenciones con este mismo objeto, entran también por vía de sus fundaciones en el reparto de lo previsto para entidades —privadas— sin ánimo de lucro y en cantidades, en realidad, superiores. En fin, todas estas fundaciones se llevan algo más del 46% de lo concedido a entidades sin ánimo de lucro. Por otra parte, en cuarto término, para la orientación profesional para el empleo y la asistencia para el autoempleo (OPEA),

¹⁸ Esta Fundación fue constituida en 1994 por un grupo de profesionales para buscar la calidad en la investigación e intervención en los grupos de atención socio-sanitaria. INTRAS significa Investigación y Tratamiento en Salud Mental y Servicios Sociales. Tiene sedes en Valladolid, Zamora y dos localidades más de la provincia de Zamora.

¹⁹ Es una fundación instrumental del Ayuntamiento de León y de su ILDEFE (Instituto Leonés de Desarrollo Económico, Formación y Empleo).

²⁰ Orden EDU/1116/2010, de 27 de julio (BOCyL de 5 de agosto).

²¹ Fundada en 1989 con sede en Burgos. El Centro está integrado en la Red de Centros Tecnológicos de la Junta Castilla y León. En su patronato hay representantes de varios Colegios profesionales de Ingenieros y de empresas asociadas, incluyendo las dos Cajas tradicionales burgalesas.

²² Orden EYE/159/2011, de 16 de febrero (BOCyL de 3 de marzo). Nótese que aquí se trata de la Consejería de Economía y Empleo y no de la de Educación.

el Servicio Público de Empleo (Organismo Autónomo creado por Ley 10/2003) ha concedido otros 5.280.167 euros en subvenciones, entre cuyos beneficiarios aparecen las Fundaciones ASPANIAS y Lesmes ²³, de Burgos, la San Cebrián, la ADSIS, la Fundación Personas y las Fundaciones Generales de las Universidades de León y Valladolid, con cantidades que oscilan entre los 35.729 y los 90.923 euros, sumando un total de 447.698 euros, es decir un 8,47% de la cifra total distribuida en esta línea, siendo muy de notar que, al mismo tiempo, la Fundación Autónoma para la Formación en el Empleo de Castilla y León (FOREMCyL) ²⁴ y el sindicato UGT de Castilla y León han recibido 1.306.436 y 1.306.496, respectivamente, esto es, casi el 50% de todo ²⁵. La importancia del papel asignado a estas dos entidades resulta aún más llamativa pues por Resolución de la misma fecha del mismo Servicio Público de Empleo —publicada en el BOCyL del mismo día que la anterior— se dieron a conocer sendas Resoluciones de su Presidente, el Consejero de Economía y Hacienda, otorgándoles específicamente a dicha Fundación y a UGT otra subvención directa con el mismo objeto por valor de 90.900 euros a cada una. Y aún hay más, pues en el BOCyL de la misma fecha aparece una tercera Resolución del Servicio Público de Empleo, también del mismo día, comunicando las subvenciones otorgadas para orientación a trabajadores desocupados, en el marco del IV Plan Regional de Empleo: 103.977,23 euros para UGT, y de nuevo lo mismo para la FOREMCyL, a lo que se añaden 71.008,76 para CECAL, 45.290 para la Cámara de Comercio e Industria de Soria, 59.555,73 para la de Valladolid, y 17.990, para la Fundación ASPANIAS de Burgos.

Se han distribuido también por el Servicio Público de Empleo (se da cuenta asimismo en una cuarta Resolución de la misma fecha y mismo

²³ Tiene por finalidad la integración sociolaboral de personas en situación o en riesgo de exclusión social y, al parecer, se constituyó en 1996, formando parte de su Patronato el Ayuntamiento de Burgos, la Diputación de su Provincia, la Junta de Castilla y León y la Confederación de Asociaciones Empresariales, junto con cinco representantes de sus socios fundadores.

²⁴ Creada en virtud del Acuerdo de 29 de julio de 2005 entre la Administración Autónoma (a través del Servicio Público de Empleo y la Consejería de Economía y Empleo), la Confederación de Organizaciones Empresariales de Castilla y León, CECAL, y las dos centrales sindicales CCOO y UGT, que son las entidades que —con criterio tripartito y paritario, como se dice en los Estatutos— componen el Patronato. A nivel nacional hay una Fundación Tripartita para la Formación en el Empleo análoga, que se reconoce integrada en el sector público estatal en el marco de lo dispuesto por el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo. Puede ser interesante conocer que por Resolución de 5 de febrero de 2010, de la Dirección General de Trabajo y Prevención de Riesgos Laborales, se dispone la inscripción en el Registro Central de Convenios Colectivos de Trabajo y se procede a la publicación de la revisión del II Convenio Colectivo de esta Fundación (BOCyL de 11 de marzo).

²⁵ Resolución de 12 de enero de 2011 (BOCyL del 21).

BOCyL que las anteriores) subvenciones no pequeñas para programas experimentales de empleo, donde aparece la Fundación Altedia Create con 226.227 euros, la Fundación Lesmes con 216.496, de nuevo la ASPANIAS con 207.369, o la Fundación Grupo Norte con 204.219, junto a otras entidades como la Unión de Campesinos de Castilla y León (289.053), Acción Laboral (499.510) o la asociación de sociedades laborales AEMTA CyL (207.366), o, en fin, la propia Cámara de Comercio de Valladolid (190.206).

Otra acción relevante es la referida a las subvenciones del mismo Servicio Público de Empleo, cofinanciadas por el FSE en un 80%, dentro del Programa de Escuelas Taller, Casas de Oficios, Unidades de Promoción y Desarrollo, y Talleres de Empleo, de acuerdo con el Programa Operativo Plurirregional de Adaptabilidad y Empleo, por una suma total de 48.737.686 para 2010-2012, de las que han resultado beneficiarias varias Fundaciones (Lesmes, de Burgos; Secretariado General Gitano; San Cebrián, de Palencia; Centro Nacional de Vidrio; Fundación para el Desarrollo Rural Macario Asenjo Ponce, FULDEFE) con cifras que oscilan entre los 86.321 y los 260.462 euros (FULDEFE recibe dos, y una de ellas de 347.283), junto a otras entidades, la mayoría, por cierto, entidades locales, entre las que destaca el Ayuntamiento de Zamora con 673.837 euros ²⁶.

Desde otro Organismo Autónomo, la Gerencia de Servicios Sociales (Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades) se han concedido 833.621 euros en subvenciones a entidades privadas sin ánimo de lucro, cofinanciadas por el FSE, para programas de realización de itinerarios personalizados de inserción laboral, de los que 129.278,96 han ido a fundaciones (un 15,50%), en cantidades que van desde los 1.266 euros (una de las dispensadas a la Fundación Hnos. Ortega Arconada, de Palencia) a los 16.716 euros (dos otorgadas a la Fundación Benéfico Asistencial Pura Afim, en Valladolid) ²⁷.

Cabe incluir en este ámbito de favorecimiento del empleo, las subvenciones de la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades a empresas que adopten medidas de flexibilización horaria, que ha permitido a la Fundación Tutelas Castellano y Leonesas de Deficiencia Mental percibir los mismos 3.000 euros que los otros 31 beneficiarios ²⁸. Análogamente pueden citarse aquí las subvenciones de la misma Consejería para el mantenimiento de guarderías infantiles laborales, entre cuyos beneficiarios se ha contado la Fundación Gitana Hogar de la Esperanza (71.300 euros), y las Fundaciones Infantiles

²⁶ Resolución de 16 de febrero de 2010 (BOCyL del 28).

²⁷ Resolución de 16 de agosto de 2010 (BOCyL del 30).

²⁸ Orden FAM/1522/2010, de 26 de octubre (BOCyL de 12 de noviembre).

Las Delicias y El Globo Rojo (ambas de 15.000), aunque representen poco respecto de los 471.009 euros asignados en esta línea ²⁹.

Específicamente para el sector agrario y agroalimentario, la Consejería de Agricultura y Ganadería, a través de su Dirección General de Industrialización y Modernización Agraria, ha dispensado subvenciones para cursos o jornadas de formación en ese sector por valor de 1.624.735 euros, y entre sus beneficiarios aparece una vez más la ya citada Fundación CETECE (32.133,76 euros) o —con importes mucho más bajos— la Fundación Caja Rural de Segovia (606,88) y la Orbe Zero (5.747,31): en suma, apenas un 2,36% del total distribuido en esta línea, aunque solo hay otra subvención más alta que la concedida a CETECE —la concedida al Centro Tecnológico Agrario y Alimentario (asociación también radicada en Palencia en la que participan diversas empresas y grupos empresariales, además de la Diputación palentina, una Caja de ahorros y, sobre todo, la Universidad de Valladolid) por 38.387,95 euros ³⁰.

Y, finalmente, en el sector del transporte y su logística, la Consejería de Fomento ha otorgado 17 subvenciones para 45 cursos, aunque la gran mayoría —14 para 42—, han sido para la Fundación CYLOG, de modo que ha recibido 278.910 euros, de los 299.980 del total de la partida ³¹. Esta Fundación se constituyó en 2007 para actuaciones sociales y de investigación de la Asociación de Sociedades Gestoras de los Enclaves Logísticos CyLoG, creada «bajo la tutela» de la Consejería y encargada por la Junta de Castilla y León de la promoción y despliegue de la Red integrada de Infraestructuras públicas de Logística del Transporte, regulada por Decreto 16/2007 de la Junta.

En el ámbito *educativo*, pero con indudable matiz asistencial o para propiciar la llamada equidad en la educación, ha habido subvenciones a entidades privadas sin ánimo de lucro para actuaciones de compensación educativa e interculturalidad para 2010-2011 por un importe total de 189.000 euros, donde aparecen varias fundaciones (Fundación de Secretariado Gitano —separadamente las de Palencia, Salamanca, Valladolid, Burgos y León—, otra Fundación Gitana Hogar de la Esperanza, y la Fundación de la Lengua Española) con subvenciones que oscilan entre los 2.432 euros y los 3.600 y comportan un 13% de aquel total (al tiempo que hay subvenciones de hasta 9.600, como la otorgada a Cruz Roja de Segovia, y varias a otras entidades por encima de los 7.000 euros) ³². Otra línea en este orden en educación se refiere a actua-

²⁹ Orden FAM/786/2010, de 26 de mayo (BOCyL de 15 de junio).

³⁰ Resolución de 23 de noviembre de 2010 (BOCyL de 20 de diciembre).

³¹ Orden FOM/1224/2010, de 19 de agosto (BOCyL de 3 de septiembre).

³² Orden EDU/1298/2010, de 20 de septiembre (BOCyL del 28).

ciones de prevención y reducción del abandono escolar temprano y se trata de ayudas de cifras similares a las anteriores y cofinanciadas también por el Ministerio de Educación y el Fondo Social Europeo (FSE), asimismo a entidades sin ánimo de lucro, hasta un total de 66.410 euros: un 28,45% aparece dispensado a varias fundaciones, entre las que vuelve a aparecer la Fundación Secretariado Gitano de Burgos, Palencia, Salamanca y Zamora, junto a la Fundación Rondilla (de Valladolid) y la Fundación Aldaba-Proyecto Hombre³³. Y hay, en fin, una tercera línea, en educación, igualmente para entidades privadas sin ánimo de lucro, para ayudar a la financiación de sus actividades educativas con personas adultas, con un presupuesto global de 374.791 euros; un 22,33% se concedió a diversas fundaciones (Fundación ASPANIAS, de Burgos, o Fundación Centro San Cebrián, de Palencia, o Fundación ADSIS de Salamanca, o Personas-APADEFIM, de Segovia, INTRAS, de Valladolid y Zamora, etc.) por importes en torno a los 5.000 euros o poco más, aunque a algunas se les financiaron más de una actividad, recibiendo similar cantidad por cada una³⁴.

Para el supuesto *apoyo a la Juventud*, aunque con cifras modestas, ha habido unas subvenciones del Instituto de la Juventud de Castilla y León (quizás el más antiguo Organismo Autónomo de la Comunidad de los actualmente subsistentes) a entidades sin ánimo de lucro, para Centros y Puntos de Información Juvenil, y entre los beneficiarios aparece la Fundación INTRAS con 1.449,70 euros³⁵, y otra línea de subvenciones a entidades sin ánimo de lucro y entidades locales, para Campos de Trabajo, en la que ha recibido 20.000 euros la Fundación Global Nature (Fuentes de Nava, Palencia), la mitad de los 40.000 destinados a entidades sin ánimo de lucro³⁶.

Otro campo importante es el del *apoyo al I+D+I*. Son muy de destacar en primer término los centenares de incentivos y ayudas de ADE, la Agencia de Inversiones y Servicios de Castilla y León, para 2010 y 2011, con una participación financiera del Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) del 60 o el 70%, entre cuyos beneficiarios aparecen la Fundación CARTIF (2.273.118,76 euros) —a la que nos hemos referido más arriba—, la Fundación CETECE, ya varias veces citada (48.530,40), la Fundación Centro Tecnológico de Miranda de Ebro (68.146,58 y 167.775 euros), la Fundación CIDAUT (3.209.869,67)³⁷, la Fundación para la Excelencia Empresarial en

³³ Orden EDU/1317/2010, de 20 de septiembre (BOCyL del 30).

³⁴ Orden EDU/1549/2010, de 12 de noviembre (BOCyL del 22).

³⁵ Resolución de 30 de julio de 2010 (BOCyL de 17 de agosto).

³⁶ Resolución de 28 de abril de 2010 (BOCyL de 10 de mayo). Otros 40.000 se destinaron a entidades locales.

³⁷ La Fundación para la Investigación y Desarrollo en Transporte y Energía (CIDAUT) se creó en 2000, sobre la base establecida desde 1993 para reunir y canalizar el potencial investi-

Castilla y León (EXECyL) (176.374,70), la Fundación Instituto Tecnológico de Castilla y León (167.560,42), la Fundación Pública Cultural Santa Teresa (28.802,68) y la Fundación Rei Alfonso Henríquez (5.329,38) ³⁸.

Las demás líneas de ayuda a I+D+I en las que hemos encontrado fundaciones comportan cuantías generalmente más modestas y corresponden al ámbito especial de lo sanitario, aunque se inserten explícitamente en la política de I+D+I de la Junta. Se trata, por ello, de ayudas dispensadas por la Consejería de Sanidad: a) para la organización de congresos, simposios, jornadas o reuniones científicas por entidades de derecho privado sin ánimo de lucro, donde Fundaciones como EDUCATEC (Educación Terapéutica en Diabetes), Gerón (prevención de riesgos laborales en el personal sanitario), INFOSALUD, las Fundaciones Generales de las Universidades de Salamanca y Valladolid, la Fundación para la Formación, del Colegio Oficial de Médicos de Valladolid, o la Fundación INTRAS, han conseguido subvenciones de 1.000, 2.000 o, en algún caso, hasta 3.250 y 4.000 euros ³⁹; b) aportaciones para la cofinanciación de la contratación de investigadores por entidades de investigación sin ánimo de lucro, de las que se han beneficiado la Fundación de Investigación del Cáncer de la Universidad de Salamanca con 90.000 euros, y la Fundación Burgos por la Investigación de la Salud, con 25.000 ⁴⁰; y c) subvenciones a proyectos de investigación en biomedicina, gestión sanitaria y atención sociosanitaria de uno o dos años de duración, recibidas, entre otras entidades, por la misma Fundación de Investigación del Cáncer ya citada (ha recibido varias de 8.750 y de 13.000 euros), la también citada Fundación Burgos por la Investigación de la Salud (7.000 euros), INFOSALUD (una de 6.000 y otra de 10.000) y la Fundación General de la Universidad de Valladolid (dos de 13.000) ⁴¹.

Ya en el ámbito más amplio de la *sanidad*, la Consejería ha dispensado otras subvenciones para acciones y programas de salud pública, de las que se han beneficiado la Fundación General de la Universidad de Burgos; la Fundación Ayúdate, de León; la Casado del Alisal, de Palencia; INFOSALUD, de Sala-

gador de la Universidad de Valladolid y contribuir activamente a atender las necesidades de las empresas del sector de automoción. Está instalada en el Parque Tecnológico de Boecillo y ha asociado a una multiplicidad de empresas, un par de Cajas de Ahorro, etc.

³⁸ Resolución del Presidente de la Agencia, de 29 de enero de 2010 (BOCyL de 10 de marzo). Las ayudas de siete dígitos son muy pocas, abundan las de cinco, y las hay también incluso de solo cuatro. No figura la cantidad total de lo distribuido, que sumará ciertamente bastantes millones de euros.

³⁹ Orden SAN/992/2010, de 30 de junio (BOCyL de 14 de julio).

⁴⁰ Orden SAN/1018/2010, de 5 de julio (BOCyL del 16).

⁴¹ Orden SAN/1056/2010, de 13 de julio (BOCyL del 26).

manca; la del Secretariado Gitano y la General de la Universidad de Salamanca; las Fundaciones ASPAYM Castilla y León; Rondilla, Social ASVAI, y la General de la Universidad de Valladolid, todas ellas con modestas cantidades de 1.000 o 2.000 euros, e incluso 800 en algunos casos ⁴².

Si de estas subvenciones en materia de salud pública, que, como no pocas de las de educación, tienen un marcado tono de medidas de *asistencia social*, pasamos más específicamente a este ámbito, encontramos diversas líneas de subvención a actividades de entidades privadas sin fin de lucro a favor de personas discapacitadas, inmigrantes, personas en riesgo o situación de exclusión social, familias desfavorecidas e incluso promoción de la igualdad de la mujer. Han recibido subvenciones de la Gerencia de Servicios Sociales, para promover la actividad asociativa y la igualdad de oportunidades de discapacitados, la Fundación INTRAS (7.330 euros), FUNDABEM (3.675), la Fundación Hermanos Ortega Arconada (3.150), la Fundación Benéfico Asistencial Pura Afim (2.730, 1.500, 2.530 y 5.131) y la Fundación de Ayuda al Discapacitado y Enfermo psíquico FADESS (4.200) ⁴³. Entre los beneficiarios de las subvenciones para actividades con inmigrantes dispensadas por la Consejería de Interior y Justicia figuran la Fundación ADSIS (con 20.797,05 y 12.458,83 euros), la Fundación Cauce (con 4.725 y 5.175), la Nido Mariano Rodríguez (15.925,23) y la Fundación Ateneo Cultural «Jesús Pereda» (15.375) ⁴⁴. La Gerencia de Servicios Sociales otorgó subvenciones para programas de integración social de personas en riesgo o situación de exclusión social por un importante total de 1.048.100 euros, y recibieron 11.000 la Fundación Lesmes; 7.150, la Fundación Gitana La Esperanza; 70.800, la Rondilla, de Valladolid; 40.300, la Juan Soñador; 118.000, la ADSIS, y 13.000, la Fundación Cauce ⁴⁵. La misma Gerencia otorgó otras subvenciones para programas y actividades de protección de la infancia y apoyo a familias desfavorecidas: media docena fueron a Fundaciones: la Juan Soñador, de Burgos (5.100 y 7.800); la ADSIS (en Salamanca, 4.450, y en Valladolid 3.400 y 21.000), y la Fundación Aldaba, de Valladolid (6.150) ⁴⁶. Finalmente, la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades subvencionó la organización de foros sobre la mujer del siglo XXI por un importe global de 213.848 euros, de los que solo participó, entre las fundaciones, la Fundación La FUENTE (Iniciativa empresarial, Trabajo

⁴² Orden SAN/1090/2010, de 19 de julio (BOCyL de 3 de agosto).

⁴³ Resolución de 5 de octubre de 2010 (BOCyL de 3 de enero de 2011).

⁴⁴ Orden IYJ/1145/2010, de 29 de julio (BOCyL de 10 de agosto).

⁴⁵ Resolución de 28 de julio de 2010 (BOCyL de 3 de agosto). Las fundaciones recibieron, pues, algo más de la cuarta parte de esas subvenciones.

⁴⁶ Resolución de 21 de julio de 2010 (BOCyL de 3 de agosto).

y Espíritu emprendedor), de Segovia, con una modesta cantidad de 2.385 euros para organizar un Foro sobre la violencia de género ⁴⁷.

Cabe mencionar, por otra parte, las ayudas que, en cuanto al *medio ambiente*, ha dispensado la Dirección General del Medio Natural, de la Consejería de Medio Ambiente, para recuperación del potencial forestal y medidas preventivas (campaña de 2009), porque entre la larga lista de beneficiarios aparecen las Fundaciones Luisa y Nieves Fidalgo Morales, de Salamanca, con 14.969,24 euros, y la Francisco González Clemente, de Béjar, con una cifra similar ⁴⁸.

Para apoyar la *cooperación al desarrollo*, la Consejería de Interior y Justicia ha adjudicado subvenciones de dos tipos a ONGs. En primer lugar, para proyectos de desarrollo en 2010 y 2011 por una cuantía total de 6.352.302 euros, entre cuyos beneficiarios aparecen 18 fundaciones, cuyas subvenciones representan un 40,63% de esa suma, y cuya cuantía oscila entre los 25.168 (Fundación Hombres Nuevos, para acción en Bolivia) y 57.352 euros —las más bajas— a varias de más de 200.000 euros, siendo la más cuantiosa la adjudicada a la Fundación Vicente Ferrer, por 241.800 euros, para la atención de huérfanos por el SIDA en la India ⁴⁹. La otra línea son subvenciones para microacciones en el exterior, en las que han resultado beneficiarias, junto a otras entidades, tres fundaciones: AMREF Flying Doctors (32.025,48 euros, para acción en Kenia), Altius Mano Amiga (21.286,55, para Brasil), y Ayuda Solidaria Hijas de Jesús (11.426,91, República Dominicana) ⁵⁰.

Están, en fin, para concluir, las ayudas a actividades de *cooperación transfronteriza con Portugal*, de las que solamente han podido resultar beneficiarias la Fundación General de la Universidad de Valladolid, con 7.000 euros para organizar una Jornada de cooperación judicial, y 6.000 para otra sobre Instrumentos jurídico-administrativos para potenciar la cooperación transfronteriza entre España y Portugal; y la Fundación Ciudad Rodrigo, con también 7.000 euros para ANIMA-ARTE, Promoción del Patrimonio de Frontera.

Mención aparte merecería la referencia al hecho de que la Fundación del multisecular Hospital General de la Santísima Trinidad de Salamanca, haya sido adjudicataria de un contrato de gestión del servicio de hemodiálisis hospitalaria, por 186.813,12 euros, por parte de la Gerencia de Atención Especializada del Complejo Asistencial Universitario de Salamanca ⁵¹. Aunque redun-

⁴⁷ Orden FAM/1132/2010, de 28 de julio (BOCyL de 9 de agosto),

⁴⁸ Resolución de 15 de septiembre de 2010 (BOCyL de 6 de octubre).

⁴⁹ Orden IYJ/1067/2010, de 16 de julio (BOCyL del 29).

⁵⁰ Orden IYJ/1068/2010, de 16 de julio (BOCyL del 29).

⁵¹ Resolución de 26 de julio de 2010 (BOCyL de 10 de agosto).

da en la financiación pública de esa actividad de una fundación privada, no deja de tratarse, al parecer, de la externalización de un servicio del sistema asistencial sanitario vinculado a la Universidad de Salamanca.

En un ámbito muy distinto, se firmó también un Convenio entre la Comunidad Autónoma y la Diputación Provincial de León a través del Instituto Leonés de Cultura, y la Fundación Germán Sánchez Ruipérez, para la mejora del desarrollo del Plan de Fomento de la Lectura «Hoy Libro» en centros educativos del medio rural de la provincia de León, en el que aportaron 11.666,80 euros la Junta y otros tantos la Diputación leonesa⁵². Se trata de una acción que puede ser vista como de gestión de un servicio de la Diputación, pero también como financiación de una actuación propia de la mencionada fundación privada.

6. *Nuevas fundaciones*

En 2010 se han inscrito 16 nuevas fundaciones estrictamente privadas —por más que en alguna aparezcan representantes de algunas entidades públicas o en algún otro caso se vincule la presidencia del patronato al alcalde de un municipio—, una más de la mitad de las que se inscribieron el año anterior.

En enero (Res. del 8) se acordó la inscripción en el Registro de Fundaciones de la Comunidad, de la *Fundación Everest*, constituida en León a finales de 2009 por ocho particulares para «la promoción y el ejercicio de todo tipo de actividades sociales, culturales y de comunicación de interés general» y preferentemente «las referentes a la educación, el fomento de la lectura, la enseñanza y promoción de la lengua española y de otras lenguas habladas en el territorio español, el desarrollo de las nuevas tecnologías como nuevas vías de fomento del conocimiento y en cualesquiera otras aplicaciones culturales o artísticas, la edición, la formación del profesorado y la promoción de las técnicas didácticas y las ciencias psicopedagógicas y la cooperación cultural con otras Comunidades Autónomas y países, con especial proyección hacia los países del Mundo Iberoamericano y Europeo». Parece evidente su vinculación a la conocida editorial del mismo nombre.

En abril se inscribieron cinco nuevas fundaciones: por Resolución del 16, la *Fundación Francis Chapelet*, constituida en Palencia por la persona que le da

⁵² Hecho público por Resolución de 6 de abril de 2010 de la Dirección General de Relaciones Institucionales y Acción Exterior, de la Consejería de Presidencia (BOCyL de 3 de mayo).

nombre y otra más, con dotación inicial de 80.000 euros, un órgano barroco valorado en 100.000 y una casa valorada en 150.000, para «la recuperación, conservación y promoción de los órganos del ámbito territorial de actuación (...), así como de su música», fijando su sede en Abarca de Campos (Palencia) e incluyendo en su Patronato, presidido por sus fundadores, un representante de la Asociación Cultural Tadeo Ortega, otro de la Diócesis palentina y otro de la Universidad de Valladolid, además de un profesor de órgano del Conservatorio de Música de Palencia; tres más por Resoluciones del 26: la *Fundación Educa*, creada en Valladolid con una aportación de 8.450 euros y un vehículo valorado en 21.579, por una sociedad limitada («Información, Diseño y Comunicación Estratégica, S.L.»), tres señoras con los mismos apellidos y un hombre cuyo segundo apellido coincide con el primero de las tres, cuyo fin es «la sensibilización de los ciudadanos respecto a los problemas de la pobreza en los países en vías de desarrollo (...)», «la financiación y realización de actividades y proyectos que permitan la mejora de las condiciones materiales, sanitarias, culturales y educativas de los distintos países en vías de desarrollo (...)», y «el fomento y promoción del Voluntariado como herramienta de transformación y concienciación social»; la *Fundación Calderón y Ruiz*, creada en Aguilar de Campoo (Palencia) por la familia correspondiente, con una dotación inicial de 30.000 euros, para sostener un Museo de pintura y artes plásticas, establecido por ella, y prestar servicios a terceros en materia artística; y la *Fundación FUNDAVAL*, creada en Valladolid por quienes parecen también miembros de una familia para «la exposición, tenencia y restauración de vehículos a motor clásicos, predominantemente las motos», con una dotación inicial también de 30.000 euros; y, en fin, por Resolución de 27 de abril, la *Fundación CEXC*, creada también en Valladolid, por una sociedad limitada («Luce Innovative Technologies, S.L.»), para «la promoción y el desarrollo de cuantas actividades de investigación científica e innovación y desarrollo tecnológico sean de interés para la industria en general (...)», con una dotación inicial de 30.000 euros.

En mayo, por Res. del 12, se inscribió la *Fundación Futuro21*, creada en Valladolid por un sindicato (la Central Sindical Independiente y de Funcionarios —CSI-F—, Unión Autónoma de Castilla-León), para «contribuir al desarrollo, perfeccionamiento y apoyo de las acciones encaminadas al cumplimiento de los fines para los que fue creado el Sindicato CSI-F», «la promoción del sindicalismo independiente (...)», «la promoción, organización y gestión directa o indirecta de la formación de trabajadores o personas sin empleo», «la prestación de servicios de formación, asistencia e investigación en todas las materias y temas relacionados con la vida sindical», etc., con una dotación inicial de 30.000 euros y todos los cargos de su Patronato vinculados a los del Sindicato.

En junio, por Res. del 8, recibió su inscripción la *Fundación Aguas de León*, constituida en León por «AQUAGEST, Promoción Técnica y Financiera de Abastecimientos de Agua, S.A.», con una dotación inicial de 30.000 euros (de los que solo se declaraban entonces desembolsados 7.500), para «el desarrollo de actividades que tengan como objetivo la preservación del medioambiente, uso racional de los recursos naturales, especialmente el agua, fomentando el desarrollo sostenible». En su Patronato aparecen vocales en representación de la sociedad fundadora —que designa también al Presidente y al Secretario—, de la Sociedad mixta Aguas de León, S.L. y del Ayuntamiento de León.

Por Resolución del 5 de agosto, se inscribió la *Fundación para la Investigación y Formación en Interculturalidad y Educación*, creada en Valladolid por 36 personas fundadoras —la mayor parte profesores de la Universidad— con el fin de atender a la formación permanente del profesorado de América Latina y del Caribe y el Arco Sur del Mediterráneo, principalmente del profesorado universitario de los países latinoamericanos y africanos en vías de desarrollo, tratando de crear a la vez una red de investigadores en el campo de la interculturalidad y del desarrollo humano y sostenible, a lo largo de la geografía latinoamericana y africana. La dotación inicial se fija en los consabidos 30.000 euros, pero se declaran desembolsados sólo 8.800, y se fija como domicilio social la Facultad de Educación y Trabajo Social de la propia Universidad de Valladolid.

Tres más fueron inscritas en octubre: por Resolución del 13, la *Fundación Santiago Pérez Gago*, constituida en Salamanca por seis señores y la «Sociedad de la Comunicación Castellano Leonesa de Estética y Theoría del Arte», con una dotación inicial de 96.433 euros, la mayor parte de los cuales corresponden al valor reconocido a los fondos bibliográficos de la citada Asociación, aportándose en metálico solamente 2.000 euros. Su finalidad es «el desarrollo de la Estética Originaria (*sic*), que es cultura universal, así como el fomento de la personalidad integral de los individuos, para hacer de la sociedad verdadera comunidad y del mundo orbe estético (*sic*)». La Resolución de inscripción encuentra un precepto de sus Estatutos —relativo al plazo de presentación al Protectorado de las cuentas anuales— no conforme al artículo 24.4 de la Ley 12/2002, de Fundaciones de Castilla y León, que se entiende, sin embargo, no afecta a la validez constitutiva de la Fundación, por lo que le es de aplicación el artículo 11.2 de la Ley 50/2002, de Fundaciones, teniéndose, en consecuencia, por no puesto. Por Resolución de 15 de octubre se acordó la inscripción de la *Fundación Antonio Font de Bedoya*, constituida en Palencia por doña Juana María Font Arellano, para «preservar, difundir y promover los sistemas tradicionales de construcción» y «preservar los fondos del archivo Font de Bedoya relacionados con estos sistemas de construcción, habitualmente em-

pleados en las restauraciones», con sede en Paredes de Nava (Palencia) y una dotación inicial de 30.000 euros, de los que se habían aportado ya 7.500. En fin, por Resolución del 26 del mismo mes, se acordó la inscripción de la *Fundación Familias de Urquiza y Cubero*, constituida en Madrid, promovida por una persona de esas familias, cuya sede se ha fijado en Torrecaballeros (Segovia) y cuyo fin es «la promoción en materia de enseñanza universitaria, posgrado e investigación, dentro de las ramas educativas a favor de personas nacidas y residentes en Segovia, descendientes de padre y madre segovianos», con dotación inicial de 60.000 euros. Llama la atención que la composición del Patronato, que cuenta con tres únicas personas, queda institucionalmente vinculada a los Diputados Decano, Vicedecano y Tesorero de la denominada Junta de Nobles Linajes de Segovia.

El 18 de noviembre se acordó la inscripción de la *Fundación Manuel M. García Ramiro*, constituida en Salamanca por quien lleva su nombre, con el fin del «fomento del deporte (...) como causa generadora de hábitos favorecedores de la integración y reinserción social y de fomento de la solidaridad (...)». La dotación inicial es de 30.000 euros, de los que se computaron como hechos efectivos 8.000. La Resolución de la Gerencia Regional de Justicia encontró algunas deficiencias de legalidad en los estatutos (en cuanto a la determinación de los beneficiarios —art. 10—, la necesaria regulación de órganos distintos del Patronato y, en su caso, la Comisión Ejecutiva —art. 11— y el carácter gratuito del desempeño del cargo de patrono —art. 16—), aunque no las consideró contrarias a la validez constitutiva de la Fundación, aplicando el ya antes citado artículo 11.2 de la Ley 50/2002, de Fundaciones.

En el mes de diciembre aún se acordó la inscripción de otras tres fundaciones: por Resolución del día 2, la *Fundación Tariago de Cerrato*, constituida en Palencia, por tres particulares (que parecen padres e hijo y formarán el Patronato), para «la construcción de establecimientos de enseñanza y educación en países sudamericanos, prestación de tales servicios en dichos establecimientos bien directamente o bien mediante cesión gratuita o por precio simbólico a cualquier entidad cuyo objeto sea la enseñanza y educación sin ánimo de lucro», con sede en Burgos y dotación inicial de 30.000 euros, de los que aparecen desembolsados 7.500; por Resolución del día 3, la *Fundación de Joyería e Indumentaria Familia Carvajal Cavero*, constituida en La Bañeza (León) por lo que parece ser un matrimonio y dos hijos, con «carácter científico y cultural» y el «fin cívico y educativo [de] promover el conocimiento del amplio y rico legado dejado a lo largo de la historia por los habitantes de la Vía de la Plata en el arte de la indumentaria, los atavíos y las joyas», con una dotación inicial de 30.000 euros, de los que se aparecen aportados 7.500. El Patronato lo forman los fundadores como vocales y el Alcalde de La Bañeza, con carácter

nato, como Presidente; finalmente, por Resolución del 13 se inscribió la *Fundación Cascajares*, constituida en Valladolid por la sociedad limitada «Industria Gastronómica Blanca Mencía», fijándose su sede en el polígono industrial de Dueñas (Palencia), y que tiene por objeto «promover ayudas y acciones dirigidas al desarrollo e integración social y laboral de las personas con discapacidad psíquica y física en cualquiera de sus ámbitos», así como «promover ayudas y acciones dirigidas al estudio e investigación de todo tipo de enfermedades». Tiene una dotación inicial de 30.000 euros, íntegramente aportados ya por la entidad fundadora.

7. *El Consejo Autonómico de Fundaciones de Castilla y León, de la Asociación Española de Fundaciones*

Promovido por la Asociación Española de Fundaciones, ya se había creado el Consejo de Fundaciones de Castilla y León el 8 de marzo de 2005 con cerca de medio centenar de miembros. Parece que en la actualidad están representadas 74 fundaciones. Su objetivo es fomentar una relación mayor y mejor con la Administración regional, articular y fortalecer el sector fundacional en Castilla y León y acercar a la propia Comunidad los servicios y actividades que ofrece la Asociación Española de Fundaciones, que integra cerca de mil fundaciones. Se propone también promover el contacto y la colaboración entre las fundaciones. Pretende ser además interlocutor ante el Protectorado de Fundaciones de Castilla y León para canalizar inquietudes y necesidades del sector. Tiene un Comité de Coordinación como órgano directivo con mandato bienal, formado por las Fundaciones Rei Alfonso Henriques, Candeal, General de la Universidad de Burgos, Goicoechea e Isusi, Monteleón, Patrimonio Histórico de Castilla y León, Servicios Sociales.com, y Villa de Pedraza. En 2010 celebró sesiones el 2 de marzo y 2 de junio en la sede de la Fundación Patrimonio Histórico de Castilla y León. El Pleno del Consejo se reunió el 30 de septiembre en el Castillo de la Mota (Medina del Campo)⁵³.

III. Las fundaciones del Gobierno autonómico

1. *Su integración en la Administración pública a determinados efectos*

La Ley 2/2010, de 11 de marzo, de Derechos de los Ciudadanos en sus Relaciones con la Administración de la Comunidad de Castilla y León y de Gestión Pública (BOCyL del 22), aunque referida en principio, en efecto, a las

⁵³ Cfr. <http://www.fundaciones.org/es/leon>

relaciones con la Administración pública autonómica, para determinar e instrumentar el derecho a una buena Administración que se ha proclamado en el artículo 12 del nuevo Estatuto de Autonomía de 2007, de acuerdo con un concepto básicamente correcto de Administración pública que se acoge en el artículo 3.1, que comprende tanto la Administración General de la Comunidad como el conjunto de los entes públicos integrantes de la Administración Institucional de la Comunidad (aunque diga —erróneamente, a nuestro juicio— que solo «en cuanto ejerzan potestades públicas»), extiende, sin embargo, su aplicación, en la disposición adicional segunda, a «las empresas y fundaciones públicas» en cuanto a aquella parte de «su actividad que implique servicio público», y, en cualquier caso, en orden a la obligatoriedad de: «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; y d) acogerse a la evaluación de la calidad de sus servicios».

Amén de la impropiedad de llamar *públicas* a fundaciones constituidas como privadas —con lo que se quiere decir simplemente que «pertenecen» al sector público, que son de «titularidad» pública o están bajo la influencia dominante de entes públicos y aquí en concreto de la Comunidad Autónoma y su Gobierno, la Junta de Castilla y León—, lo cierto es que esta es una de las diversas leyes que a nivel estatal o autonómico vienen reintegrando a las fundaciones en mano pública —y a las sociedades públicas, en su caso (no es tampoco apropiado contraponer empresas a fundaciones)— en el ámbito propio de la Administración pública, «repubblicando», por tanto, lo que en términos generales se ha «privatizado» en las formas. La introducción, no obstante, de términos tan indeterminados como los de «servicio público» en la comentada disposición adicional, contribuye a la imprecisión de su alcance.

Se trata de una ley que rige solo para el ámbito administrativo propio de la Comunidad Autónoma, sin ser de aplicación a la Administración Local.

2. Sometimiento a reglas comunes de la Administración autonómica

Ya hemos hecho notar antes el tratamiento que se hace de las fundaciones del sector público autonómico en la Ley 2/2010, aproximando su situación a la de la Administración autonómica propiamente dicha en punto a las implicaciones del derecho ciudadano a una buena Administración. El sometimiento de estas fundaciones a otras pautas propias de la Administración autonómica se va especificando además en diversas normas. Así, el Decreto 9/2010, de 25 de febrero, por el que se ha establecido la obligación de uso de la marca de garantía «Tierra de Sabor» en las actividades institucionales de promoción de

los productos agroalimentarios de Castilla y León (BOCyL de 3 de marzo), impone tal obligación a la vez e igualmente a *los órganos de la Administración de la Comunidad de Castilla y León* y a *las empresas y fundaciones públicas dependientes de la misma* (art. 2.º).

Puede señalarse también, por su valor significativo, que la Orden ADM/665/2010, de 20 de abril, por la que la Consejería de Administración Autonómica convocó Premios a la Calidad y Modernización de la Administración en el año 2010, en aplicación de lo dispuesto en el Decreto 12/2006, de 9 de marzo, que creó tales Premios, cuya cuarta modalidad va dirigida específicamente a la mejor práctica de calidad y modernización de las fundaciones castellanas y leonesas en las que participa la Administración de la Comunidad o las entidades del sector público autonómico como miembro fundador de conformidad con la Ley 13/2002, de 15 de julio, de Fundaciones de Castilla y León⁵⁴. Aunque esta modalidad concreta de Premio se distingue de las modalidades que tratan de premiar precisamente a la Administración propiamente dicha, con cuanto comporta de reconocimiento de la diferencia entre esta y las fundaciones del sector público, no deja de ser evidente que estas pueden recibir, en suma, un Premio genéricamente orientado a estimular la calidad y la modernización de la Administración, de la que tales fundaciones no son, claramente, sino meros instrumentos dependientes.

Merece, en fin, ser mencionada aquí una Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Valladolid del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 13 de septiembre de 2010, dictada en un recurso contra la Fundación ARCyL, que, aun sosteniendo —con una Sentencia anterior de 14 de enero de 2009— la ausencia de sometimiento a la jurisdicción contencioso-administrativa de las decisiones de contratación de personal de las fundaciones del sector público, por no ser Administraciones públicas, afirma que es la jurisdicción social la que debe controlar su sumisión a las exigencias y principios que la Ley de contratos del sector público, 30/2007, y el Estatuto Básico del Empleado Público, Ley 7/2007, establecen para todo el sector público, lo que, en realidad, comporta la extensión de la aplicación de algunos criterios jurídicos propios de las Administraciones públicas a las entidades instrumentales con forma jurídico-privada como las fundaciones⁵⁵.

⁵⁴ BOCyL de 25 de mayo de 2010.

⁵⁵ Se razona en el FJ 2 de esta sentencia que ese sometimiento a la jurisdicción laboral sería la solución frente a «los riesgos que el apelante aduce derivados de la huida en fraude de ley del Derecho Administrativo o del Derecho Público secuentes a estas nuevas formas de personificación pública o de titularidad pública de personas privadas». Aunque no es el momento de discutirlo y de tratar de las soluciones, este argumento no tiene suficientemente en cuenta

3. *Intentos de descorrer el velo de la personalidad interpuesta de las fundaciones instrumentales de la Administración pública*

Se han producido conflictos laborales en algunas fundaciones del sector público —concretamente en el autonómico— en los que se acaba viendo envuelta la Consejería de la que dependen, y por lo tanto la propia Comunidad Autónoma.

Nos habla de ello un Auto de la Sala de lo Social de Valladolid, del TSJ de Castilla y León, de 7 de enero de 2010, relativo a una demanda de despido contra *NATURACTIVA S.L.L.* y *Ocio y Servicios Ambientales, S.L.*, que fue ampliada contra la Junta de Castilla y León, la Fundación del Patrimonio Natural, Tragsa y DIRECCIÓN001, C.B. y otros socios, tramitada en el Juzgado de lo Social núm. 2 de Palencia, aunque la desestimó el 20 de julio de 2009.

4. *Continuidad de la sumisión de las aportaciones patrimoniales autonómicas a fundaciones a autorización de la Junta*

Ya se dio cuenta en la edición de este Anuario de 2010 (p. 360) de lo dispuesto en el artículo 7.º de la Ley que aprobó los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma para 2010, sobre 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». Esta exigencia —que viene ya de leyes de presupuestos de años anteriores (como la 10/2007, de Presupuestos Generales de la Comunidad para 2008, en su art. 31)— se mantiene en los mismos términos en el también artículo 7.º de la Ley 20/2010, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad para 2011.

5. *Continuidad en 2011 de las medidas de control del gasto ya establecidas por la Ley de Presupuestos para 2010*

La Ley 20/2010, que ha aprobado los Presupuestos de la Comunidad de 2011, mantiene asimismo, íntegramente, las mismas medidas especiales de control del gasto que ya expusimos, con alguna observación crítica, en este Anuario relativo a 2010 (pp. 364 y ss.). Lo que se decía en el artículo 21 de la Ley 11/2009 —y, por cierto, ya también, en el mismo artículo de la Ley 18/2008, de Presupuestos de 2009—, se sigue diciendo tal cual en el mismo artículo de la

la muy distinta efectividad de una vía y otra de garantizar la aplicación de las necesarias exigencias que impone el Derecho público requerido por el orden constitucional.

Ley 20/2010, y los artículos 34 y 35 de aquella —en gran parte coincidentes con los mismos preceptos de la Ley 18/2008 y de leyes de presupuestos anteriores— han pasado a ser los artículos 32 y 33 de esta, con idéntica redacción.

Cabe añadir que, tanto en la Ley de Presupuestos de 2010 como en la 20/2010, para 2011, figura otro precepto, que es en ambas el artículo 22 y resulta de aplicación también a las fundaciones del sector público autonómico. Se nos pasó dar cuenta de él en el Anuario publicado en 2010. Lo subsanamos ahora. Se trata de otra medida importante en la misma línea de control del gasto, que se refiere a las retribuciones de los cargos directivos de todas las entidades del sector público autonómico, con la sola exclusión —en el apartado 3— de las universidades públicas, que se someten a su propio régimen. Dice este precepto que:

«1. Las retribuciones de los Presidentes, Consejeros Delegados, Directores Generales, Gerentes, y otros cargos directivos análogos de las Empresas y entidades del sector público de la Comunidad de Castilla y León, tanto si han accedido al cargo por nombramiento como si lo han hecho a través de un contrato laboral o mercantil, serán autorizadas en el momento de su designación o contratación por el titular de la Consejería de Hacienda, a propuesta del titular de la Consejería a la que se encuentren adscritos.

Los puestos antes mencionados cuyas retribuciones hubiesen sido autorizadas con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley, percibirán en el presente ejercicio las mismas cuantías y por los mismos conceptos que estuviesen vigentes a 31 de diciembre de 2010 [“que en el año 2009” decía el texto de la Ley 11/2009] sin perjuicio de la antigüedad que pudiera corresponderles.

2. Los contratos de alta dirección, no contemplados en el apartado primero de este artículo, que se celebren durante el año 2011 [2010, decía la Ley 11/2009] dentro del sector público autonómico deberán remitirse, al menos con 15 días de antelación a su formalización, para informe preceptivo y vinculante de la Consejería de Hacienda. Se aportará al efecto propuesta de contratación del órgano competente acompañada de la correspondiente memoria económica y justificativa. Serán nulos de pleno derecho los contratos suscritos con omisión de la petición de informe, sin informe o en contra de un informe desfavorable.

Cuando sea necesaria la aprobación del contrato, de los recogidos en el punto segundo de este artículo, por el Consejo de Administración de alguna de las entidades el informe se recabará con anterioridad a la misma».

La Ley 18/2008, de Presupuestos Generales de la Comunidad para 2009, ya contenía el primer apartado de esta disposición, pero no en su articulado sino como disposición adicional 11.^a

6. *Nueva fundación autonómica*

El ya nada irrelevante conjunto de fundaciones *privadas* de la Comunidad Autónoma de Castilla y León se ha visto incrementado en 2010, a pesar de la «crisis» económica, con una nueva *Fundación Acción Social y Tutela de Castilla y León*, constituida por la Gerencia de Servicios Sociales de Castilla y León, organismo autónomo creado por Ley 2/1995, de 6 de abril, y ahora adscrito a la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades. La Junta había autorizado su creación el 17 de diciembre de 2009 y, al parecer, previamente, las Cortes habían aprobado por unanimidad una proposición no de ley el 16 de abril anterior, para que se crease una entidad de iniciativa pública que asumiese el ejercicio de la tutela de las personas mayores de edad incapacitadas legalmente y en situación de desamparo, un objetivo que sería, sin embargo, aparentemente desbordado por las previsiones de los estatutos de la nueva fundación, cuyo objeto es, en general, «promover, incentivar y ejecutar acciones orientadas a coadyuvar en general a la mejor cobertura de las necesidades personales básicas y de las necesidades sociales de quienes puedan ser beneficiarios de la acción social en Castilla y León, contribuyendo a procurar su bienestar, y particularmente a la atención y protección jurídico-social de las personas mayores de edad incapacitadas legalmente y en situación de desamparo». Los estatutos desgranaban prolijamente los «fines de interés general» —más bien el tipo de actuaciones— en que todo eso podrá traducirse y que, a todas luces, viene a expresar en amplia medida cuanto es propio de la Gerencia fundadora. El presidente del Patronato es el Presidente del Consejo de Administración de la Gerencia y, a la vez, necesariamente titular de la Consejería de la que depende, el Vicepresidente es el Gerente de la misma Gerencia, y todos los vocales son también natos: determinados directores generales u otros altos cargos equiparados, y, entre ellos —bien sorprendentemente— el mismísimo Gerente Regional de Justicia de Castilla y León, quien por Resolución de 8 de marzo acordó la inscripción de esta Fundación en el Registro de Fundaciones de la Comunidad. La dotación inicial está constituida por una aportación de 50.000 euros ⁵⁶.

7. *Participación de FOREMCyL en funciones administrativas*

Ya se ha aludido en su momento a las peculiaridades que concurren en la Fundación Autónoma para la Formación en el Empleo de Castilla y León y a las importantes sumas que esta Fundación recibe de la Administración autonómica.

⁵⁶ BOCyL de 17 de marzo de 2010.

Aun con su naturaleza y composición tripartita —Administración, Patronal, Sindicatos más representativos—, siguiendo el modelo implantado también en el Estado, parece que habrá que considerarla como fundación del sector público autonómico, si bien la ausencia de una influencia dominante, en sentido estricto, del Gobierno autonómico —condicionado como está por la necesidad de contar con la voluntad de las otras dos partes— justifique las dudas. No podemos demorarnos en esta cuestión, ciertamente no menor. La razón de tratar en este momento de ella es solamente llamar la atención sobre la importancia de las funciones que se le vienen asignando por la Administración autonómica en algunos procedimientos de distribución de importantes recursos públicos destinados a la formación para el empleo. Nos referimos en concreto a las que se le atribuyen en la concesión de determinadas líneas de subvenciones a la formación profesional, como las destinadas a la realización de planes de formación dirigidos prioritariamente a trabajadores ocupados, en el ámbito de la Comunidad⁵⁷, cofinanciados por el FSE, que para 2010 comportaban 15.625.278 euros de los Presupuestos de la Comunidad. Los posibles beneficiarios son limitados: dependiendo del tipo de planes de formación, pueden serlo las Organizaciones Empresariales y Sindicales intersectoriales más representativas en Castilla y León, o bien las Confederaciones y Federaciones de Cooperativas y/o Sociedades Laborales y las Organizaciones Representativas de la economía social de carácter intersectorial, con suficiente implantación en Castilla y León, o bien las asociaciones representativas de autónomos de carácter intersectorial, así como las organizaciones contempladas en el artículo 25.1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, con suficiente implantación en la región y con preferencia para las de mayor implantación, o bien, en fin, para los planes de formación sectorial, las Organizaciones Empresariales y Sindicales más representativas y las representativas en el correspondiente sector en Castilla y León, así como los entes paritarios creados al amparo de la negociación colectiva sectorial estatal (Real Decreto 395/2007, art. 24.2 y 3).

Pues bien, una parte muy sustantiva de la puntuación necesaria para obtener las subvenciones se refiere a la adecuación de la oferta formativa del plan de formación para el que se pida la subvención a las necesidades del ámbito o sector al que vaya dirigido y será la FOREMCyL precisamente la que «realizará la valoración de los planes de formación y practicará cuantas actuaciones estime necesarias para la determinación, comprobación y conocimiento de los datos en virtud de los cuales deba efectuarse dicha valoración», debiendo ade-

⁵⁷ Resolución de 29 de septiembre de 2010, del Servicio Público de Empleo (BOCyL de 5 de octubre).

más someterse los resultados de la valoración a «informe de la Comisión Permanente de la FOREMCyL y del Consejo de Empleo de Castilla y León».

¿Cumplen estas intervenciones con las garantías y requisitos de independencia e imparcialidad que demanda la actuación administrativa?

Es, por lo demás, no poco sorprendente que, al cierre de estas páginas, a fines de junio de 2011 aún no se hayan hecho públicas estas subvenciones.

Un papel similar se le asigna a esta Fundación en la adjudicación de subvenciones a empresas para incentivar la concesión a sus trabajadores de permisos individuales de formación en 2010, conforme al IV Plan Regional de Empleo de Castilla y León 2007-2010, convocadas por Resolución de 24 de mayo de 2010 del mismo Servicio Público de Empleo con un montante global de 50.000 euros⁵⁸. Se dispone que la FOREMCyL preste su apoyo técnico a la instrucción del procedimiento a cargo del Servicio de FP Continua del Servicio Público de Empleo, en los términos del convenio de colaboración suscrito el 24 de septiembre de 2007 entre la Fundación y este Organismo para todas estas intervenciones en la gestión de ayudas a la formación profesional, correspondiendo específicamente a la Fundación hacer el informe de valoración técnica de las solicitudes conforme a los criterios que fija la convocatoria. Tampoco se han publicado aún, al finalizar junio de 2011, las subvenciones otorgadas en 2010, aunque las otorgadas del mismo tipo en 2009 y 2008 se dieron a conocer respectivamente en febrero de 2010 y de 2009.

8. Actuación de la Fundación «Siglo»

Por Decreto 13/2010, de 11 de marzo (BOCyL del 17), se ha modificado el 30/2006 —y su modificación por Decreto 100/2007—, por el que se creó una *Comisión de Coordinación del Plan del Español para Extranjeros de Castilla y León*, que preside el Presidente de la Junta y tiene como Vicepresidente primero al titular de la Consejería de Cultura y Turismo y Vicepresidente segundo al titular de la Secretaría General de la Consejería de Educación. Un representante de la *Fundación «Siglo»* —ya venía siendo así— es uno de los 25 vocales, pero tiene asignada específicamente la función de actuar como Secretario de la Comisión; su nombramiento corresponde al Presidente a propuesta de la propia Fundación.

Como concreta la Orden CYT/1798/2010, de 27 de diciembre, de la Consejería de Cultura y Turismo, por la que se convocaron los Premios Fray

⁵⁸ BOCyL de 14 de junio de 2010.

Luis de León en la modalidad de Creación Literaria, edición de 2010 (BOCyL del 31), corresponde a la *Fundación «Siglo»* tramitar el pago de estos premios (12.000 y 6.000 euros) con cargo a sus dotaciones económicas (art. 6.2), y colaborar *con los recursos y dotaciones a su cargo en la organización y cumplimiento de los requerimientos derivados de la organización ejecutiva y gestión de los premios*, lo que se referirá, entre otras actividades: *a la difusión de la convocatoria, de sus bases y de su resultado; custodia de los trabajos presentados; tramitación y pago de los premios en metálico —vuelve a decirse— y de los gastos que originen las reuniones de los órganos de selección y valoración y del jurado; y organización del acto de entrega de premios* (art. 12).

Ha continuado el desarrollo organizativo de cuanto se refiere al Museo de la Evolución Humana, de Burgos, tan vinculado al yacimiento de Atapuerca. Una Orden CYT/1230/2010, de 1 de septiembre, regula la composición y el funcionamiento del Comité Científico del Museo (BOCyL del 6), que tiene por Presidente al titular de la Consejería de Cultura y Turismo y como Vicepresidente primero al Director General de la Fundación «Siglo», siendo el Vicepresidente segundo el Director Gerente del «Sistema Atapuerca, Cultura de la Evolución» en su condición de Gerente del Museo. Y la Orden CYT/1231/2010, de la misma fecha, al regular, por su parte, la composición y funcionamiento del Consejo Rector «Sistema Atapuerca, Cultura de la Evolución» (mismo BOCyL cit.), incluye entre sus vocales natos al Director General de la Fundación «Siglo». Previamente, por Orden CYT/996/2010, de 30 de junio, se acordó la integración del Centro Nacional de Investigación sobre la Evolución Humana en el «Sistema Atapuerca, Cultura de la Evolución» (SACE) en calidad de Centro Vinculado, conforme al artículo 3.c) del Decreto 39/2009, aunque las condiciones particulares de la integración y el régimen específico de sus relaciones con el «Sistema» habría de establecerse mediante la firma de los oportunos instrumentos de colaboración entre dicha entidad y la Fundación «Siglo», como entidad encargada de la gestión del «Sistema»⁵⁹. En fin, por Orden CYT/987/2010, de 23 de mayo, se ha acordado también la integración de la Fundación Atapuerca en el mismo «Sistema», en calidad de Centro Asociado, concretándose su colaboración mediante la participación de la Fundación en los siguientes programas de funcionamiento del «Sistema»: «a) *Gestión de espacios y visitantes*: La cooperación se destinará a apoyar, potenciar o ampliar el programa de funcionamiento del SACE correspondiente; b) *Difusión y didáctica*: La Fundación Atapuerca prestará apoyo en esta materia y en las acciones destinadas a la atención complementaria al público»,

⁵⁹ BOCyL de 12 de julio de 2010.

aunque las condiciones particulares se fijarán en los oportunos instrumentos entre la Fundación y la Fundación «Siglo»⁶⁰.

9. *Autorreconocimiento medioambiental para la Fundación Patrimonio Natural de Castilla y León*

Es interesante ver en qué suerte de actuaciones pueden parar las relaciones entre la Administración titular de una fundación en mano público y esta. Tenemos el caso de la Resolución de 5 de noviembre de 2010, de la Dirección General de Prevención Ambiental y Ordenación del Territorio de la Consejería de Medio Ambiente, por la que se procede a la inscripción en el Registro del Sistema Comunitario (europeo) de Gestión y Auditoría Medioambientales (EMAS) de la Fundación Patrimonio Natural de Castilla y León⁶¹, presidida por la titular de la misma Consejería de Medio Ambiente.

10. *Incierta situación de la Fundación ADEuropa*

La Ley 19/2010, de 22 de diciembre, de Medidas Financieras y de Creación del Ente Público Agencia de Innovación y Financiación Empresarial de Castilla y León, ya citada, anunciaba en su exposición de motivos que este nuevo *Ente Público de Derecho Privado (de los previstos en los capítulos I y III del título VII de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad —puntualiza el art. 36—)*, asumiría las funciones de la Agencia de Inversiones y Servicios de Castilla y León (ADE) y de la empresa pública ADE Financiación, S.A. —declaradas, en efecto, extinguida la primera y a extinguir la segunda por la disposición adicional tercera—, pero también las de la Fundación ADE Europa o ADEuropa. Nada se vuelve a decir, sin embargo, sobre esta en dicha Ley, que, por lo demás, al determinar las funciones del nuevo Ente Público, en el artículo 37, claramente incluye en la letra d) el *favorecer la promoción exterior para incentivar inversiones*. No hay indicios, sin embargo, de que, por el momento, se haya extinguido la indicada Fundación, que sigue con su página web activa.

11. *Colaboración interadministrativa con participación de fundaciones del sector público*

Por Decreto 224/1998, de 29 de octubre, de la Junta de Castilla y León, se creó la Fundación del Instituto de Estudios de Ciencias de la Salud de Castilla

⁶⁰ BOCyL de 12 de julio de 2010.

⁶¹ BOCyL de 23 de noviembre de 2010.

y León, en Soria, para «fomentar la formación, investigación y difusión en materias de Salud Pública, Asistencia, Gestión y Ordenación Sanitaria y Sociosanitaria, Derecho Sanitario y Salud Laboral», pudiendo complementariamente «colaborar con las entidades e instituciones del Sistema de Salud de Castilla y León en labores asistenciales» (art. 5 de sus Estatutos). Aunque en el Patronato están el Presidente de la Diputación y el Alcalde de Soria, los otros 12 miembros son todos cargos de la Administración autonómica, siendo el Presidente el Consejero de Sanidad.

Pues bien, con independencia de otros medios de financiación de esta Fundación autonómica, se han conocido por Resolución de 25 de marzo de 2010 y 8 de noviembre de 2010 de la Dirección General de Relaciones Institucionales y Acción Exterior, de la Consejería de Presidencia, sendos Convenios Específicos de Colaboración entre la Consejería de Sanidad de la Junta de Castilla y León, el Instituto de Salud «Carlos III» (entidad estatal) y la mencionada Fundación, para el impulso de la Medicina Regenerativa y la Terapia Celular en Castilla y León para los años 2009 y 2010 ⁶², lo que representa una muestra de colaboración netamente interadministrativa, aunque intervenga en ella una entidad formalmente privada que es la citada Fundación —que tiene la misma cabeza, como hemos dicho, que la Consejería por la que la Comunidad Autónoma se compromete en el caso.

Por otra Resolución, de 2 de agosto de 2010, de la misma Dirección General de Relaciones Institucionales y Acción Exterior, sabemos también de la existencia de otro Convenio entre la Comunidad de Castilla y León y la Fundación Centro Nacional de Investigaciones Cardiovasculares (CNIC) en el Marco del Programa Acércate, para que los alumnos de bachillerato de las modalidades de «Ciencias y Tecnología» realicen una estancia formativa en el CNIC ⁶³, un Centro creado por el Gobierno nacional a través del mismo Instituto de Salud «Carlos III» antes mencionado y que tiene su sede en Madrid. La Fundación CNIC es una fundación privada promovida por la Administración estatal para el apoyo al CNIC.

Es también interesante el Convenio Específico de Colaboración que se había firmado el 16 de febrero de 2009 entre la Consejería de Sanidad de la Junta de Galicia y la Fundación de Hemoterapia y Hemodonación de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, para el establecimiento de un procedimiento de actuación para la extracción de sangre de cordón umbilical en los centros hospitalarios autorizados de Castilla y León y su procesamiento en el

⁶² BOCyL de 21 de abril y 24 de noviembre de 2010, respectivamente.

⁶³ BOCyL de 1 de septiembre de 2010.

Banco de Cordón Umbilical de la Fundación Centro de Transfusión de Galicia, con sede en Santiago de Compostela. Por Orden SAN/63/2010, de 15 de enero, la Consejería de Sanidad de Castilla y León otorgó autorización sanitaria al respecto al Hospital de El Bierzo ⁶⁴, y lo mismo hizo por Orden SAN/496/2010, de 13 de abril, a favor del Hospital Santiago Apóstol, de Miranda de Ebro ⁶⁵.

IV. Otras fundaciones en mano pública

1. Nueva fundación municipal

Por Resolución de 27 de enero, se acordó la inscripción de la *Fundación Burgos 2016 Capital Europea de la Cultura*, constituida unos meses antes por el Ayuntamiento de Burgos para «la elaboración y financiación de la candidatura de Burgos a celebrar la manifestación “Capital Europea de la Cultura” y la realización de todas aquellas acciones necesarias para que Burgos sea designada Capital Europea de la Cultura en el año 2016» así como para «la preparación y gestión del título» «y de todas aquellas medidas necesarias para su éxito» si se lograra la designación. El Patronato está formado por el Alcalde, como Presidente; el Presidente del Instituto Municipal de Cultura, como Vicepresidente, y el Secretario General del Ayuntamiento, como Secretario, correspondiendo a cada Grupo político del Ayuntamiento la designación de uno de los tres Vocales. La dotación inicial son los consabidos 30.000 euros.

2. Límites de la discrecionalidad organizativa de fundaciones locales

La composición del Patronato de la Fundación Salamanca, Ciudad de Cultura, ha sido objeto de un conflicto. Se había dispuesto inicialmente que tuvieran en él una representación los distintos Grupos políticos, proporcional a su presencia en el Ayuntamiento de la ciudad. Pero por acuerdo municipal de 27 de septiembre de 2007, adoptado por 16 votos del Grupo Popular contra 11 del Socialista, se decidió modificar los Estatutos de la Fundación, reduciendo el número de los patronos de representación municipal para dar entrada a patronos que representasen a los Rectores de las dos Universidades y al Delegado de la Junta de Castilla y León en la provincia y estableciendo que los patronos municipales serían designados por el Pleno del Ayuntamiento, sin más. Los concejales socialistas impugnaron el acuerdo que podía comportar la mar-

⁶⁴ BOCyL de 4 de febrero de 2010.

⁶⁵ BOCyL de 26 de abril de 2010.

ginación de la sensibilidad de la oposición municipal de la dirección de la Fundación. La Sala de lo contencioso de Valladolid les dio la razón y una Sentencia de la Sección 4.^a de la Sala 3.^a del Supremo, de 3 de noviembre de 2010, ha cerrado el asunto, desestimando el recurso de casación, por entender que el acuerdo municipal de 2007 carecía de motivación suficiente en cuanto al cambio de criterio sobre los patronos de representación municipal, sin entrar en la cuestión sustantiva de la legitimidad de una u otra forma de disponer esa representación.

3. *Colaboración entre la Comunidad Autónoma y las entidades locales a través de fundaciones públicas*

Las fundaciones del sector público local encauzan a veces colaboraciones entre la Comunidad Autónoma y la entidad local de la que la fundación dependa. Tal ha sido el caso por ejemplo del Convenio de la Fundación Salamanca Ciudad de Cultura —del Ayuntamiento de Salamanca— con la Junta de Castilla y León de 1 de julio de 2010, para la realización de la programación de la red de teatros de Castilla y León correspondiente al segundo semestre de 2010, en el que la Junta aporta 23.072 euros y 25.701 la Fundación ⁶⁶.

A veces, la Comunidad Autónoma llega a comprometerse con las entidades locales incluso mediante la creación y patronazgo con ellas de una fundación. Tal sería el caso de la Fundación Centro de Alto Entrenamiento y Promoción Deportiva de la Provincia de Soria (Fundación CAEP Soria), inscrita en el Registro de Fundaciones de la Comunidad, ya en 2003, y regida por un Patronato en el que están representados sus tres patronos: el Ayuntamiento y la Diputación de Soria y la Junta de Castilla y León. La Fundación aprobó la creación de un Centro de Tecnificación Deportiva en la sede de las instalaciones deportivas municipales. El Ayuntamiento, como titular de estas, promovió ante el Consejo Superior de Deportes su clasificación como tal, que le fue concedida por Res. del Director General de Deportes de 3 de noviembre de 2004. Aunque se trata de algo, como se ve, anterior en algunos años a 2010, vale la pena reseñarlo. El 28 de noviembre de 2008 se firmó un Convenio de colaboración entre el Consejo Superior de Deportes, la Consejería de Cultura y Turismo de la Junta de Castilla y León, el Ayuntamiento de Soria, la Diputación de Soria y la Fundación CAEP para la construcción de un edificio de usos múltiples destinado al Centro de Tecnificación Deportiva de Soria. Por Resolución de 3 de diciembre de 2010, de la Dirección General de Relaciones Institucionales y Acción Exterior, se ha hecho pública una adenda a dicho

⁶⁶ BOCyL de 24 de enero de 2011, p. 6242.

Convenio, que modifica algunas de sus cláusulas, resultando una aportación total del Consejo de 700.000 euros, otro tanto de la Junta, 350.000 del Ayuntamiento y lo mismo la Diputación, lo que suman 2.100.000 euros ⁶⁷.

4. Fundaciones de las universidades públicas

Las diversas fundaciones de las universidades públicas de la región han ido apareciendo en diversos momentos en esta exposición, particularmente como beneficiarias de distintas líneas de ayuda o subvención de la Comunidad Autónoma. Completamos aquí esa información haciendo notar otras vías por las que han sido beneficiarias de medios autonómicos. Así la Fundación General de la Universidad de Valladolid —que habrá sido la canalizadora de la actuación de determinados profesores, probablemente de la Facultad de Medicina— fue adjudicataria del Lote 7 —por valor de 46.941 euros— de los adjudicados por la Gerencia de Salud de las Áreas de Valladolid para la contratación de la realización de procedimientos quirúrgicos para pacientes beneficiarios de SACyL en la provincia de Valladolid (el total de la contratación lo constituían 14 lotes por un valor de 601.673 euros) ⁶⁸.

Pero lo más importante es quizás dar cuenta de la Resolución de 14 de enero de 2010, del Servicio Público de Empleo, por la que se da publicidad a las subvenciones directas otorgadas a las Fundaciones Generales de las cuatro Universidades públicas de la región con cargo a una partida presupuestaria de 2009, no muy claramente vinculadas a «la realización de un estudio sobre las oferta y demanda del mercado de trabajo de alta cualificación en Castilla y León, en el marco del Espacio Europeo de Educación Superior»: 72.364,49 euros para la de la Universidad de Valladolid, 52.505,22 para la de la Universidad de León, 44.208,49 para la de la Universidad de Salamanca y 31.343,69 para la de la Universidad de Burgos ⁶⁹. No tenemos constancia de que se haya producido algo análogo con cargo a partidas presupuestarias de 2010.

V. Relevancia fundacional de las transformaciones en las Cajas de Ahorro

Sabida es la naturaleza fundacional de las Cajas de Ahorro, aunque se sometan a un régimen jurídico propio y específico, al margen del común a las fundaciones privadas. Lo confirma el artículo 2 de los Estatutos de la nueva

⁶⁷ BOCyL de 27 de diciembre de 2010.

⁶⁸ BOCyL de 16 de noviembre de 2010.

⁶⁹ BOCyL de 26 de enero de 2010.

Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, Caja de Ahorros y Monte de Piedad, resultado de la fusión de Caja España y Caja Duero (en la que se fusionaron hace años a su vez las Cajas de Ahorros de Salamanca y de Soria), autorizada por Acuerdo 84/2010, de 9 de septiembre de 2010, de la Junta de Castilla y León ⁷⁰. Dice ese artículo que «la Caja es una Institución social, de naturaleza fundacional, sin ánimo de lucro, dedicada al fomento y administración del ahorro y a otras actividades legalmente admitidas, con plena capacidad jurídica y funcionamiento autónomo e independiente de toda corporación, entidad o empresa, que goza de la protección del Estado y de la Comunidad de Castilla y León, disfrutando de cuantas exenciones fiscales y prerrogativas legales corresponden a las Cajas Generales de Ahorro Popular».

Desde la perspectiva de estas páginas, interesa anotar además que, conforme al artículo 1.2 de los mismos Estatutos de la nueva Caja, «la representación que la Ley atribuye a las Entidades Fundadoras de Cajas de Ahorro, se asignarán en Caja España (...), Salamanca y Soria (...), a las siguientes Entidades: La *Fundación "Monteleón"*, incorporada al protectorado y registro de Fundaciones Culturales de Castilla y León e inscrita en el Registro por resolución de (...) 2 de marzo de 1990 (BOCyL de 21 de marzo de 1990) (...) con dos representantes; el Excmo. Ayuntamiento de Palencia, con 1 representante; la Casa Social Católica de Valladolid, inscrita en el Registro Especial de Entidades Religiosas (...), con 1 representante; la Excma. Diputación Provincial de Valladolid, con 1 representante; la Excma. Diputación Provincial de Zamora, con 1 representante; la Fundación Caja Duero, Institución cultural privada sin ánimo de lucro formalizada en escritura pública el 29 de julio de 2004, inscrita en el Registro de Fundaciones del Ministerio de Cultura (...) según Orden Ministerial de 19 de octubre de 2004 ⁷¹ (...) con 2 representantes». Se trata, como es obvio, de un modo u otro, de quienes fundaron las distintas Cajas que se han ido fusionando desde los años ochenta hasta llegar a la situación actual. Caja España de Inversiones era fruto de la fusión en 1990 de cinco cajas de ahorros: Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Palencia (fundada en 1881), Caja de Ahorros y Monte de Piedad de León (1900), Caja de Ahorros Popular de Valladolid (1916), Caja de Ahorros Provincial de Valladolid (1940), y la Caja de Ahorros Provincial de Zamora (1965). La primera y las dos últimas habían sido fundadas por las tres Entidades locales que se han mencionado. De las otras 3 entidades representadas,

⁷⁰ BOCyL de 15 de septiembre de 2010.

⁷¹ El artículo 22 de los mismos Estatutos dice, sin embargo, que se constituyó el 29 de julio de 2004 y que está incorporada al protectorado y registro de Fundaciones Culturales de Castilla y León, e inscrita en el Registro por Orden de la Consejería de Cultura y Bienestar Social de la Junta de Castilla y León de 19 de octubre de 2004.

destacan, desde luego, por su peso, las dos Fundaciones, la que estaba vinculada a Caja España como trasunto de la base fundacional histórica de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de León, y la que lo es de las Cajas fundidas en Caja Duero, destacadamente la antigua de Salamanca, en la que figuraban varias entidades públicas, junto a otros partícipes.

Es conocida la cuestión suscitada por la doctrina sobre la posible naturaleza pública actual de las Cajas, en cuanto sometidas a la influencia dominante de entidades públicas y destacadamente a las Comunidades Autónomas, lo que, unido a su indudable carácter empresarial, las ubicaría en el campo de las empresas públicas⁷². Aunque la percepción general se aproxima a entenderlo así, lo cierto es que, además de los poderes y ventajas que venían comportando para los Gobiernos autonómicos las regulaciones existentes, la dominación política y sindical de la dirección de las Cajas se ha venido encauzando sobre todo por vías indirectas y de efectividad más o menos incierta, dado el peso asignado en ella a las representaciones de los impositores y del personal de las Cajas, a través de las cuales se han ido logrando instrumentar influencias sindicales y de los principales partidos políticos —a las que aquellas no son, por lo demás, completamente ajenas—, todo lo cual se sumaría a cuanto comporta la necesaria presencia de las corporaciones locales en cuyo territorio tengan abiertas oficinas, la de entidades representativas de intereses colectivos y, en fin, la de entidades públicas en la representación de fundadores. Por ello no siempre la resultante ha sido que la dirección de cada Caja estuviese bajo la dependencia fáctica del Gobierno autonómico, aunque lo más frecuente fuese que, cuando no era así, era porque dependía de hecho de la oposición. Ha sido en cualquier caso la impresión generalmente compartida sobre la politización de las Cajas lo que ha llevado al 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 del 13), a modificar la Ley 31/1985, de normas básicas sobre Órga-

⁷² Vid. Ley 4/2007, de 3 de abril, de transparencia de las relaciones financieras entre las Administraciones públicas y las empresas públicas, y de transparencia financiera de determinadas empresas (BOE del 4), artículo 2. Vid. M. A. SALVADOR ARMENDÁRIZ, «A propósito de la naturaleza jurídica de las Cajas de Ahorro. STS de 17 de enero de 2006», *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 29, 2007, pp. 353-371 y «De la “banca pública” a las entidades de crédito públicas: delimitación y tipología. El caso español», *Revista de derecho bancario y bursátil*, n.º 121, 2011, pp. 93-136; G. ARIÑO ORTIZ, *La necesaria reforma de la Ley de Cajas de Ahorro*, Civitas-Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010; T. PRIETO ÁLVAREZ, «Las Cajas de Ahorro francesas cambian su estatuto jurídico (Elementos de reflexión para el caso español)», *Revista de Administración Pública*, n.º 155, 2001, pp. 417 y ss., «Las Cajas de Ahorro: su naturaleza jurídica, los límites de la intervención pública», *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 42, 2001, pp. 331 y ss.; A. CASARES MARCOS, *Cajas de Ahorro: Naturaleza jurídica e intervención pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

nos Rectores de las Cajas, de modo que *la representación de las Administraciones públicas y entidades y corporaciones de derecho público en los órganos de gobierno de las cajas no podrá superar en su conjunto el 40% del total de los derechos de voto de cada uno de tales órganos, teniendo que estar representadas todas las entidades y corporaciones* (art. 2.3), lo que se computará tras deducirse los derechos de voto que corresponda, en su caso, a los cuotapartícipes regulados en la nueva disposición legal (ibídem). Por lo ya indicado, es más que dudoso que con esta nueva regulación se evite la politización y dependencia que aparentemente se ha querido impedir, aunque, desde luego, habrán de tener un papel bien relevante quienes representen al personal y a los impositores o incluso quienes sean los nuevos cuotapartícipes con derecho a voto. Pero no se olvide que, en las sociedades anónimas, quien tiene un paquete del 30% y no digamos nada si llega al 40% suele tener con holgura la influencia dominante, aunque no sea más que por la dispersión de los demás intereses representados o su división en grupos de menos peso.

En lo que aquí interesa, quizás baste con añadir a lo dicho que, según el artículo 4 de los Estatutos de la nueva Caja, a que venimos refiriéndonos, entre sus fines se menciona el «crear y sostener obras sociales y culturales, propias o en colaboración, bien directamente, o a través de Fundaciones constituidas para la gestión de su obra social y cultural, así como, en la medida de lo posible, coadyuvar a la creación o sostenimiento de instituciones que, con finalidad similar, requieran la ayuda económica de la Entidad». El artículo 28, por su parte, menciona, entre las funciones del Consejo de Administración de la Caja, el «constituir y participar en la constitución de Sociedades, Asociaciones, Fundaciones, Organismos u otras Entidades de cualquier naturaleza jurídica, aportando los capitales o bienes que fueren necesarios y nombrar representantes en sus respectivos Órganos de Gobierno». Y, en fin, el artículo 53, a propósito de la Obra Social de la Caja, reitera en su apartado 3 que su gestión «que corresponde al Consejo de Administración bajo las directrices de la Asamblea General, podrá realizarse por los órganos o servicios de la Caja o mediante Fundación constituida por la Caja». Las Fundaciones Monteleón y Caja Dueño tienen, en realidad, tal cometido, aunque tengan a la vez sus importantes derechos de voto en la nueva Caja en su representación de entidades fundadoras.

Resta añadir que, conforme al artículo 23 de los Estatutos de la nueva Caja, se reconoce derecho a nombrar vocales del Consejo General en representación de entidades de interés general a la Fundación Duques de Soria (un vocal), la Universidad de Salamanca (dos), Asociación de Jubilados de Caja de Ahorros de Salamanca y Soria (uno), Fundación Rei Alfonso Henriques (uno), Fundación General de la Universidad de León y de la Empresa (uno),

Fundación General de la Universidad de Valladolid (uno) y FEAPSCyL Federación de Entidades de Familias de personas con discapacidad intelectual de Castilla y León (uno). Y aquí quedaría ya esta cuestión: ¿computarán los vocales de las Fundaciones Generales de las Universidades de León y Valladolid para el 40% máximo de representantes de Administraciones públicas que ha establecido el citado Real Decreto-Ley 11/2010? Formalmente son entidades privadas y no entran como tales en los conceptos utilizados en la redacción dada al artículo 2.3 de la Ley 31/1985. Ya se ve, en fin, que ese tope puede ser desbordado de hecho —y esto es lo que contará en la práctica— por diversas vías.

Fundaciones en Cataluña 2010-2011

Joaquín Tornos Mas

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Barcelona

María del Mar Martínez Martínez

Profesora de Derecho Administrativo. FPI
Universidad Abat Oliba-CEU

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—I. MEDIDAS ANTE LA CRISIS: ESPECIAL INCIDENCIA SOBRE LAS FUNDACIONES «PÚBLICAS». MÁXIMO CONTROL, MÁXIMA EXIGENCIA. ¿DESAPARICIÓN DE FUNDACIONES?—II. OTRAS MEDIDAS ANTE LA CRISIS: MÁS TRANSPARENCIA EN TODAS LAS FUNDACIONES: 1. *Inspección de fundaciones para el año 2011*. 2. *Modificación del Plan de contabilidad de las fundaciones y asociaciones sujetas a la legislación de la Generalitat de Cataluña*.

Introducción

Las últimas novedades legislativas que presenta Cataluña en materia de fundaciones no son muchas. En la línea de estos últimos años estas novedades tienen como objetivo conseguir que exista una verdadera transparencia y así acabar, en la medida de lo posible, con las presuntas irregularidades en la financiación de estas entidades.

Ya en 2009, el Gobierno de la Generalitat, mediante los Acuerdos de 10 y 24 de noviembre, quiso impulsar un conjunto de medidas urgentes para favorecer la transparencia y las buenas prácticas en la contratación pública en general. Entre otras cuestiones —por lo que ahora nos interesa—, se dieron instrucciones expresas para que se procediera a la reforma de la Ley de la *Sindicatura de Comptes*, la Ley del Protectorado —antes de que finalizara el año— y también, 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.

Por otra parte, los referidos Acuerdos contemplaban la necesidad de implantar toda una serie de limitaciones en relación a fundaciones vinculadas a partidos políticos y, también, en materia de subvenciones.

Pues bien, como ya adelantábamos en el Anuario anterior, la mayoría de esas reformas no se produjeron en el tiempo esperado, es más, a día de hoy el Proyecto de Ley del Protectorado ni siquiera ha sufrido modificaciones con respecto a la versión presentada en el Parlament el pasado 7 de abril de 2010 ¹.

No obstante, sobre las otras cuestiones sí que encontramos determinados avances, todos ellos básicamente en torno al control y a la fiscalización de las fundaciones.

I. Medidas ante la crisis: especial incidencia sobre las fundaciones «públicas». Máximo control, máxima exigencia. ¿Desaparición de fundaciones?

El Libro III del Código Civil de Cataluña (en adelante, CCC) creó la figura de la «fundación pública» ². Hasta ese momento se permitía la posibilidad

¹ Al disolverse el Parlamento de Catalunya por el cambio de gobierno, se volvió a presentar como proposición de Ley por parte del grupo parlamentario socialista y se admitió a trámite el 8 de febrero de 2011. El 4 de abril CiU presentó enmienda a la totalidad.

El texto ha sido presentado en idénticos términos al anterior pese a las numerosas críticas que ha recibido desde diferentes instancias y las recomendaciones —entre otras— del Dictamen núm. 15/2010 del *Consell de Treball Econòmic i Social*, y de los propios Acuerdos de Gobierno. Para un estudio detallado de la propuesta nos remitimos a lo dicho en nuestra crónica de las Comunidades Autónomas del *Anuario de Derecho de fundaciones 2010*.

² El Código Civil catalán (art. 331-2), entiende que son fundaciones públicas aquellas que se constituyan con una aportación mayoritaria de la administración de la Generalitat, de los entes locales, organismos públicos u otros entes dependientes, con independencia de que la aportación se realice de manera directa o indirecta. Igualmente, son fundaciones públicas cuando más del cincuenta por ciento del patrimonio fundacional esté formado, con carácter permanente, por bienes o derechos aportados por las entidades antes referidas o cuando más de la mitad de los miembros del órgano de gobierno se nombren por la Administración de la Generalitat, por los Entes Locales de Cataluña o bien por organismos públicos u otros entes que dependan de aquellos. Sin embargo, el Código no prevé un régimen específico para el tratamiento de estas fundaciones públicas.

Nótese, como ha señalado A. ARROYO DIEZ, que «la legislación autonómica catalana prevé un supuesto no regulado expresamente en la normativa estatal de fundaciones ni en la normativa de contratación pública, al establecer que también se consideraran fundaciones del sector público aquellas, cuyo órgano de gobierno esté integrado por miembros, más de la mitad de los cuales, estén nombrados por la Administración» [A. ARROYO DIEZ, «La contratación de las fundaciones del sector Público», en S. LLEBARÍA SAMPER (COORD.), *Un codi per al Dret civil de Catalunya: idealisme o pragmatisme? (Estudis en commemoració del 50è aniversari de la Compilació)*, Bosch, Barcelona, 2011, p. 213].

Sin entrar ahora en la problemática del asunto, lo que sí se ha de tener presente es que, con independencia de lo que el CCC entienda por «fundación pública», habrá que estar al tanto con el concepto europeo y estatal de «poder adjudicador», que incluye entre otros sujetos a las «entidades de derecho público». Además, el apartado f) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de

de que las personas jurídicas públicas constituyeran fundaciones, pero, una vez constituidas, eran consideradas a todos los efectos fundaciones privadas³.

Para entender las reformas legislativas no podemos olvidar que la positivización en el Código Civil de las «fundaciones públicas» se gesta en un contexto en el que precisamente han estado en el punto de mira por razones vinculadas a determinados escándalos de corrupción y en pleno panorama de crisis económica. Ello explica —más allá de que se comulgue o no con la eficacia o idoneidad de las medidas adoptadas— que se haya considerado necesario someter a este tipo de entidades a unos mayores controles, especialmente en el caso de las fundaciones del Sector público.

En este contexto, la Generalitat de Catalunya, en una apuesta decidida por la racionalización y simplificación de la Administración y el Sector público, ha empezado a implementar toda una serie de acciones que afectan a este tipo de fundaciones.

Antes de entrar propiamente a analizar las reformas legislativas concretas, es interesante señalar que el pasado junio de 2010, la *Comissió de Coordinació Corporativa* elaboró un Plan de racionalización y simplificación de la estructura del Sector público de la Generalitat de Catalunya⁴, cuya progresiva materialización tendrá una repercusión directa en las fundaciones del Sector público. Nos explicamos.

Contratos del Sector Público, considera, expresamente que forman parte del Sector Público «Las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50% por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades».

Sobre este respecto, el artículo 49.1 de la Ley 16/2008, de 23 diciembre, de medidas fiscales y financieras de 2009, aclaró la nueva figura habida cuenta de la denominación genérica «fundaciones públicas» empleada por el código y concretando que las «fundaciones públicas», lo serán del «sector público de la Administración de la Generalitat o de la Administración Local de Catalunya» y que una fundación por el mero hecho y la sola circunstancia de que sus ingresos provengan mayoritariamente de subvenciones otorgadas por las Administraciones públicas u otras entidades públicas, no conlleva que sea considerada «fundación del Sector público».

³ *Vid.* Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones.

⁴ COMISSIÓ DE COORDINACIÓ CORPORATIVA DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA. «Pla de Racionalització del Sector Públic de la Generalitat de Catalunya» n/p, junio 2010.

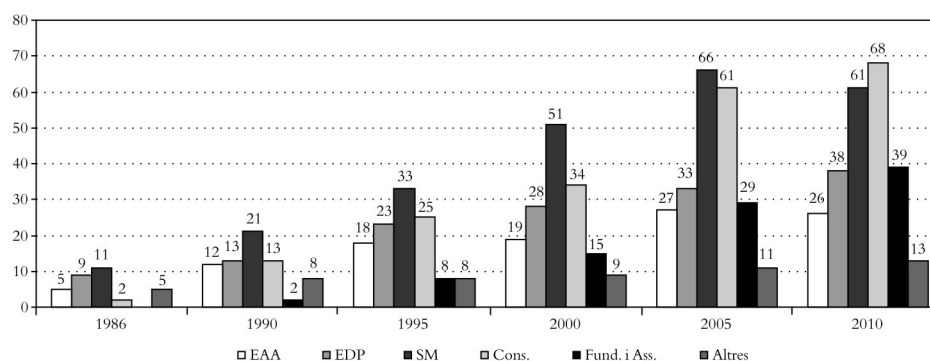
El Parlamento de Catalunya, por Resolución de 24 de febrero de 2010, sobre la situación económica y las medidas para afrontar la crisis, instó al Gobierno a continuar la política de contención y rigor presupuestario, a «introducir la cultura de la evaluación en el diseño y la aplicación de políticas públicas», y en base a ello, propuso elaborar el referido Plan de racionalización con la colaboración de expertos de reconocido prestigio. En fecha 2 de marzo de 2010, el Gobierno mediante Acuerdo encargó a la *Comissió de Coordinació Corporativa* su preparación.

El objetivo del estudio consiste en dilucidar, para todas las entidades que forman parte del Sector público de la Generalitat, si cumplen con determinadas exigencias que el Gobierno estableció como pautas para valorar la creación y modificación de entidades del Sector público ⁵.

Pues bien, el análisis y valoración sobre las fundaciones del Sector público puede llevar aparejada una drástica reducción o incluso un replanteamiento de esta figura. Piénsese que, en definitiva, lo que se persigue es evitar duplicidad de funciones, exceso de entidades, fomentar el control y la eficacia y la dispersión en formas jurídicas desvinculadas.

En Cataluña, aproximadamente desde los años noventa, las fundaciones se presentan como un instrumento jurídico más de organización y actuación pública, es decir, otra forma privada de gestión pública. En el siguiente cuadro podemos observar su evolución al alza:

CUADRO 1.—Evolución de las entidades mayoritarias por tipologías



Fuente: Comissió de Coordinació Corporativa de la Generalitat de Catalunya a partir de la base de datos de entidades de la DG de Patrimonio.

Si bien las fundaciones tendrían que ser una fórmula más de Colaboración Público-Privada como atractivo para la financiación de servicios de interés general, la realidad es otra, ya que prácticamente la totalidad de las fundaciones del Sector público se han constituido con una dotación inicial de carácter pú-

⁵ Acuerdo de Gobierno de 23 de septiembre de 2008, mediante el que se aprueban los criterios que han de cumplir a partir de ese momento, las propuestas de constitución de entidades integrantes o participadas por el Sector público de la Generalitat de Catalunya, de incorporación de esta en otras entidades y de modificaciones relativas a estas entidades que requieran la autorización del Gobierno.

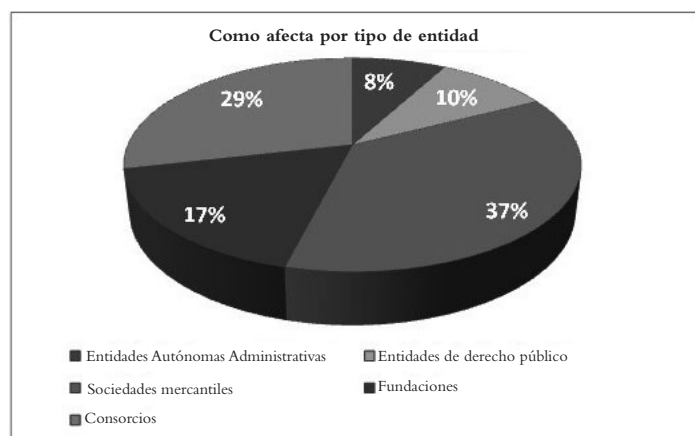
blico y, además, acaban financiándose con presupuestos públicos ya sea mediante subvenciones o asignaciones presupuestarias, de ahí que la *Comissió de Coordinació Corporativa* no haya vacilado en afirmar que «en la actualidad la forma de fundación de iniciativa privada parece de necesaria reconducción a la prestación de servicios públicos de carácter social o cultural —educativos, formativos y de investigación—, ámbitos en los que la financiación del servicio no se puede derivar de su explotación, sin que ello suponga la gratuidad del servicio, y en los que es posible encontrar una colaboración o aportación de los privados substancial a las finalidades de interés público»⁶.

Esta afirmación, realizada en el seno de una coyuntura de contención del gasto en personal, inversiones y estructura administrativa, no puede tomarse a la ligera. En primer lugar, la Comisión posee la capacidad real de adoptar toda la serie de medidas necesarias para reformar las políticas actuales y los programas públicos relacionados con los recursos y, en segundo lugar, piénsese que el Plan de racionalización muestra la panorámica y complejidad del Sector público catalán y plantea unas estrategias concretas de reforma, entre otras, la desaparición de 63 entidades de las 247 analizadas. En la siguiente gráfica podemos observar la afectación sobre las fundaciones:

CUADRO 2.—*Afectación por el tipo de entidad*

Cómo afecta por tipo de entidad	Valor	%
Entidades Autónomas Administrativas	5	8
Entidades de derecho público	6	10
Sociedades mercantiles	23	37
Fundaciones	11	17
Consortios	18	29
TOTAL	63	100

⁶ *En l'actualitat la forma de fundació d'iniciativa privada sembla de necessària reconducció a la prestació de serveis públics de caràcter social o cultural —educatiu, formatiu i de recerca—, àmbits en els quals el finançament del servei no es pot derivar de la seva explotació, sense que això suposi la gratuïtat del servei, i en els quals és possible trobar una col·laboració o aportació dels privats substancial a les finalitats d'interès públic.* (en COMISSIÓ DE COORDINACIÓ CORPORATIVA DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA. «Pla de Racionalització del Sector Públic de la Generalitat...», ob. cit., p. 30).



Fuente: Generalitat de Catalunya ⁷.

No obstante, ha de señalarse, por lo que a las fundaciones se refiere, que el Plan únicamente analiza aquellas sobre las que la Generalitat «dispone de forma directa o indirecta, de más del 50% de su capital o fondo patrimonial o puede designar o dispone, por vía estatutaria, de la mayoría de los derechos de voto en sus órganos de gobierno» ⁸. Por tanto, no se incluyen aquellas en las que la participación no es mayoritaria.

Por su parte, y en el mismo sentido, el 11 de julio de 2010, se publicó en el Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya (DOGC), la nueva Ley reguladora de la *Sindicatura de Comptes* ⁹. En ella se refuerzan y amplían en gran medida las competencias de ese órgano de control externo, sobre todo las subjetivas.

A partir de su entrada en vigor quedan sujetas al control de la *Sindicatura* no solo la Administración General de la Generalitat y Administración local sino todos los entes del Sector público contemplados en el artículo 3 de la propia Ley ¹⁰.

⁷ La traducción es nuestra: [on line] <http://www.gencat.cat/acordsdegovern/20100601/> [Consulta: 1 jun. 2011].

⁸ [La Generalitat] *disposa, de forma directa o indirecta, de més del cinquanta per cent del seu capital o fons patrimonial o pot designar o disposa, per via estatutària, de la majoria dels drets de vot en els seus òrgans de govern* (en COMISSIÓ DE COORDINACIÓ CORPORATIVA DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA, «Pla de Racionalització del Sector...», ob. cit., p. 5).

A efectos del estudio, la *Comissió* entiende por control efectivo la capacidad de decisión en las entidades, habida cuenta que el concepto de control es más amplio y puede incluir otros elementos. *Vid.* ob. cit., pp. 21 y ss.

⁹ Ley 18/2010, de 7 de junio de la *Sindicatura de Comptes*. DOGC núm. 5648.

¹⁰ Bajo la normativa anterior (Ley 6/1984, de 5 de marzo), la *Sindicatura* únicamente tenía

Dejando de lado la crítica que podría merecer la configuración del Sector público para la *Sindicatura de Comptes*, lo relevante a nuestros efectos es que las fundaciones del «Sector público de la Generalitat» quedan sujetas a su control. Pero es que la Ley va más allá y atribuye capacidad fiscalizadora y el control de la actividad económica y financiera de los partidos políticos y de sus fundaciones y asociaciones vinculadas ¹¹. Es decir, a partir de ahora, todas aquellas fundaciones que tengan una vinculación con un partido político, aun en el caso de que sean totalmente privadas, quedan sometidas a un órgano de control externo de las administraciones públicas ¹².

Expuesto lo anterior, se ha de significar la confusa redacción del apartado en el que se hace referencia a las «fundaciones del Sector público», al establecer que están sujetos a la *Sindicatura de Comptes*:

«Los organismos, las entidades, las sociedades mercantiles, las fundaciones del Sector público, los consorcios y, en general, cualquier persona jurídica bajo cualquier modalidad admitida en derecho, si está participada o financiada mayoritariamente de forma directa o indirecta por la Generalidad, por las corporaciones locales o por las universidades públicas catalanas, o si su participación minoritaria sumada implica, en un mismo ente, participación mayoritaria».

potestades sobre la Generalitat y sus organismos autónomos, las Corporaciones Locales y sus organismos autónomos y las empresas públicas y vinculadas con independencia de su forma jurídica —art. 5—. No obstante la delimitación, el apartado b) del artículo 2, «Funciones de la *Sindicatura de Comptes*», ampliaba razonablemente sus potestades al establecer la posibilidad de fiscalizar las subvenciones, los créditos y las ayudas con cargos a los presupuestos de los entes públicos señalados, así como los avales y exenciones fiscales directos y personales concedidos por esos entes.

A partir de la entrada en vigor de la Ley 18/2010, el ámbito de actuación de la *Sindicatura*, por lo que al Sector Público se refiere abarca a los siguientes sujetos: (i) Las entidades reguladas por el capítulo V del título II del Estatuto de autonomía y las que dependen del Parlamento. (ii) El sector público de Cataluña, formado por: a) La Administración de la Generalidad; b) La Administración local de Cataluña; c) Los organismos, las entidades, las sociedades mercantiles, las fundaciones del sector público, los consorcios y, en general, cualquier persona jurídica bajo cualquier modalidad admitida en derecho, si está participada o financiada mayoritariamente de forma directa o indirecta por la Generalidad, por las corporaciones locales o por las universidades públicas catalanas, o si su participación minoritaria sumada implica, en un mismo ente, participación mayoritaria. (iii) Las universidades públicas de Cataluña y los órganos y las entidades que dependen de las mismas. (iv) Las personas públicas corporativas creadas por ley del Parlamento en relación con las actividades, sujetas a fiscalización, que comportan la gestión o administración de fondos públicos.

¹¹ Las referencias a este tipo de fundaciones vinculadas las podemos encontrar en los artículos 2.h), 3.d) de la Ley 18/2010.

¹² Las reformas de la Ley de la *Sindicatura* materializan, en parte, las instrucciones dadas mediante los Acuerdos de Gobierno de 10 y 24 de noviembre de 2009.

Una interpretación literal del precepto implicaría que todos los organismos, las entidades, las sociedades mercantiles, las fundaciones del Sector público y los consorcios, con independencia de su configuración y naturaleza quedarían sujetos a la inspección de la *Sindicatura*. También lo estaría cualquier otra persona jurídica, siempre y cuando estuviera participada o financiada mayoritariamente de forma directa o indirecta por la Generalidad, y demás sujetos referidos.

Nos resistimos a mantener esa exégesis, apelando a la necesidad de acudir a la interpretación teleológica de la norma. Así el requisito de «participación o financiación mayoritaria» no puede más que predicarse de todos esos organismos, entidades, sociedades mercantiles, fundaciones, consorcios y demás personas jurídicas, para que se consideren sujetos del «Sector público» a efectos de la Ley de la *Sindicatura*.

No obstante, aun recurriendo a una interpretación finalista, lo cierto es que la norma delimita un ámbito subjetivo propio y un Sector público *sui generis*, y ello conlleva igualmente una repercusión directa en el concepto de «fundaciones del Sector público».

En efecto, las fundaciones del Sector público tal y como están definidas en la Ley de referencia no coinciden con el concepto del Codi Civil de Catalunya ni con el de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector público (en adelante, LCSP). En este sentido, llama cuanto menos la atención que la Ley de la *Sindicatura* catalogue también de «fundaciones del Sector público» a aquellas que estén «financiadas mayoritariamente de forma directa o indirecta por la Generalitat...», obviando por completo la disposición adicional tercera del CCC que determina que

*«no comporta la consideración de fundación del Sector público de la Administración de la Generalidad o de la Administración local de Cataluña, a los efectos de lo establecido por el artículo 331-2.2 del Código civil de Cataluña, la financiación que las fundaciones reciben de las administraciones y de otras entidades públicas, ya sea mediante concierto o como contraprestación por la prestación de servicios y, en general, cuando tienen causa en negocios jurídicos que implican obligaciones recíprocas. Asimismo, el hecho de que los ingresos de las fundaciones provengan mayoritariamente de subvenciones otorgadas por las administraciones y de otras entidades públicas no determina por esta sola circunstancia el carácter de fundación del Sector público, sin perjuicio de su condición de poder adjudicador a los efectos de su régimen jurídico contractual»*¹³.

¹³ Esta disposición adicional tercera del CCC es importante puesto que fue introducida *ex post* por la Ley 16/2008, de 23 de diciembre, de medidas fiscales y financieras de 2009, precisamente para clarificar la figura y evitar posibles contradicciones con la LCSP.

Pues bien, a lo anterior han de sumarse las previsiones establecidas por las Órdenes por las que se dictan las normas para elaborar los presupuestos de la Generalitat de Catalunya para los años 2011 y 2012¹⁴. Las Órdenes parten de una premisa clara y es que la situación financiera de la Generalitat se caracteriza por un elevado déficit y un fuerte endeudamiento. Se propone como objetivo restaurar las finanzas públicas en dos años para restablecer el equilibrio presupuestario y llegar a un nivel de endeudamiento que garantice la sostenibilidad a largo plazo.

Además, los recursos disponibles son inferiores a los presupuestados para 2010 y, por tanto, se han de realizar verdaderos ajustes y revisiones para adecuar el gasto en relación a la estabilidad presupuestaria. A los efectos de nuestro estudio, lo que nos interesa señalar es la delimitación del ámbito institucional, ya que por lo que respecta a las fundaciones, se especifica que únicamente se incluirán «las fundaciones con participación mayoritaria de la Generalitat» —que no Sector público—, concretando que «se considera que la participación de la Generalitat es mayoritaria cuando se dispone de la mayoría directa o indirecta de los derechos de voto en los órganos de gobierno o en el patronato. A este efecto no computan los derechos de voto de los miembros que designa el mismo órgano de gobierno o patronato»¹⁵. Nos encontramos ante otra peculiaridad más de lo que se considera «fundación del Sector público» según la normativa ante la que nos encontremos.

La redefinición del concepto de «participación mayoritaria» conlleva que fundaciones que bajo otras normativas se entienden participadas mayoritariamente por entidades del Sector público, en el sentido de las Órdenes no lo estén y, en consecuencia, quedan excluidas de los presupuestos. Por otra parte, se prescinde también de cualquier tipo de criterio patrimonial o de financiación.

Nótese, por lo que se refiere al ámbito subjetivo de las normas comentadas y, por tanto, a la consideración o no de una fundación como parte integrante del Sector público que, si se trata de una norma de fiscalización o control, automáticamente el ámbito se dilata, *a sensu contrario*, cuando la norma implica

¹⁴ Orden ECO/10/2011, de 2 de febrero, por la que se dictan las normas para elaborar los presupuestos de la Generalitat de Catalunya para el año 2011 (DOGC núm. 5811, de 4 de febrero de 2011) y Orden ECO/95/2011, de 25 de mayo, por la que se dictan las normas para elaborar los presupuestos de la Generalitat de Catalunya para el año 2012 (DOGC núm. 5891, de 1 de junio de 2011).

La elaboración de los presupuestos de la Generalitat de Catalunya para 2012, se inicia a causa de la prórroga presupuestaria adoptada como consecuencia de las recientes elecciones, cuando aún no se han aprobado los presupuestos para 2011.

¹⁵ Apartado h) del apartado primero del artículo 2 y segundo párrafo del apartado segundo del artículo 2 —respectivamente— de la Orden ECO/10/2011 y de la Orden ECO/95/2011.

un reconocimiento o un determinado beneficio como lo es formar parte de los presupuestos, muchas de las fundaciones del Sector público que son consideradas a todos los efectos de ese modo por la normativa general quedan excluidas.

No obstante la limitación que realizan las Órdenes ECO/10/2011 y ECO/95/2011, se ha de tener presente que los presupuestos han de incluir —por imperativo europeo— todas aquellas entidades que, a pesar de no estar participadas de ese modo de manera total o mayoritaria por la Generalitat, hayan sido clasificadas dentro del «Sector Administración Pública de la Generalitat» de acuerdo con la metodología del SEC ¹⁶, luego aquellas fundaciones en las que la Generalitat no posea una «participación mayoritaria» pero estén clasificadas en el Sistema referido habrán de constar obligatoriamente en los presupuestos.

Situados aquí, no podemos obviar el hecho de que el legislador sectorial está prescindiendo totalmente de la configuración del ámbito subjetivo y definición de los entes que lo integran, no solo de la LCSP sino, por lo que respecta a las fundaciones, también del propio Código Civil. En ocasiones, llega incluso a someter a fundaciones totalmente privadas a los mismos controles que las «públicas» y viceversa.

Este hecho puede ser criticable o no, dado que, como señala Arroyo Díez, no podemos olvidar que

«las fundaciones constituidas por la Administración son entidades de derecho privado sometidas a las reglas de derecho civil, y consiguientemente, no forman parte de las entidades institucionales de la Administración, ni son Administración Pública, y ello sin perjuicio de que para concretas normas administrativas (...) deban ser consideradas entes del Sector público. Ello no desnaturaliza su naturaleza jurídica privada. Esta premisa es fundamental, y no puede dar lugar a confusión, las fundaciones del Sector público son entidades de derecho privado y se rigen por el ordenamiento jurídico privado, a excepción de algunas normas administrativas, y no forman parte del concepto de Administración Pública, y por tanto no pueden ejercer potestades públicas, y sólo pueden realizar actividades relacionadas con las competencias de las entidades públicas fundadoras, coadyuvando a sus fines» ¹⁷.

¹⁶ El Manual del SEC 95' establece que para determinar si una determinada unidad ha de clasificarse o no en el sector de las Administraciones públicas se ha de verificar acumulativamente que se cumplan tres condiciones: (i) ser una unidad institucional, (ii) ser una unidad institucional pública y (iii) ser una unidad institucional pública no de mercado. *Vid.* Comisión Europea. Manual SEC 95' sobre el déficit público y la deuda pública. Luxemburgo: OPOCCEE, 2002, pp. 9 y ss.

¹⁷ A. ARROYO DIEZ, «La contratación de las fundaciones...», *ob. cit.*, p. 214.

Lo que no es de recibo, según nuestro parecer, es que se introduzcan disposiciones con una incidencia directa en materia de contratación pública implantando medidas partiendo de un concepto propio y diferente de lo que se entiende por Sector público que no hacen más que complicar un sistema de contratación *per se* nada sencillo y que acaban generando una inseguridad jurídica importante en lo que a nuestra disciplina se refiere.

Expuesto el panorama actual, todo parecería indicar que las Fundaciones del Sector público estarían en la cuerda floja, en el punto de mira del recorte presupuestario y de la fiscalización, pero lejos de ello, se ha de poner en evidencia que la realidad es otra. En efecto, a día de hoy disponemos ya del Proyecto de Ley de los presupuestos de la Generalitat para el año 2011, lo que nos permite poder efectuar un análisis comparativo de la situación de estas entidades en relación a otros períodos presupuestarios.

Pues bien, lo cierto es que se ha incrementado el porcentaje de presupuesto asignado que pasa del 1,1% al 1,2%. Este incremento es consecuencia de que paradójicamente —a diferencia de lo que sucede con el resto de entidades¹⁸— han aumentado el número de fundaciones integradas, suponiendo un porcentaje de variación con respecto al presupuesto anterior de un total del 8,8%. En la siguiente gráfica podemos observar la comparativa.

CUADRO 3.—*Presupuesto de la Generalitat para las fundaciones*

Entidad	2010				2011				2011/2010
	Presupuesto		Fundaciones incluidas		Presupuesto 2011		Fundaciones incluidas		% variación
Fundaciones	M€	%	SP	SEC	M€	%	SP	SEC	8,8
	648,1	1,1	36	2	705,3	1,2	46	2	

Fuente: Ley y Proyecto de Ley de los presupuestos para 2010 y 2011.

A la vista de la realidad empírica, parece ser que tendremos que esperar un año más para ver plasmadas las intenciones legislativas en hechos concretos, a

¹⁸ Se ha reducido considerablemente el presupuesto asignado a todos los subsectores del Sector Público de la Generalitat de Cataluña a excepción del destinado a los consorcios y a las fundaciones. El porcentaje de variación a la baja con respecto al año 2010 es el siguiente: Cat-Salut, ICS e ICASS -4,6%; Entidades autónomas administrativas -15,2%; Entidades comerciales y financieras -4,8%; Entidades de derecho público -18,0%; Sociedades mercantiles -22,5%.

no ser que la poca repercusión que ha tenido la crisis económica sobre las fundaciones del Sector público responda, más que a la celeridad en la elaboración de los presupuestos, una vez más a cuestiones políticas.

II. Otras medidas ante la crisis: más transparencia en todas las fundaciones

1. Inspección de fundaciones para el año 2011

Por lo que respecta a la inspección de las fundaciones en general, recordemos que el Proyecto de Ley sobre el Protectorado prevé, en relación al ejercicio de las funciones de supervisión, la materialización de un Plan de inspecciones mediante el que se tendrán que fijar los criterios que determinen el alcance de la intervención y, con carácter excepcional, se habilitará al Protectorado a solicitar que se realice una auditoría de cuentas aunque no concurren las circunstancias previstas en el Código Civil de Cataluña.

En la línea de los últimos años y, al no haberse aprobado aún el proyecto, el Gobierno de la Generalitat, mediante Resolución de 21 de enero de 2011¹⁹, tuvo que aprobar, por segunda vez, 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, en idénticos términos a la anterior, 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 inscritas²⁰.

¹⁹ Resolución JUS/208/2011, de 21 de enero, por la que se aprueban los criterios generales que deben regir el Plan de inspección de fundaciones para el año 2011 (DOGC núm. 5809, de 2 de febrero de 2011).

²⁰ 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, e incumplir las condiciones asociadas al otorgamiento de una ayuda o subvención.

2. *Modificación del Plan de contabilidad de las fundaciones y asociaciones sujetas a la legislación de la Generalitat de Cataluña* ²¹

La modificación del Plan de contabilidad de fundaciones y asociaciones de utilidad pública es otra de las medidas que se propusieron durante el año 2009, de cara a impulsar la transparencia.

La principal novedad es la ampliación del contenido de las memorias que anualmente se han de presentar ante el Protectorado y la obligación —para cualquier tipo de entidad subvencionadora— de explicitar en base a qué criterios selecciona a sus beneficiarios, así como el destino de las ayudas que se concedan a personas jurídicas o los convenios que celebre.

Esta modificación afecta a todo tipo de fundaciones, si bien es cierto que, en sede de derecho privado, podría ser cuestionable exigir que se den razones de determinadas actuaciones como la elección de sus actividades o el destino de sus recursos; no podemos perder de vista el contexto socio-político en el que se gestan todas estas previsiones; en efecto, si lo que se pretende es que estas entidades actúen realmente bajo parámetros de imparcialidad y no discriminación, la publicidad siempre es una buena aliada respetuosa con la autonomía de la voluntad.

En concreto, la nueva regulación afecta a la memoria normal, a la abreviada y a la simplificada. Por lo que ahora nos interesa, destacamos:

(i) Obligación de presentar una relación de todos los convenios que la fundación haya firmado con cualquier otra entidad. Piénsese que los convenios —muchas veces contratos en toda regla— establecen verdaderos derechos y obligaciones entre las partes y constituyen una buena fuente de información en relación a las actividades realizadas conjuntamente entre entidades con finalidades semejantes; por otra parte, en muchas ocasiones ha sido el vehículo jurídico escogido para materializar determinadas corruptelas.

(ii) Obligación de que en las Memorias se pongan de manifiesto los criterios en base a los cuales la fundación ha escogido a los destinatarios de su actividad.

(iii) Detalle de las ayudas de personas jurídicas así como la publicidad de estas y el destino final de los recursos.

²¹ Decreto 125/2010, de 14 de septiembre, de modificación del Plan de contabilidad de las fundaciones y asociaciones sujetas a la legislación de la Generalitat de Cataluña, aprobado por Decreto 259/2008, de 23 de diciembre (DOGC núm. 5716, de 16 de septiembre de 2010).

(iv) Identificación de las entidades públicas de las que se han recibido subvenciones, en aras a potenciar el control efectivo del destino de los recursos públicos, y —entre otras cuestiones—

(v) Todos aquellos bienes del inmovilizado que supongan variación del patrimonio, de cara a que cualquier interesado pueda distinguir sin dificultad los bienes afectados directamente a la finalidad de la fundación de aquellos otros destinados a la obtención de renta.

La Memoria amplía la información contenida en los otros documentos que componen las cuentas, por tanto, es un buen instrumento para poder conocer o evaluar la situación patrimonial y financiera; piénsese que las cuentas anuales de las fundaciones son públicas —*ex* art. 333.12 del Código Civil Catalán—. Por otra parte, estas nuevas obligaciones, además de ofrecer una visión más completa sobre su funcionamiento facilitan las funciones del Protectorado a la hora de garantizar el buen desarrollo del derecho de fundación.

Las fundaciones en Extremadura

Vicente Álvarez García

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Extremadura

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS COMPETENCIAS EN MATERIA DE FUNDACIONES EN EL NUEVO ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE EXTREMADURA.—III. EL PAPEL DE LAS FUNDACIONES EN LA VIGENTE NORMATIVA AUTONÓMICA EXTREMEÑA SOBRE CAJAS DE AHORROS: 1. *Planteamiento general: la reforma del sistema de Cajas de Ahorro propiciada por el Real Decreto-Ley 11/2010. El papel de las fundaciones en el nuevo modelo organizativo de las Cajas de Ahorro.* 2. *El desarrollo por la Comunidad Autónoma de Extremadura de la normativa básica estatal referida a las fundaciones contenida en el Real Decreto-Ley 11/2010.* 3. *La posibilidad de administración y de gestión de la obra social de las Cajas de Ahorro con domicilio social en la Comunidad extremeña a través de fundaciones.*

I. Introducción

En junio de 2011 la Comunidad Autónoma de Extremadura sigue sin haber aprobado una norma de cabecera que regule de manera integral el sistema de fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en nuestro ámbito autonómico.

Durante este último año, no obstante, se han adoptado dos normas que tienen una importancia relevante para las fundaciones de la Comunidad extremeña:

A) Una primera, debido a la naturaleza de la propia norma. Y es que el nuevo Estatuto de Autonomía de Extremadura —«norma institucional básica» de nuestra Comunidad Autónoma— ha sido aprobado por la Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero. Con la entrada en vigor de esta norma se ha producido una reordenación del conjunto del régimen competencial extremeño en los términos que veremos en unos instantes.

B) La segunda novedad legislativa en materia de fundaciones de «interés autonómico» ha venido propiciada por el desarrollo normativo por el Poder Legislativo extremeño de la legislación básica estatal sobre reordenación del sistema financiero español y, en particular, de una de sus piezas fundamentales: las Cajas de Ahorro. En este contexto, debe tenerse presente que la norma de

desarrollo de las bases estatales contenidas en el Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos de régimen jurídico de las Cajas de Ahorros, ha sido la Ley de la Asamblea de Extremadura 1/2011, de 31 de febrero, que modifica la Ley autonómica 8/1994, de 23 de diciembre, de Cajas de Ahorros de Extremadura. En unos momentos veremos también las novedades que sobre el régimen de fundaciones han sido introducidas por la referida Ley extremeña de 2011.

II. Las competencias en materia de fundaciones en el nuevo Estatuto de Autonomía de Extremadura

Las competencias sobre el título material fundaciones han sido configuradas por el artículo 9.1.45 del nuevo Estatuto extremeño de 2011 como exclusivas. Establece, en efecto, esta disposición (que no se limita, ciertamente, a las fundaciones, sino que se refiere a los otros grandes pilares integrantes del Tercer Sector autonómico) que:

«La Comunidad Autónoma de Extremadura tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...) 45. Asociaciones y fundaciones de todo tipo que desarrollen principalmente sus funciones en Extremadura. Fomento del voluntariado».

El alcance de las competencias exclusivas de la Comunidad extremeña viene determinado por el juego de dos tipos de reglas:

A) Uno primero, referido específicamente a las competencias exclusivas contempladas en el nuevo Estatuto, y que es el relativo a la determinación de las funciones que corresponden a la Comunidad Autónoma sobre las materias que el propio Estatuto fija de su competencia exclusiva. Este precepto es el artículo 9.2 de esta última norma, que establece que sobre este tipo de materias «corresponde a la Comunidad Autónoma la función legislativa, la potestad reglamentaria y, en ejercicio de la función ejecutiva, la adopción de cuantas medidas, decisiones y actos procedan».

B) Otro segundo, que ya no sólo se refiere a las competencias autonómicas de naturaleza exclusiva, sino que realmente se extiende a todas las categorías de competencias reguladas por el Estatuto extremeño (y, significativamente, a las «competencias de desarrollo normativo y ejecución» —art. 10—, y a las «competencias de ejecución» —art. 11—). Este segundo tipo de reglas generales para todo el sistema competencial pergeñado por el Estatuto extremeño se encuentra regulado en el artículo 8 de la nueva norma estatutaria, y merece la pena destacar dos de estas reglas genéricas:

a) El establecimiento de la «cláusula sin perjuicio» de manera general, para no tener que repetirla después en cada uno de los títulos competenciales que lo pudieren requerir de manera específica: la Comunidad Autónoma de Extremadura ejercerá sus competencias (todas sus competencias) «sin perjuicio de las que pudieran corresponder al Estado en virtud de títulos competenciales propios previstos en la Constitución» (art. 8.1). En todo caso, realmente la «cláusula sin perjuicio» es, en mi opinión, una mera cláusula de estilo: aunque no existiese esta cláusula (formulada de manera general como lo hace el nuevo Estatuto de Autonomía de Extremadura, o recogida para cada título competencial concreto como tradicionalmente había venido haciendo el anterior Estatuto extremeño de 1983) resulta indudable que nada impediría al Estado ejercer sus competencias *ex* artículo 149.1 CE cuando las mismas concudiesen con las autonómicas sobre el mismo espacio físico o el mismo ámbito material, estando atribuida en última instancia al Tribunal Constitucional la resolución de los eventuales conflictos de competencias que entre el Estado (con los títulos competenciales por Él invocados) y la correspondiente Comunidad Autónoma (con los títulos competenciales por Ella esgrimidos) se pudiesen plantear.

b) La habilitación a la Comunidad Autónoma para que, «en el ejercicio de todas sus competencias», pueda establecer «políticas propias» (art. 8.3). En todo caso, es cierto que el alcance de esta habilitación, que es ciertamente consustancial a un régimen de descentralización política —se diga o no en el Estatuto de Autonomía—, no puede ser el mismo en aquellos supuestos en los que la Comunidad Autónoma ejerce competencias exclusivas sobre una materia que cuando solo tiene atribuidas funciones de mera ejecución de una materia cuya regulación corresponde, en exclusiva, al Estado.

Sobre la nueva regulación del título competencial en materia de fundaciones puede realizarse la siguiente valoración general: con independencia de las diferencias estrictamente formales que —en el ámbito relativo a las fundaciones— existen entre el artículo 9.1.45 del nuevo Estatuto de Autonomía de 2011 y el título competencial al que sustituye (que estaba contenido en el art. 7.1.26 del Estatuto de Autonomía originario, aprobado por la Ley Orgánica 1/1983, de 25 de febrero, en la modificación operada en el mismo por la Ley Orgánica 12/1999, de 6 de mayo ¹), desde un punto de vista sustantivo no

¹ Este precepto se refería exclusivamente al ámbito material de las fundaciones, estableciendo la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma sobre «(F)undaciones que desarrollen principalmente sus funciones en la Comunidad Autónoma», y no como lo hace ahora el artículo 9.1.45 del nuevo Estatuto, que, además de referirse al ámbito material de las fundaciones, alude también a los de las asociaciones o del voluntariado.

se ha producido ninguna modificación en relación con las competencias que en materia de fundaciones han venido siendo atribuidas a la Comunidad extremeña desde la transferencia que sobre esta materia se efectuó por la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, a las Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 de la Constitución, luego incorporada al Estatuto extremeño por la Ley Orgánica 8/1994, de 24 de marzo. Y es que el artículo 2.f) de la referida Ley Orgánica 9/1992 dispuso la transferencia de la competencia exclusiva «a las Comunidades Autónomas de Asturias, Cantabria, La Rioja, Región de Murcia, Aragón, Castilla-La Mancha, Extremadura, Islas Baleares, Madrid y Castilla y León» en materia de «fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en la Comunidad Autónoma»².

III. El papel de las fundaciones en la vigente normativa autonómica extremeña sobre Cajas de Ahorro

1. *Planteamiento general: la reforma del sistema de Cajas de Ahorro propiciada por el Real Decreto-Ley 11/2010. El papel de las fundaciones en el nuevo modelo organizativo de las Cajas de Ahorro*

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, ha propiciado una ingente reestructuración de este tipo de entidades de crédito de amplísimo arraigo en nuestro país, y que han contribuido no solo al desarrollo económico, sino también al fomento del bienestar social de la población, a través de la llamada obra social³.

Esta reestructuración ha venido propiciada, según la Exposición de Motivos de la norma citada, por «la persistencia de la crisis financiera junto a la

² El artículo 7.1.26 del Estatuto de Autonomía de Extremadura de 1983 —en la redacción dada a dicho precepto por la meritada Ley Orgánica 8/1994— dispuso que: «Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en las siguientes materias: (...) 26. Fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en la Comunidad Autónoma».

³ Esta doble función es resaltada en el primer párrafo de la Exposición de Motivos del referido Real Decreto-Ley 11/2010, que indica que: «Las Cajas de Ahorro españolas cumplen con una función esencial dentro de nuestro sistema financiero y de nuestro entramado social. Desde un punto de vista económico han sido a lo largo de nuestra historia motor del crecimiento impulsando el fomento del ahorro, la movilización de recursos y la inclusión financiera del conjunto de los ciudadanos. Asimismo se han configurado como un elemento determinante en el acceso al crédito de familias y empresas. Por otra han actuado en beneficio del interés general a través del cumplimiento de su función social. La dedicación de sus excedentes a la dotación de bienes y servicios sociales en los territorios en los que actúan resulta un complemento indispensable dentro de nuestro Estado de bienestar».

consiguiente grave crisis económica», que han supuesto «para el sistema bancario español un entorno intensamente adverso que se ha traducido en menores niveles de actividad, recortes de márgenes, dificultades para obtener financiación en los mercados mayoristas y aumento de la morosidad, con especial incidencia en los préstamos concedidos a los sectores inmobiliario y construcción en los que el sistema bancario español tiene una exposición relevante».

Ante esta situación, la norma reseñada pretende la modificación del «modelo de Cajas para garantizar su permanencia y las considerables ventajas que aporta a nuestro sistema financiero. Se trata de introducir las modificaciones imprescindibles para fortalecer a las Cajas de Ahorro, al conjunto del sector financiero español y al conjunto de la economía productiva facilitando el flujo de crédito».

Con esta finalidad, y en definitiva la de fortalecer el sector financiero español, se han seguido, según la norma referida, dos líneas básicas de actuación: «la capitalización de las Cajas, facilitando su acceso a recursos de máxima categoría en iguales condiciones que otras entidades de crédito; y la profesionalización de sus órganos de gobierno».

En este contexto, el Real Decreto-Ley 11/2010 diseña en su Título IV (arts. 5 y 6) «un nuevo modelo organizativo de las Cajas de Ahorro basado en una doble alternativa: el ejercicio indirecto de la actividad financiera de la Caja a través de una entidad bancaria o la transformación de la misma en una fundación de carácter especial traspasando su negocio a otra entidad de crédito».

A) La primera de estas vías, prevista en el artículo 5 de dicha norma, regula, en efecto, el llamado «ejercicio indirecto de la actividad financiera de las Cajas de Ahorro», que conlleva, a su vez, dos posibles variantes:

a) Una primera que «implica que la Caja de Ahorro, manteniendo su naturaleza jurídica, desarrolla su actividad financiera a través de una entidad bancaria. Esta entidad, que podrá utilizar en su denominación expresiones que la identifiquen con la Caja de la que depende, habrá de estar controlada en al menos un 50% de los derechos de voto. De no ser así, la Caja se vería obligada a renunciar a su condición de entidad de crédito y transformarse en fundación de carácter especial».

b) Una segunda, según la cual se permitirá también el ejercicio de una actividad indirecta mediante un banco «a aquellas Cajas de Ahorro que, de forma concertada, ejerzan en exclusiva su actividad financiera a través de la entidad central de un SIP» (o Sistema Institucional de Protección).

B) La segunda de estas vías, regulada en el artículo 6 de la norma comentada, consiste en «la transformación de las Cajas de Ahorro en fundacio-

nes de carácter especial a través de la segregación de su actividad financiera y benéfico-social, traspasando la primera a otra entidad de crédito a cambio de acciones y manteniendo la segunda como actividad central de la propia fundación».

2. *El desarrollo por la Comunidad Autónoma de Extremadura de la normativa básica estatal referida a las fundaciones contenida en el Real Decreto-Ley 11/2010*

La Comunidad Autónoma de Extremadura tiene reconocidas en su nuevo Estatuto de Autonomía de 2011 competencias en materia de Cajas de Ahorro⁴. Así, su artículo 9.1.10 establece que: «La Comunidad Autónoma de Extremadura tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...) 10. Cajas de Ahorro e instituciones de crédito cooperativo, en el marco de la ordenación general de la economía y del crédito». No obstante, a pesar del tenor del apartado 1 del referido artículo 9, las competencias autonómicas sobre Cajas de Ahorro están lejos de ser exclusivas, porque la propia regla 10 del artículo 9.1 dispone expresamente que dichas competencias se ejercerán «en el marco de la ordenación general de la economía y del crédito», y, además, porque (y ya se precisó con anterioridad) el artículo 8.1 del nuevo Estatuto regula de manera general la cláusula «sin perjuicio» para disciplinar las relaciones entre las competencias estatales y autonómicas⁵. Esta no es, en todo caso, la úni-

⁴ El título competencial autonómico en materia de Cajas de Ahorro estaba también presente en el viejo Estatuto de 1983, que ya en su primera versión establecía que «en el marco de la legislación básica del Estado, y en los términos que la misma establezca corresponde a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y ejecución de: (...) 3. Ordenación de las instituciones de crédito cooperativo público territorial, Cajas de Ahorro y Rurales» (art. 8.3).

Con inmediata anterioridad a la aprobación del nuevo Estatuto de 2011, el artículo 7.1.36 del viejo Estatuto de 1983 —en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 12/1999, de 6 de mayo— establecía que: «Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en las siguientes materias: (...) 36. Cajas de ahorro e instituciones de crédito cooperativo público y territorial, en el marco de la ordenación general de la economía y de acuerdo con las disposiciones que en uso de sus facultades dicte el Estado».

A pesar de que se predicaba el carácter exclusivo de la competencia de la Comunidad Autónoma de Extremadura, la propia regla 36 del artículo 7.1 mostraba que estas competencias no son realmente exclusivas, pues se debían ejercer «sin perjuicio» de las competencias estatales en la materia (o, como dice el precepto citado, «en el marco de la ordenación general de la economía y de acuerdo con las disposiciones que en uso de sus facultades dicte el Estado»). Además, el apartado 2 del artículo 7 precisaba que el ejercicio del listado de competencias calificadas como exclusivas por su apartado 1 (entre ellas, en relación con la materia Cajas de Ahorro) debía efectuarse «respetando, en todo caso, lo dispuesto en los artículos 140 y 149.1 de la Constitución», en relación naturalmente con las competencias del Estado.

⁵ Recordemos que el artículo 8.1 del nuevo Estatuto de 2011 establece que: «La Comu-

ca referencia a las Cajas de Ahorro que existe en el nuevo Estatuto extremeño, pues, ciertamente, su artículo 76 (rubricado «Entidades financieras»⁶) prevé que: «La Comunidad Autónoma ejercerá sus competencias sobre Cajas de Ahorro y cooperativas de crédito con sede en Extremadura y, en su caso, sobre la actividad de estas y de las demás instituciones financieras en la región, con el fin de fortalecer el sistema financiero regional, velar por el cumplimiento de su función económica y social, estimular su participación en los objetivos económicos estratégicos de la región y asegurar la repercusión del ahorro de los extremeños en el desarrollo de Extremadura».

Pues bien, en desarrollo de la legislación básica del Estado fijada en el referido Real Decreto-Ley 11/2010, la Comunidad Autónoma de Extremadura ha dictado la Ley 1/2011, de 31 de enero, de modificación de la Ley 8/1994, de 23 de diciembre, de Cajas de Ahorros.

En la Exposición de Motivos de esta Ley autonómica de 2011 se indica expresamente, en lo que aquí interesa, que se transpone el nuevo modelo organizativo para las Cajas previsto en el Título IV del Real Decreto-Ley 11/2010. En este sentido, se afirma, literalmente, que: [...] se transpone el nuevo régimen de ejercicio indirecto de la actividad financiera de las Cajas de Ahorro que, en su caso, transformen la estructura de estas entidades en la doble vía de ejercicio indirecto de la actividad financiera de la Caja a través de una entidad bancaria o de transformación de la Caja en una fundación de carácter especial».

No obstante, el legislador extremeño, en la citada Exposición de Motivos, explica también que se establecen mecanismos de autorización y de supervisión por parte de la Comunidad Autónoma en aras a que las entidades que resulten del proceso de reestructuración emprendido continúen, «tras su consolidación», «fomentando el desarrollo económico, social y cultural en los ámbitos territoriales donde opere(n), con especial incidencia en nuestra Comunidad Autónoma de Extremadura».

Estas consideraciones encuentran su plasmación en el nuevo Título VI de la Ley de la Asamblea de Extremadura 8/1994, de 23 de diciembre, de Cajas de Ahorro de Extremadura, que ha sido introducido por el apartado 30 del ar-

nidad Autónoma de Extremadura asume competencias sobre las materias que se identifican en los siguientes artículos. Dichas competencias comprenderán las funciones que en cada caso procedan, *sin perjuicio* de las que pudieran corresponder al Estado en virtud de títulos competenciales propios previstos en la Constitución».

⁶ Este artículo 76 se enmarca dentro del Capítulo I (titulado «De la Economía de Extremadura») del Título VI (rubricado «De la Economía y de la Hacienda») del nuevo Estatuto de Extremadura de 2011.

título único de la Ley extremeña 1/2011, y que tiene como rúbrica: «Ejercicio indirecto de la actividad financiera y régimen de transformación». Este título consta de dos artículos que regulan, sucesivamente, el ejercicio indirecto de la actividad financiera de las Cajas de Ahorro (art. 85) y el régimen de transformación de las Cajas de Ahorro en fundaciones de carácter especial (art. 86).

A) En cuanto a la regulación del ejercicio indirecto de la actividad financiera, el citado artículo 85 de la Ley extremeña de Cajas de Ahorro sigue, como no podía ser de otra forma, el modelo establecido por la legislación básica estatal, a la que se añade el régimen autorizador que, para llevar a cabo esta nueva configuración del ejercicio indirecto de la actividad financiera por parte de las Cajas de Ahorro con domicilio social en Extremadura, corresponde a los órganos autonómicos competentes⁷. En este sentido, el precepto citado prevé que, con la correspondiente autorización del Consejo de Gobierno de la Junta (a propuesta del Consejero competente en materia de política financiera), las Cajas de Ahorro podrán desarrollar su objeto propio como entidad de crédito a través de una entidad bancaria a la que aportarán todo su negocio financiero (apartado 1), o bien, siguiendo una vía alternativa, las Cajas de Ahorro podrán, de forma concertada, ejercer en exclusiva su objeto como entidades de crédito a través de una entidad de crédito controlada conjuntamente por todas ellas —esto es, mediante la constitución de un Sistema Institucional de Protección (SIP)— (apartado 4).

En todo caso, y es aquí donde aparece la figura de la fundación en el referido artículo 85, existe un supuesto en el que el ejercicio indirecto de la actividad financiera por parte de una Caja de Ahorro deja de ser posible, debiendo procederse a la transformación de la misma en una fundación especial. Dispone, en este sentido, el apartado 3 de este artículo 85 que: «Si una Caja de Ahorros redujese su participación de modo que no alcance el 50 por ciento de los derechos de voto de la entidad de crédito a la que se refiere la presente disposición, deberá renunciar a la autorización para actuar como entidad de crédito y proceder a su transformación en fundación especial con arreglo a lo previsto en el artículo siguiente»⁸.

⁷ Así, por ejemplo, el apartado 5 del nuevo artículo 85 de la Ley extremeña de Cajas de Ahorro prevé que: «Corresponde al Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura, a propuesta del Consejero competente en materia de política financiera, autorizar a una Caja de Ahorro el ejercicio indirecto de su objeto propio como entidad de crédito mediante una entidad bancaria a la cual se aporta todo el negocio financiero».

⁸ Este artículo 85.3 de la Ley extremeña 8/1994 —en la redacción dada a dicho precepto por la Ley autonómica 1/2011— es reproducción casi literal del artículo 5.3 del Real Decreto-Ley 11/2010.

B) La transformación de las Cajas de Ahorro en fundaciones de carácter especial está regulada en el Derecho extremeño por el nuevo artículo 86 de la Ley extremeña 8/1994 —en la redacción dada a dicho precepto por la Ley autonómica 1/2011—. Este precepto constituye en su esencia una reproducción del artículo 6 del Real Decreto-Ley 11/2010, al que se le añade la regulación de las competencias de intervención y supervisión de las autoridades extremeñas para el caso de que se vaya a producir efectivamente la referida transformación.

Con estas premisas, podemos precisar que la regulación de las operaciones de transformación de las Cajas de Ahorro extremeñas en fundaciones queda fijada en los términos siguientes:

a) Los supuestos en los que procede la operación de transformación son tres: 1) Cuando una Caja de Ahorros redujese su participación de modo que no alcance el 50% de los derechos de voto de la entidad de crédito a la que se refiere el artículo 85 (esto es, de la entidad bancaria a la que se hubiere aportado todo su negocio financiero); 2) como consecuencia de la renuncia a la autorización para actuar como entidad de crédito y en los demás supuestos de revocación; 3) como consecuencia de la intervención de la entidad de crédito en los supuestos previstos en la ley (art. 86.1).

b) Las consecuencias jurídicas de la operación de transformación consisten básicamente en que las Cajas de Ahorro podrán acordar la segregación de sus actividades financieras y benéfico-sociales, traspasando todo el patrimonio afecto a su actividad financiera a otra entidad de crédito a cambio de acciones de esta última y transformándose en una fundación de carácter especial perdiendo su condición de entidad de crédito (art. 86.1).

c) La constitución de la fundación exigirá el respeto de la normativa establecida en nuestro ordenamiento jurídico para la creación de este tipo de entidades (art. 86.2).

d) El objeto de la nueva fundación se centrará esencialmente «en la atención y desarrollo de su obra benéfico social» (art. 86.1 *in fine*)⁹.

e) El otorgamiento de las autorizaciones a las operaciones de transformación y la supervisión de su correcta implementación son funciones que co-

⁹ Este artículo 86.1 *in fine* de la Ley extremeña 8/1994 —en la redacción dada a dicho precepto por la Ley autonómica 1/2011— establece literalmente que: «La fundación centrará su actividad en la atención y desarrollo de su obra benéfico social, para lo cual podrá llevar a cabo la gestión de su cartera de valores. La fundación deberá destinar a su finalidad benéfica social el producto de los fondos, participaciones e inversiones que integren su patrimonio. Auxiliarmente, podrá llevar a cabo la actividad de fomento de la educación financiera».

rresponden a las autoridades autonómicas. Así, está atribuida al Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura, a propuesta del Consejero competente en materia de política financiera, la autorización de las transformaciones de Cajas de Ahorro en fundaciones especiales (art. 86.3) ¹⁰, mientras que la referida competencia de supervisión corresponde a la Consejería competente en materia de política financiera (art. 86.5).

3. *La posibilidad de administración y de gestión de la obra social de las Cajas de Ahorro con domicilio social en la Comunidad extremeña a través de fundaciones*

Signo distintivo de las Cajas de Ahorro de toda España, sin que, por supuesto, constituya ninguna excepción Extremadura, ha sido el desarrollo de una importantísima labor benéfico-social en los distintos territorios que integran nuestro país, labor esta que ha acompañado siempre a sus actuaciones de naturaleza financiera, diferenciando en su esencia precisamente esa función benéfico-social a las Cajas de las restantes entidades de crédito existentes en España.

La regulación de esta obra social en la Comunidad Autónoma de Extremadura está contenida en la Ley autonómica de Cajas de Ahorro de 1994. Esta norma ha sido modificada por la Ley de la Asamblea 1/2011 para introducir dos tipos de novedades en relación con dicha cuestión: a) la creación de una Comisión de Obra Benéfico-Social, que tendrá por objeto precisamente garantizar el cumplimiento de la obra benéfico-social de la Caja de Ahorro (art. 68 bis) ¹¹, y b) la reestructuración del sistema de administración y gestión de la Obra Social de las Cajas de Ahorro con domicilio en la Comunidad Autónoma de Extremadura (art. 24) ¹².

En relación con esta última cuestión debe destacarse el papel que legalmente están llamadas a jugar las fundaciones de Cajas de Ahorro extremeñas.

¹⁰ Esta autorización podrá denegarse únicamente en los casos en los que no concurren los supuestos de hecho y condiciones previstos en el propio artículo 86 o en los supuestos en los que en ese proceso no se ofrezcan garantías suficientes para el adecuado ejercicio de la Obra Benéfico Social por la futura fundación de carácter especial (art. 86.3 *in fine*).

¹¹ Este artículo 68 bis de la Ley de la Asamblea de Extremadura 8/1994 ha sido introducido por el apartado 27 del artículo único de la Ley autonómica 1/2011. Este precepto constituye el desarrollo del artículo 27 ter (rubricado «Comisión de Obra Social») de la Ley 31/1985, de 2 de agosto, de Regulación de las Normas Básicas sobre Órganos Rectores de las Cajas de Ahorro —introducido en la misma por el apartado 22 del art. 3 del Real Decreto-Ley 11/2010—.

¹² Este artículo 24 está redactado conforme al apartado 2 del artículo único de la Ley autonómica 1/2011.

Y es que la administración y gestión de la obra social de estas entidades (que corresponde a su Consejo de Administración bajo las directrices de la Asamblea General) podrá realizarse bien directamente por los propios órganos y servicios de las Cajas o bien, parcial o totalmente, a través de fundaciones constituidas por las propias Cajas (art. 24.1)¹³.

En este contexto, el Consejo de Administración y, en su caso, la fundación que gestione la obra social, elaborará un Presupuesto anual de la Obra Social que someterá a la aprobación de la Asamblea General, rendirá cuentas de su ejecución, formulará el informe de la Obra Social y la liquidación del presupuesto del ejercicio anterior que deberá ser aprobado por la Asamblea General de la correspondiente Caja.

La intervención administrativa de la Junta de Extremadura, atribuida específicamente a la Consejería competente en materia de política financiera, consistirá en la autorización de la constitución de estas fundaciones y de sus estatutos, así como en la supervisión de sus actuaciones, debiendo autorizar, asimismo, los acuerdos de la Asamblea General relativos al presupuesto de la Obra Social a la liquidación de cada ejercicio, que incluirá el de las fundaciones si las hubiere (art. 24, apartados 1 y 3).

¹³ Dispone, en este sentido, el primer inciso del apartado 1 del artículo 24 de la Ley de Cajas de Ahorro de Extremadura —en la redacción dada al mismo por la Ley autonómica 1/2011— que: «La administración y gestión de la Obra Social de las Cajas de Ahorro con domicilio social en la Comunidad Autónoma de Extremadura que corresponde al Consejo de Administración bajo las directrices de la Asamblea General, podrá realizarse por los propios órganos o servicios de las Cajas o mediante fundaciones constituidas por las propias Cajas que gestionarán total o parcialmente el fondo destinado a su obra social».

Las fundaciones del sector público gallego

A. Javier Ferreira Fernández

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: 1. *Evolución histórico-normativa*: A) La Ley 10/1996, de 5 de noviembre, de actuación de entes y empresas participadas en las que tiene participación mayoritaria la Xunta de Galicia en materia de personal y contratación. B) La Ley 14/2004, de 29 de diciembre, de medidas tributarias y de régimen administrativo. C) La Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de Fundaciones de Interés Gallego: a) Concepto. b) Creación y extinción. c) Régimen jurídico. 2. *El sector fundacional en Galicia*: A) Catálogo de Entidades integrantes del Sector Público autonómico de 2009. B) Catálogo de Entidades integrantes del Sector Público autonómico de 2010.—II. LA REGULACIÓN DE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO EN LA LEY 16/2010: 1. *Concepto*. 2. *Creación y extinción*. 3. *Régimen jurídico*.—III. CONCLUSIONES.

I. Introducción

1. *Evolución histórico-normativa*

Hasta la aprobación de la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de Organización y Funcionamiento de la Administración General y del Sector Público Autonómico de Galicia (en adelante LOFAXGA), cuya Sección 3.^a está dedicada a las Fundaciones del Sector Público Autonómico, han sido varios los textos legales que han recogido y regulado dicha figura.

A) *La Ley 10/1996 de 5 de noviembre, de actuación de entes y empresas participadas en las que tiene participación mayoritaria la Xunta de Galicia en materia de personal y contratación*

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 abordó por vez primera la regulación sobre las Fundaciones del sector público.

En dicha norma se establecía la definición de lo que, a los efectos de la reglamentación contenida en la misma, había de entenderse por Fundación pública. Así, de conformidad con lo dispuesto en su artículo 1, la referida Ley era

de aplicación: a) a las Fundaciones constituidas, mayoritariamente o en su totalidad, por aportaciones de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia, por sus organismos autónomos o entidades de derecho público vinculadas o dependientes, y b) a aquellas Fundaciones cuyos ingresos proviniesen mayoritariamente de subvenciones con cargo a los presupuestos de la Comunidad Autónoma, siempre que, en este último caso, la Comunidad Autónoma formase parte de sus órganos de gobierno o dirección.

Las Fundaciones en que concurriesen los requisitos anteriormente señalados estaban sometidas a las prescripciones en materia de personal contenidas en el Capítulo II de dicha Ley; entre ellas las siguientes:

— La selección de personal había de efectuarse con respeto a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de la convocatoria (art. 2 de la Ley 10/1996).

— La convocatoria tenía que publicarse en el «Diario Oficial de Galicia» y, al menos, en un diario de difusión general con una antelación respecto a las pruebas de, como mínimo, un mes, y la selección del personal se efectuaría por una comisión designada al efecto (art. 4 de la Ley 10/1996).

— La celebración de contratos laborales de duración determinada debía ser autorizada por el órgano superior de dirección, sin que en ningún caso pudiese dar lugar a contratos indefinidos.

La convocatoria podía efectuarse mediante anuncio público, y la comisión de selección formulaba propuesta razonada, entre las personas que se presentasen en virtud de dicho anuncio o entre las incluidas en las listas del INEM o de otros servicios de colocación legalmente autorizados.

No obstante, se les permitía a las fundaciones acogerse a un sistema de listas previo por categorías. Dichas listas se confeccionarían, previo anuncio público, de conformidad con el baremo aprobado por la entidad respectiva (art. 7 de la Ley 10/1996).

— El personal de las fundaciones estaba sujeto al régimen de incompatibilidades que derivase de su condición, de acuerdo con el régimen general que les fuese de aplicación (art. 8 de la Ley 10/1996).

Las prescripciones relativas a la contratación de las Fundaciones se hallaban recogidas en el Capítulo III de la Ley 10/1996. De conformidad con dicho Capítulo, las fundaciones reguladas en la citada Ley:

— Debían ajustar su actuación en materia de contratación a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad que regían en la contratación de las

Administraciones Públicas, salvo que la naturaleza de la operación a realizar fuese incompatible con dichos principios (art. 9 de la Ley 10/1996).

— Los principios de publicidad y concurrencia se materializaban en la obligación de publicar anuncios en los medios de comunicación, así como en la concesión de un plazo mínimo de diez días para la presentación de solicitudes (art. 10 de la Ley 10/1996).

Por último, el Capítulo IV de la Ley 10/1996 se dedicaba a la fiscalización de las fundaciones del sector público, que, de conformidad con el artículo 11, estaban sujetas al control financiero de la Intervención General de la Comunidad Autónoma, que se ejercería mediante la realización de auditorías en cada ejercicio presupuestario, debiendo además, por exigencia del artículo 12, remitir sus cuentas al Consejo de Cuentas de Galicia, para la fiscalización de las mismas por dicho órgano.

B) *La Ley 14/2004, de 29 de diciembre, de medidas tributarias y de régimen administrativo*

A través de la Ley 14/2004, de 29 de diciembre, de medidas tributarias y de régimen administrativo, en concreto, en virtud de su artículo 14, se introdujo en el Texto Refundido de la Ley de Régimen Financiero y Presupuestario de Galicia, aprobado por el Decreto Legislativo 1/1999, de 7 de octubre, una nueva disposición adicional cuarta, con la que se complementaba la regulación prevista en la Ley 10/1996.

De conformidad con la referida disposición adicional, las entregas dinerarias sin contraprestación que realizasen las Fundaciones del sector público se regirían por el Derecho privado, si bien le serían aplicables los principios de gestión contenidos en dicha Ley y los de información a los que se hacía referencia en el artículo 20 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones. En todo caso, de acuerdo con este precepto, las aportaciones gratuitas de las Fundaciones del sector público deberían tener relación directa con el objeto de la actividad descrita en la norma de creación o en sus estatutos.

A efectos de la citada disposición adicional cuarta, se consideraban Fundaciones del sector público aquellas que se constituyesen con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de las Administraciones públicas, de sus organismos públicos o demás entidades del sector público, así como aquellas cuyo patrimonio fundacional estuviese formado en más de un 50% y con carácter permanente por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.

Por último, la disposición adicional cuarta de la Ley 14/2004, modificaba el artículo 9 de 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. Así, de conformidad con esta nueva redacción, a las fundaciones indicadas en el artículo 1.b) de dicha Ley les era de aplicación directa la legislación de contratos de las administraciones públicas en los mismos términos establecidos para las sociedades de derecho privado creadas para satisfacer necesidades de interés general.

Añadiendo a continuación que, cuando no les resultase de aplicación directa la legislación de contratos de las administraciones públicas, dichas fundaciones deberían ajustar su actividad contractual a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, salvo que la naturaleza de la operación a realizar fuese incompatible con esos principios.

C) *La Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de Fundaciones de Interés Gallego*

En línea con lo previsto en la Ley 10/1996, de 5 de noviembre, la Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de Fundaciones de Interés Gallego (en adelante LFIG), dedicaba su Capítulo X a la regulación de las Fundaciones integrantes del sector público de Galicia, integrando en su texto las diversas previsiones contenidas en los textos legales a que se ha hecho mención en el apartado anterior.

A lo largo de dicho capítulo, en concreto en los artículos 58 a 63, la LFIG definía el régimen aplicable a las fundaciones incluidas en el sector público gallego, estableciendo las limitaciones y los requisitos exigidos por la naturaleza especial de dichas entidades, teniendo especialmente en cuenta, como ya se indicaba en la Exposición de Motivos de dicha norma, la integración activa de la dimensión de la igualdad entre mujeres y hombres, con arreglo a lo establecido en la Ley 7/2004, de 16 de julio, Gallega para la Igualdad de Mujeres y Hombres.

a) *Concepto*

De igual modo que en la Ley 10/1996, de 5 de noviembre, el artículo 58 de la LFIG, consideraba fundaciones del sector público de Galicia aquellas fundaciones: a) constituidas mayoritariamente o en su totalidad por aportaciones de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia, sus organismos públicos y demás entidades o empresas del sector público autonómico, o b) aquellas cuyos ingresos proviniesen mayoritariamente de subvenciones con cargo a los presupuestos de la Comunidad Autónoma, siempre que en este

último caso la Comunidad Autónoma formase parte de sus órganos de gobierno o dirección. A estos efectos, y de conformidad con lo previsto en el artículo 77 del Decreto 14/2009, de 21 de enero, tenían la consideración de subvenciones únicamente las dotaciones presupuestarias que cubrían tanto los gastos corrientes como de inversión, tendentes a garantizar la autonomía financiera de las fundaciones.

b) Creación y extinción

El artículo 59 de la LFIG establecía que la creación y extinción de las fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma de Galicia, la adquisición y pérdida de la representación mayoritaria y la modificación de sus estatutos debían ser autorizadas por acuerdo del Consello de la Xunta.

En el expediente de autorización se incluiría una memoria que debía de ser informada por el departamento de la Xunta de Galicia que ejerciese las competencias correspondientes a los fines de la fundación, en la que se justificasen suficientemente las razones por las que se consideraba que existiría una mejor consecución de los fines de interés general perseguidos a través de una fundación que mediante el empleo de otras formas jurídicas previstas en la normativa vigente.

El citado precepto de la LFIG exigía igualmente la presentación de una memoria económica, que requería el informe del departamento de la Administración autonómica con competencias en materia de economía y hacienda, en la que se justificase la suficiencia de la dotación inicialmente prevista y, en su caso, los compromisos que garantizasen su continuidad. En este punto, la LFIG se complementaba con las previsiones contenidas en el Decreto 217/2008, de 25 de septiembre, por el que se regulaba el contenido mínimo de las propuestas de creación de nuevas entidades del sector público autonómico, el cual especificaba en su artículo 7 el contenido de la referida memoria económica. Así, y para los efectos de justificar la suficiencia de la dotación inicialmente prevista para comenzar la actividad de la fundación y los compromisos futuros que garantizasen su continuidad, la memoria debía comprender el primer programa de actuación, con los contenidos que se determinaban en el artículo 10, números 3, 4 y 5, y en los artículos 11, 12 y 13 de la misma norma (plan estratégico, plan económico-financiero y previsiones sobre los recursos humanos)¹.

¹ Artículo 10. *Memoria y plan inicial de actuación: concepto y contenido.*

«3. El plan inicial de actuación integrará, de forma conjunta y sistemática, los siguientes aspectos:

Plan estratégico.

El acuerdo del Consello de la Xunta por el que se autorizase la creación de fundaciones del sector público de Galicia, debía pronunciarse sobre los siguientes aspectos:

- Voluntad de constituir la fundación y denominación de esta.
- Personas o entidades cofundadoras, en su caso.
- Aportación de la Xunta de Galicia a la dotación fundacional inicial y, en el caso de ser esta dineraria, forma de desembolso.
- Aprobación de los estatutos de la fundación.

Plan económico-financiero.

Previsiones sobre recursos humanos.

4. El ámbito temporal del plan inicial de actuación será de cuatro años.

5. El plan inicial de actuación, que deberá ser informado por la consellería competente en materia de economía y hacienda, será formulado por la consellería, departamento u organismo a que se adscriba o que ejerza las competencias relacionados con su objeto o finalidad».

Artículo 11. *Estructura del plan estratégico.*

«El plan estratégico contendrá los siguientes puntos:

La descripción y enumeración expresa de las metas u objetivos estratégicos y de los previstos para el primer año de funcionamiento de la entidad.

Las estrategias para alcanzar las metas u objetivos de la entidad en su sector de actividad.

La identificación de aquellos factores externos o elementos del ámbito de actuación de la entidad que podrían condicionar significativamente su actividad y el logro de los objetivos, sintetizando las características actuales y evolución previsible de dicho ámbito.

Los indicadores de resultados, como expresión cuantificada de las metas u objetivos y de su grado de realización a fin de desarrollar una adecuada gestión por objetivos».

Artículo 12. *Estructura y contenido del plan económico-financiero.*

«El plan económico-financiero recogerá los recursos financieros precisos para el cumplimiento de los objetivos y estará formado por los siguientes puntos:

1. El patrimonio inicial con que se dota a la entidad, diferenciando el propio del adscrito o cedido.

2. La previsión de gastos de explotación e inversiones, junto con las variables empleadas para su estimación.

3. Un estudio desde la perspectiva económico-financiera sobre los recursos humanos a incorporar al organismo, en el que se determinará la previsión de las retribuciones correspondientes a las distintas clases de personal a que se refiere el artículo siguiente.

4. La descripción y análisis de las fuentes de financiación.

5. En caso de que las funciones y competencias de la nueva entidad fuesen desarrolladas anteriormente por otras entidades o por la propia Administración, en parte o en su totalidad, se deberán comparar los costes de las actividades correspondientes a la entidad o servicio suprimido con las correspondientes a las actividades equivalentes asumidas por el nuevo ente».

Artículo 13. *Previsiones sobre recursos humanos.*

«Con el mismo horizonte temporal previsto para el plan inicial de actuación se incorporará la previsión sobre los recursos humanos precisos para el cumplimiento de las metas u objetivos de la entidad, en cuanto al número de efectivos, categoría y tipo de relación de servicios, ya sea personal funcionario, personal laboral o ambos».

— Designación de la persona o personas que vayan a actuar en representación de la Xunta de Galicia en el patronato de la fundación.

— Designación de la persona que vaya a actuar en nombre y representación de la Xunta de Galicia para la realización de las actuaciones tendentes a la constitución de la fundación.

— Destino de los bienes y derechos resultantes de la liquidación de la fundación en el supuesto de extinción.

c) Régimen jurídico

Los artículos 60 y siguientes de la LFIG disciplinaban el régimen jurídico de las fundaciones del sector público de Galicia, estableciendo las siguientes reglas:

a) De conformidad con el artículo 60, las fundaciones del sector público gallego no podían ejercer potestades públicas. Además, únicamente podían realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades fundadoras, debiendo contribuir a la consecución de los fines de estas.

b) El protectorado sería ejercido, de acuerdo con el citado artículo 60, por el departamento de la Xunta de Galicia que ostentase las competencias correspondientes a los fines de la fundación.

c) Según el apartado 3 del artículo 60, las fundaciones del sector público gallego podían actuar como medio propio e instrumental de la Administración autonómica. Las fundaciones públicas cuya dotación fundacional fuera totalmente aportada por la Xunta de Galicia, o en las que esta tuviese un control análogo al ejercido sobre sus propios servicios o unidades, tenían la consideración de medio propio e instrumental a los efectos previstos en la normativa reguladora de la contratación del sector público. En estos casos, la Xunta de Galicia podía encomendarles la ejecución de obras, suministros o servicios públicos de su competencia, debiendo instrumentarse las encomiendas a través de encargos de realización obligatoria, cuya ejecución supervisaría el ente encomendante.

d) En materia de régimen presupuestario, de contabilidad y de auditoría de cuentas, el apartado 4 del artículo 60 preceptuaba que se regirían por lo establecido en el texto refundido de la Ley de régimen financiero y presupuestario de Galicia, aprobado por el Decreto Legislativo 1/1999, de 7 de octubre.

e) De acuerdo con el artículo 61 de la LFIG, en materia de contratación de obras, suministros, servicios o asistencia sería de aplicación lo dispuesto en la legislación sobre contratos de las Administraciones públicas. En con-

secuencia, tras su entrada en vigor, les eran de aplicación las previsiones de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

f) Respecto del régimen relativo a la contratación del personal a su servicio, la LFIG establecía en su artículo 61 que les eran de aplicación las disposiciones de la Ley de la Función Pública de Galicia (tras su entrada en vigor, Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de Galicia, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2008, de 13 de marzo) y las normas reglamentarias que la desarrollasen relativas a composición y funcionamiento de los tribunales o comisiones de selección, bases de las convocatorias y pruebas de selección. Este precepto establecía, además, el necesario respeto de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de la convocatoria. Para garantizar el cumplimiento de estas normas, el departamento de la Administración autonómica con competencias en materia de función pública debía informar previamente el contenido de las bases de la correspondiente convocatoria.

g) El control financiero, de acuerdo con el artículo 62, sería ejercido por la Intervención General de la Comunidad Autónoma, sin perjuicio de las competencias que correspondiesen al Consejo de Cuentas de Galicia.

h) Acogiendo la regulación contenida en la disposición adicional cuarta del Texto Refundido de la Ley de Régimen Financiero y Presupuestario de Galicia, aprobado por el Decreto Legislativo 1/1999, de 7 de octubre, el artículo 63 de la LFIG establecía la aplicación a las fundaciones integrantes del sector público autonómico de los principios y procedimientos previstos en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

2. *El sector fundacional en Galicia*

Una vez analizados los precedentes, procede abordar cuál es la situación actual del sector fundacional público y su régimen jurídico.

La Xunta de Galicia elabora cada año un inventario del sector público gallego, instrumento que resulta de notable utilidad para comprobar los cambios y la evolución sufrida en el sector fundacional en la Comunidad Autónoma Gallega. En concreto, utilizaremos los datos incorporados en los dos últimos Catálogos publicados.

A) *Catálogo de Entidades integrantes del Sector Público autonómico de 2009*

De acuerdo con el Catálogo de Entidades integrantes del Sector Público autonómico, actualizado a 31 de marzo de 2009, existían 126 entidades vincu-

ladas al Sector Público autonómico gallego. De entre ellas, 65 eran Fundaciones Públicas ².

Estos Entes representaban aproximadamente el 51% de los Entes instrumentales de la Comunidad Autónoma.

² En concreto: Fundación Semana Verde de Galicia; Instituto Galego de Cooperación Iberoamericana (IGACI); Fundación de Feiras e Exposicións de Ourense (EXPOURENSE); Fundación de Feiras e Exposicións de Lugo; Fundación de Exposicións e Congresos de A Estrada; Fundación Pública Centro de Transfusión de Galicia; Fundación para o Desenvolvemento da Comarca da Terra Chá; Fundación para o Desenvolvemento da Comarca da Ulloa; Fundación para o Desenvolvemento Comarcal de Ortegal; Fundación para o Desenvolvemento Comarcal da Comarca da Fonsagrada; Fundación para o Desenvolvemento Comarcal da Comarca do Ribeiro; Fundación Rof Codina; Fundación para o Desenvolvemento da Comarca do Deza; Fundación para o Desenvolvemento da Comarca da Terra de Lemos; Fundación para o Desenvolvemento da Comarca do Valdeorras; Fundación para o Desenvolvemento da Comarca do Baixo Miño; Fundación para o Desenvolvemento da Comarca do Carballiño; Fundación para o Desenvolvemento da Comarca dos Ancares; Fundación para o Desenvolvemento da Comarca de Arzúa; Fundación para o Desenvolvemento da Comarca de Melide; Fundación para o Desenvolvemento da Comarca de Ordes; Fundación para o Desenvolvemento da Comarca de Paradanta; Fundación para o Desenvolvemento da Comarca de Terra de Trives; Fundación Galicia-América; Fundación Feiras e Exposicións para o Desenvolvemento de Galicia (FEXDEGA); Fundación Fomento Calidade Industrial e o Desenvolvemento Tecnolóxico; Fundación Galega para o impulso da autonomía persoal e a atención ás persoas en situación de dependencia (FUNGA); Fundación Pública Escola Galega de Administración Sanitaria (FEGAS); Fundación Galicia Europa; Fundación Instituto Feiral de Vigo (IFEVI); Fundación Instituto Feiral de A Coruña (IFECO); Fundación para o Desenvolvemento da Comarca da Mariña Occidental; Fundación para o Desenvolvemento da Comarca de Noia; Fundación para o Desenvolvemento da Comarca de Muros; Fundación para o Desenvolvemento da Comarca da Terra de Caldelas; Fundación para o Desenvolvemento Comarcal da Comarca de Verín; Fundación Pública Urxencias Sanitarias-061; Fundación Cidade da Cultura; Fundación para o Desenvolvemento da Comarca de Chantada; Fundación Centro Tecnolóxico da Carne; Fundación para o Desenvolvemento da Comarca do Morrazo; Fundación para o Desenvolvemento da Comarca da Mariña Central; Fundación para o Desenvolvemento da Comarca de Betanzos; Fundación Galega para a Prevención de Riscos Laborais; Fundación Deporte Galego; Fundación Centro Tecnolóxico do Mar (CETMAR); Fundación para o Desenvolvemento da Comarca da Mariña Oriental; Fundación para o Desenvolvemento da Comarca do Eume; Fundación para o Desenvolvemento da Comarca de Santiago; Fundación Galicia Emigración; Fundación Galicia Saúde; Fundación Milenio; Fundación Centro Tecnolóxico de Supercomputación de Galicia; Fundación Centro Galego de Artesanía e Deseño; Fundación Axencia Humanitaria de Galicia; Fundación Centro Superior Cinexético e Piscícola de Galicia; Fundación Galega de Medicina Xenómica; Fundación Illa de San Simón; Fundación Galega de Formación para o Traballo; Fundación para o Desenvolvemento da Comarca de Celanova; Fundación para o Desenvolvemento da Comarca do Salnés; Fundación para o Desenvolvemento da Comarca de Tabeirós-Terra de Montes; Fundación para o Desenvolvemento da Comarca de Bergantiños; Fundación para o Desenvolvemento da Comarca de Caldas e Instituto Galego de Oftalmoloxía.

B) *Catálogo de Entidades integrantes del Sector Público autonómico de 2010*

De acuerdo con el último Catálogo de Entidades integrantes del Sector Público autonómico publicado y actualizado a 31 de marzo de 2010, se integran en el Sector Público Gallego un total de 59 fundaciones ³, aproximadamente el 47,2% de entes instrumentales.

³ Fundación Galicia Europa; Fundación Galicia-América; Fundación Cidade da Cultura; Fundación Deporte Galego; Fundación Illa de San Simón; Instituto Galego de Cooperación Iberoamericana; Fundación para o Desenvolvemento da Comarca de Celanova; Fundación para o Desenvolvemento da Comarca da Terra Chá; Fundación para o Desenvolvemento da Comarca da Ulloa; Fundación para o Desenvolvemento Comarcal da Comarca da Consagrada; Fundación para o Desenvolvemento Comarcal da Comarca de Verín; Fundación para o Desenvolvemento Comarcal da Comarca do Baixo Miño; Fundación para o Desenvolvemento Comarcal da Comarca do Ribeiro; Fundación para o Desenvolvemento da Comarca da Mariña Central; Fundación para o Desenvolvemento da Comarca da Mariña Occidental; Fundación para o Desenvolvemento da Comarca da Mariña Oriental; Fundación para o Desenvolvemento da Comarca da Terra de Caldelas; Fundación para o Desenvolvemento da Comarca da Terra de Lemos; Fundación para o Desenvolvemento da Comarca de Arzúa; Fundación para o Desenvolvemento da Comarca de Betanzos; Fundación para o Desenvolvemento da Comarca de Chantada; Fundación para o Desenvolvemento da Comarca de Melide; Fundación para o Desenvolvemento da Comarca de Muros; Fundación para o Desenvolvemento da Comarca de Noia; Fundación para o Desenvolvemento da Comarca de Ordes; Fundación para o Desenvolvemento da Comarca de Ortegá; Fundación para o Desenvolvemento da Comarca de Paradanta; Fundación para o Desenvolvemento da Comarca de Valdeorras; Fundación para o Desenvolvemento da Comarca do Carballiño; Fundación para o Desenvolvemento da Comarca do Deza; Fundación para o Desenvolvemento da Comarca do Eume; Fundación para o Desenvolvemento da Comarca do Morrazo; Fundación para o Desenvolvemento da Comarca dos Ancares; Fundación para o Desenvolvemento da Comarca do Salnés; Fundación para o Desenvolvemento da Comarca de Tabeirós-Terra de Montes; Fundación para o Desenvolvemento da Comarca de Bergantiños; Fundación para o Desenvolvemento da Comarca de Terra de Trives; Fundación para o Desenvolvemento da Comarca de Caldas; Fundación para o Desenvolvemento da Comarca de Santiago; Fundación Centro Tecnolóxico da Carne; Fundación de Feiras e Exposicións de Ourense; Fundación Feiras e Exposicións de Lugo; Fundación Feiras e Exposicións para o Desenvolvemento de Galicia; Fundación de Exposicións e Congresos de A Estrada; Fundación Fomento Calidade Industrial e o Desenvolvemento Tecnolóxico; Fundación Instituto Feiral de Vigo; Fundación Instituto Feiral de A Coruña; Fundación Centro Tecnolóxico de Supercomputación de Galicia; Fundación Centro Galego de Artesanía e Deseño; Fundación Centro Superior Cinexético e Piscícola de Galicia; Fundación Centro Tecnolóxico do Mar; Fundación Semana Verde de Galicia; Fundación R. of Codina; Fundación Galicia Emigración; Fundación Axencia Humanitaria de Galicia; Fundación Galega para o impulso da autonomía persoal e a atención as persoas en situación de dependencia; Fundación Pública Centro de Transfusión de Galicia; Instituto Galego de Oftalmoloxía; Fundación Pública Escola Galega de Administración Sanitaria (está prevista su integración en la Escola Galega de Administración Sanitaria, de acuerdo con la Ley 8/2008, de 10 de julio, de Salud de Galicia, la cual, por cierto, en su artículo 127, no precisa la naturaleza de este Ente); Fundación Pública Urxencia Sanitaria-061; Fundación Galicia Saúde; Fundación Galega de Medicina Xenómica; Fundación Galega para a Prevención de Riscos Laborais; Fundación Milenio; Fundación Galega de Formación para o Traballo.

Sin embargo, el listado anterior se verá notablemente reducido debido a la entrada en vigor de la Ley 12/2008, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley 7/1996, de 10 de julio de 1996, de desarrollo comarcal, y la Ley 5/2000, de 28 de diciembre de 2000, de medidas fiscales y de régimen presupuestario y administrativo, y que viene a racionalizar los instrumentos de gestión comarcal y de desarrollo rural. En concreto, en el apartado primero de su disposición derogatoria única establece la derogación de los artículos 24 (Las unidades técnicas comarcales), 25 (Las fundaciones para el desarrollo de las comarcas) y 26 (La Sociedad para el Desarrollo Comarcal de Galicia) de la Ley 7/1996, de 10 de julio, de Desarrollo Comarcal de Galicia.

Con posterioridad, la Ley 15/2010, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas, acomete una reorganización de los instrumentos de gestión de la Xunta de Galicia en el terreno del desarrollo rural. En concreto, en el apartado tercero de su artículo 16 se autoriza al Consejo de la Xunta, de conformidad con lo previsto en el artículo 59 de la LFIG, a extinguir las fundaciones para el desarrollo de las comarcas por imposibilidad de realizar el fin fundacional.

El acuerdo del Consejo de la Xunta por el que se autorice la extinción determinará la apertura del procedimiento de liquidación, conforme a lo previsto en el artículo 46 de la LFIG.

Terminadas las operaciones de liquidación y previamente a la inscripción en el Registro de Fundaciones de Interés Gallego, el protectorado ratificará el acuerdo de extinción de dichas fundaciones.

A los bienes y derechos resultantes de la liquidación de estas fundaciones de desarrollo comarcal se les dará el destino previsto por el fundador o decidido por el patronato, cuando tenga reconocida esta facultad, en las respectivas cartas fundacionales, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 45 de la LFIG.

El personal que prestase sus servicios en las fundaciones para el desarrollo de las comarcas bajo una modalidad de contrato laboral indefinido y fuese seleccionado bajo los principios de publicidad, mérito y capacidad, de conformidad con lo previsto 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, o, en su caso, de acuerdo con la normativa vigente en el momento de su incorporación, tendrá la opción de integrarse y pasar a prestar servicios, bajo la misma modalidad contractual y en la misma categoría profesional, en cualquiera de los órganos o entidades públicas adscritos o con participación mayo-

ritaria de la consejería competente en materia de medio rural, según lo previsto en el artículo 16.Siete de la Ley 15/2010 ⁴.

El ejercicio de la opción por la integración del personal de las fundaciones llevará consigo la aceptación de las condiciones laborales y retributivas vigentes para cada categoría en el organismo, sociedad o ente al que finalmente quede adscrito, sin vinculación alguna a las condiciones que con anterioridad hubiese tenido en la fundación que se extinga.

La Agencia Gallega de Desarrollo Rural se subrogará en la planificación, elaboración y ejecución de los programas en vigor a los que estén obligadas las fundaciones de desarrollo comarcal extinguidas.

Nos hallamos, por tanto, a día de hoy, en una situación de profundo cambio y reorganización del sector público fundacional gallego que tiende a la desaparición de un buen número de las fundaciones existentes —tégase en cuenta que más de la mitad de las fundaciones públicas incluidas en el último Catálogo fueron constituidas para el desarrollo de las comarcas— ante la imposibilidad de alcanzar el fin para el que fueron creadas y por otro lado, debido al progresivo proceso de publicación de su régimen jurídico que ha dado al traste con uno de los fines para los que fueron creadas, la huida del Derecho Administrativo, por lo que en muchos casos se ha optado por simplificar la organización de estos entes (con formas jurídico-públicas más sencillas) y por la adopción de formas jurídico-privadas menos publicadas (sociedades).

II. La regulación de las fundaciones del Sector Público en la Ley 16/2010

La Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de Organización y Funcionamiento de la Administración General y del Sector Público Autonómico de Galicia (en adelante LOFAXGA), dedica la Sección 3.^a a las Fundaciones del sector público autonómico.

⁴ El artículo 16.Siete de la Ley 15/2010 tiene el siguiente contenido: «La aplicación del convenio colectivo de la Xunta de Galicia al personal al que se refieren los apartados Uno a Tres de este artículo podrá regularse mediante acuerdo del Consejo de la Xunta.

La integración en la Administración general de la Xunta de Galicia del personal al que se refieren los apartados Uno a Tres de este artículo podrá regularse mediante decreto de la Xunta de Galicia.

El personal laboral temporal de las entidades a que se refieren los apartados Uno a Tres del presente artículo no verá modificada la naturaleza de su relación contractual, y será por decreto del Consejo de la Xunta como se podrá determinar su nueva vinculación, en su caso».

1. *Concepto*

El artículo 113 de la LOFAXGA define las Fundaciones del sector público autonómico como aquellas Fundaciones en que concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) que se constituyan, directa o indirectamente, con una aportación mayoritaria o exclusiva de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia y/o de las entidades integrantes del sector público autonómico; b) que su patrimonio fundacional, con carácter de permanencia, esté formado en más de un 50% por bienes y derechos aportados o cedidos por las referidas entidades; c) que sus ingresos provengan mayoritariamente de los presupuestos de la Comunidad Autónoma siempre que, en este caso, se posea la mayoría o se ejerza control análogo sobre sus órganos de gobierno y dirección ⁵.

La financiación que las Fundaciones reciban de la Administración de la Comunidad Autónoma o de las entidades integrantes del sector público, ya sea mediante concierto, convenio o contraprestación por prestación de servicios en general, así como mediante concesión de subvenciones, no determina por esta única circunstancia el carácter de Fundación del sector público, sin perjuicio de su condición de poder adjudicador a efectos del régimen jurídico contractual.

En la constitución, así como en la adquisición del carácter de Fundación del sector público autonómico de una Fundación preexistente, será necesario que la designación de la mayoría de los miembros del Patronato corresponda a la Administración pública autonómica.

2. *Creación y extinción*

El artículo 114 de la LOFAXGA exige que sean autorizados por acuerdo del Consejo de la Xunta los siguientes actos relativos a las Fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma de Galicia: a) la constitución; b) la transformación; c) la modificación de estatutos; d) la fusión; e) la extinción, y f) los actos que impliquen la pérdida de su carácter de Fundación del sector

⁵ De conformidad con el artículo 58 de la LFIG, se consideraban Fundaciones del sector público de Galicia aquellas Fundaciones: a) constituidas mayoritariamente o en su totalidad por aportaciones de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia, sus organismos públicos y demás entidades o empresas del sector público autonómico; o b) aquellas cuyos ingresos provenían mayoritariamente de subvenciones con cargo a los presupuestos de la Comunidad Autónoma, siempre que en este último caso la Comunidad Autónoma formase parte de sus órganos de gobierno o dirección.

público autonómico, o la adquisición de tal carácter por una Fundación preexistente ⁶.

Dicho acuerdo determinará el contenido de los estatutos y designará a la persona o personas que deban actuar en el acto de constitución, así como los miembros que, en representación de la Xunta de Galicia, formen parte del Patronato ⁷.

En el expediente de autorización se deberá incluir una memoria en la cual se justifique suficientemente por qué se considera que existirá una mejor consecución de los fines de interés general perseguidos a través de una Fundación que mediante otras formas jurídicas previstas en la normativa vigente. Dicha memoria será sometida a informe del departamento de la Xunta de Galicia que ejerza las competencias correspondientes a los fines de la Fundación.

Asimismo, deberá presentarse una memoria económica, que requerirá el informe de la consellería competente en materia de hacienda, en la cual se precisarán los extremos previstos en el artículo 54.2 de la LOFAXGA, es decir: a) el objetivo y fines que se persiguen con la creación de la entidad propuesta; b) el tipo de entidad y su justificación; c) las consecuencias organizativas de la creación de la entidad propuesta y, en particular, su incidencia sobre las funciones y competencias de otros órganos o entidades preexistentes, y d) los recursos que garanticen la viabilidad económico-financiera de la entidad propuesta, previo informe favorable de la consellería competente en materia de hacienda ⁸.

⁶ El artículo 59 de la LFIG únicamente exigía que fuesen autorizadas por acuerdo del Consello de la Xunta: la creación y extinción de las Fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma de Galicia, la adquisición y pérdida de la representación mayoritaria y la modificación de sus estatutos.

⁷ La LFIG exigía que el acuerdo del Consello de la Xunta por el que se autorizaba la creación de Fundaciones del sector público de Galicia, se pronunciase sobre los siguientes aspectos:

- Voluntad de constituir la Fundación y denominación de esta.
- Personas o entidades cofundadoras, en su caso.
- Aportación de la Xunta de Galicia a la dotación fundacional inicial y, en el caso de ser esta dineraria, forma de desembolso.
- Aprobación de los estatutos de la Fundación.
- Designación de la persona o personas que actuarán en representación de la Xunta de Galicia en el Patronato de la Fundación.
- Designación de la persona que actuará en nombre y representación de la Xunta de Galicia para la realización de las actuaciones tendentes a la constitución de la Fundación.
- Destino de los bienes y derechos resultantes de la liquidación de la Fundación en el supuesto de extinción.

⁸ En este punto, la LFIG se complementaba con las previsiones contenidas en el Decreto 217/2008, de 25 de septiembre, por el que se regulaba el contenido mínimo de las propuestas

Se acompañará también la propuesta de creación de un plan plurianual de actuación con el contenido establecido en el artículo 54.6 de la LOFAXGA: a) un plan estratégico para su puesta en funcionamiento y el inicio efectivo de la realización de las actividades que tenga encomendadas; b) un plan económico-financiero con la previsión de los recursos materiales y presupuestarios precisos para su puesta en funcionamiento, previo informe favorable de la consejería competente en materia de hacienda, y c) la previsión de los recursos humanos necesarios.

La creación de las Fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma de Galicia también estará sometida al control del Parlamento, en los términos establecidos en su reglamento, dentro del control de la acción de la Xunta de Galicia.

3. Régimen jurídico

El artículo 115 de la LOFAXGA establece que las Fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma no podrán ejercer potestades públicas, añadiendo que únicamente podrán realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades fundadoras, debiendo contribuir a la consecución de sus fines, sin que ello suponga la asunción de la titularidad de sus competencias, salvo previsión legal expresa ⁹.

El Protectorado de estas Fundaciones será ejercido por el departamento de la Xunta de Galicia que ejerza las competencias correspondientes a los fines de la Fundación.

de creación de nuevas entidades del sector público autonómico, el cual especificaba en su artículo 7 el contenido de la referida memoria económica. Así, y para los efectos de justificar la suficiencia de la dotación inicialmente prevista para comenzar la actividad de la Fundación y los compromisos futuros que garantizasen su continuidad, la memoria debería comprender el primer programa de actuación, con los contenidos que se determinaban en el artículo 10, números 3, 4 y 5, y en los artículos 11, 12 y 13 de la misma norma (plan estratégico, plan económico-financiero y previsiones sobre los recursos humanos).

⁹ Según el apartado 3 del artículo 60 de la LFIG, las Fundaciones del sector público gallego podían actuar como medio propio e instrumental de la Administración autonómica. Las Fundaciones públicas cuya dotación fundacional fuera totalmente aportada por la Xunta de Galicia, o en las que esta tuviese un control análogo al ejercido sobre sus propios servicios o unidades, tenían la consideración de medio propio e instrumental a los efectos previstos en la normativa reguladora de la contratación del sector público. En estos casos, la Xunta de Galicia podía encomendarles la ejecución de obras, suministros o servicios públicos de su competencia, debiendo instrumentarse las encomiendas a través de encargos de realización obligatoria, cuya ejecución supervisaría el ente encomendante.

A la contratación de personal laboral fijo al servicio de las Fundaciones del sector público le serán de aplicación las disposiciones de la legislación gallega sobre empleo público y las normas reglamentarias que la desarrollen, relativas a: a) composición y funcionamiento de los tribunales o comisiones de selección; b) bases de las convocatorias, y c) pruebas de selección (art. 116 de la LOFAXGA) ¹⁰.

En el resto de su actividad contractual estas Fundaciones actuarán de acuerdo con los principios y disposiciones aplicables de la legislación estatal y autonómica en materia de contratos del sector público (art. 117 de la LOFAXGA).

El régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad y de control aplicable de las Fundaciones del sector público de Galicia, de conformidad con el artículo 118 de la LOFAXGA, es el establecido en la legislación de régimen financiero y presupuestario de la Comunidad Autónoma de Galicia, debiendo en su caso someter sus cuentas a auditoría, siendo necesaria en este último caso, por exigencia del artículo 119, la constitución de una comisión de auditoría y control, dependiente del Patronato, con la composición y funciones que se determinen en los estatutos de cada Fundación ¹¹.

Por último, el artículo 120 de la LOFAXGA indica que les serán de aplicación a este tipo de Fundaciones los principios previstos en la legislación general sobre subvenciones.

III. Conclusiones

Como hemos visto, la LOFAXGA establece que son «fundaciones del sector público autonómico» aquellas fundaciones en que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que se constituyan, directa o indirectamente, con una aportación mayoritaria o exclusiva de la Administración General de la Comunidad Au-

¹⁰ Respecto del régimen relativo a la contratación del personal a su servicio, la LFIG establecía en su artículo 61 que resultaban de aplicación las disposiciones de la Ley de la función pública de Galicia y las normas reglamentarias que la desarrollasen relativas a composición y funcionamiento de los tribunales o comisiones de selección, bases de las convocatorias y pruebas de selección. Este precepto establecía, además, el necesario respeto de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de la convocatoria. Para garantizar el cumplimiento de estas normas, el departamento de la Administración autonómica con competencias en materia de función pública debía informar previamente el contenido de las bases de la correspondiente convocatoria.

¹¹ El control financiero, de acuerdo con el artículo 62 de la LFIG, era ejercido por la Intervención General de la Comunidad Autónoma, sin perjuicio de las competencias correspondientes al Consejo de Cuentas de Galicia.

tónoma de Galicia y/o de las entidades integrantes del sector público autonómico.

b) Que su patrimonio fundacional, con carácter de permanencia, esté formado en más de un 50% por bienes y derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.

c) Que sus ingresos provengan mayoritariamente de los presupuestos de la Comunidad Autónoma siempre que, en este caso, se posea la mayoría o se ejerza un control análogo sobre sus órganos de gobierno y dirección.

Estas fundaciones se someten a un régimen exorbitante respecto del previsto para las fundaciones privadas. Un régimen caracterizado por el control y tutela pública de los procesos de constitución, transformación, modificación de sus estatutos, fusión y extinción. Actos todos ellos que deben ser autorizados por el Consello de la Xunta siguiendo además un procedimiento específico distinto del general. Y un régimen de funcionamiento en lo que respecta a la selección de su personal, a la contratación y al régimen presupuestario similar al de un organismo dependiente de la Xunta.

Se trata, como apuntamos, de entes que poco o nada tienen que ver con las fundaciones privadas y a los que la aplicación de las normas generales sobre fundaciones resulta completamente inadecuado, incluso en lo relativo al mecenazgo, en la medida en que las aportaciones a una administración pública reciben un tratamiento fiscal similar a las aportaciones a una fundación, por lo que la adopción de la forma fundacional poco o nada añade.

Sería necesario pues revisar la cualificación de estos entes como fundaciones. Asimismo, sería necesario concretar qué fundaciones privadas podrían ser cualificadas como «fundaciones del sector público local» o de otros sectores públicos (el universitario, por ejemplo), pues como se acaba de decir, la LOFAXGA solo se limita a cualificar las fundaciones del sector público autonómico. Es una cuestión de cierta relevancia si tenemos en cuenta el número considerable de fundaciones con una presencia mayoritaria de representantes de administraciones locales y de otras instituciones públicas y con una financiación mayoritariamente pública que, al no merecer el calificativo de fundación del sector público autonómico, se someten al régimen ordinario de las fundaciones, aun cuando son verdaderos organismos administrativos.

Otro orden de problemas es el que se presenta en relación con las fundaciones financiadas mayoritariamente con fondos públicos, que el ordenamiento jurídico no integra en el «sector público», pero que, en cuanto reciben dicha financiación, deben someter en parte su actuación a un régimen público.

Esencialmente se trata de fundaciones privadas que, en la medida en que reciben fondos públicos, por disposición de la Ley de Contratos del Sector Público y de la LOFAXGA se ven obligadas a actuar de conformidad con determinadas previsiones de las mismas.

De acuerdo con el informe de algunos órganos administrativos, para que una fundación privada tenga que someter su régimen de contratación a la LCSP debe cumplir los siguientes requisitos:

- a) Más de la mitad de su financiación tiene que tener naturaleza pública.
- b) Únicamente cabrá calificar de financiación pública aquellas prestaciones que financien o apoyen las actividades de la entidad de que se trate mediante una ayuda económica abonada sin contraprestación específica.
- c) La cualificación debe efectuarse sobre una base anual y un período más generalizado para calcular el modo de financiación es el ejercicio presupuestario en el que se inicia el procedimiento de adjudicación de un concreto contrato, tomando como base las cifras disponibles al inicio del ejercicio presupuestario (plan de actuación), aunque tengan el carácter de previsiones.

Evidentemente, los criterios expuestos no son muy claros ni garantizan adecuadamente los principios que pretenden proteger. Por eso se presenta como una necesidad la definición clara y precisa, estableciendo criterios ciertos y seguros, de qué fundaciones privadas tienen que cumplir normas públicas, por ejemplo en materia de contratación, y en qué casos tienen que hacerlo. Máxime, cuando la mayor parte de las fundaciones no presentan su plan de actuación, por lo que resulta materialmente imposible fiscalizar dicha naturaleza.

De igual modo, el establecimiento de un límite porcentual a las aportaciones subvencionales de las Administraciones Públicas a las fundaciones del sector privado, en el sentido de que ninguna fundación pudiera obtener en un ejercicio económico subvenciones concedidas por entes del sector público que superen el 50% de los presupuestos previstos, evitaría la publicación del régimen jurídico de las mismas y evitaría la distorsión del régimen de competencia que también debe garantizarse en este ámbito.

Por último, cabría valorar si el hecho de obtener puntualmente en un solo ejercicio ingresos provenientes de una administración superiores al 50% de los recursos de una fundación justifica la publicación total de su régimen de contratación, o si sería más adecuado garantizar la publicación solo de los gastos derivados de los ingresos públicos, manteniendo el régimen ordinario para los demás.

Las fundaciones en las Illes Balears ¹

Avelino Blasco Esteve

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de las Illes Balears

Joana M.^a Socías Camacho

Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de las Illes Balears

SUMARIO: I. LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PRIVADO.—II. LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO AUTONÓMICO: 1. *Consideraciones generales en torno a las personificaciones instrumentales.* 2. *Regulación autonómica de las fundaciones del sector público:* A) Evolución y situación actual. B) Régimen jurídico. C) Fundaciones sanitarias. 3. *Fundaciones del sector público autonómico existentes en la Comunidad Autónoma.*

I. Las fundaciones del sector privado ²

Por lo que se refiere a las fundaciones privadas, la actividad de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears ha sido escasa en 2009 y 2010:

a) En cuanto a la *actividad normativa*, en estos dos años sólo se ha dictado el Decreto 15/2010, de 7 de mayo, del Presidente de las Illes Balears, por el que se confiere a determinadas consejerías autonómicas el ejercicio del protectorado sobre las fundaciones en el ámbito de esta Comunidad Autónoma. Este Decreto sustituye al Decreto 10/2008, de 6 de marzo, que realizaba la misma función, y efectúa una mera relación de las consejerías autonómicas que tienen atribuciones de protectorado sobre las fundaciones privadas, aunque sin enumerar qué fundaciones o qué bloques de fundaciones le corresponden en concreto a cada consejería: así, el inicio del artículo único del Decreto establece que «se atribuye el ejercicio del protectorado, *en la medida que tengan atribuciones vinculadas con las finalidades fundacionales*, a los titulares de las consejerías siguientes: ...». El Decreto contrasta así con normas precedentes, que al menos relacionaban cada consejería con las fundaciones de un determinado bloque material: por poner un solo ejemplo, el Decreto 61/2007, de 18

¹ La presente reseña se refiere a los años 2009 y 2010, dado que en el Informe de 2009 no apareció la reseña de las Illes Balears.

² Este epígrafe ha sido elaborado por Avelino BLASCO ESTEVE.

de mayo, atribuía a la Consejería de Educación y Cultura el protectorado sobre las fundaciones «de carácter cultural, educativo, docente, científico y de investigación en general». Pues bien, en el Decreto 15/2010 que ahora comentamos, sólo viene la lista de las consejerías que ejercen protectorado sobre fundaciones privadas pero sin relacionarlas con las fundaciones concretas o, al menos, con los bloques de fundaciones sobre las que ejercen el protectorado, lo cual es sin duda una técnica normativa más deficiente.

b) En cuanto a la *actividad de creación de nuevas fundaciones*, en 2009 se han creado en esta Comunidad 13 fundaciones privadas y 5 más en 2010. Agrupando por materias unas y otras, el esquema final resultante de los dos años sería el siguiente:

- tres fundaciones sobre Medio Ambiente y Ecología;
- ocho fundaciones en el ámbito de la Cultura;
- cuatro fundaciones relacionadas con la Protección Social
- una fundación parroquial;
- una fundación relacionada con el Turismo;
- una fundación relacionada con la Salud.

II. Las fundaciones del sector público autonómico ³

A diferencia de lo ocurrido con las fundaciones privadas, la actividad relacionada con las fundaciones del sector público autonómico ha sido muy importante en estos dos últimos años, como vamos a ver a continuación.

1. *Consideraciones generales en torno a las personificaciones instrumentales*

A) La administración instrumental está formada por el conjunto de organizaciones personificadas creadas por entes territoriales (Estado, comunidades autónomas y entes locales) con el fin de realizar funciones o prestar servicios que son propios de estos entes territoriales, en un régimen de mayor autonomía funcional. La creación de entidades con finalidades específicas se basa en el principio de especialidad de la competencia y pretende impulsar la autonomía en la gestión, es decir, conseguir una gestión más eficaz de los servicios y de las funciones públicas. Esta fórmula de descentralización funcional permite de este modo crear organizaciones personificadas de distinta naturale-

³ Este epígrafe ha sido elaborado por Joana M. SOCÍAS CAMACHO.

za, es decir, organizaciones dotadas de personalidad jurídica propia y, por lo tanto, formalmente independientes del ente territorial matriz que las ha creado. Los entes creados, sin embargo, son organizaciones muy vinculadas al ente matriz fundador, puesto que su finalidad es precisamente realizar funciones o prestar servicios que son propios de la entidad creadora, y por eso también se dice que la personalidad jurídica de estas organizaciones es ficticia.

Los entes filiales creados se designan bajo la expresión de administración institucional⁴ o, mejor dicho, administración instrumental, expresión esta última que alcanza tanto los entes instrumentales de naturaleza institucional como los de naturaleza corporativa. La administración institucional es, pues, una especie que se integra en el género administración instrumental. El concepto administración instrumental incluye así entidades que no son consideradas formalmente como administraciones públicas por la LRJPAC (art. 2.2), como es el caso de las sociedades mercantiles públicas o de las fundaciones del sector público. Por este motivo, la administración instrumental también se denomina sector público instrumental.

Dentro de la categoría de entes de naturaleza propiamente institucional se puede establecer, a la vez, una nueva clasificación, en consideración a la distinta forma —pública o privada— que adopte la personificación del ente institucional. Siguiendo este nuevo criterio, hay que distinguir dos subcategorías⁵:

- a) Entes que adoptan una forma pública de personificación. Es el caso de los denominados «entes públicos de gestión» u «organismos públicos». Dentro de esta categoría ha sido tradicional fijar a su vez una nueva clasificación, conforme el criterio del diferente régimen jurídico aplicable: por un lado, entes que se caracterizan porque adoptan una forma pública de personificación y porque quedan sujetos al derecho público, y, por otro, entes que adoptan igualmente una forma pública de personificación, pero que, a diferencia del caso anterior, quedan sujetos, en ciertos aspectos, al derecho privado. A su lado, existen los «entes públicos de régimen singular», es decir, entes creados con forma pública de personificación pero dotados de un estatuto singular, de tal manera que no son estrictamente equiparables a ninguna de las otras figuras mencionadas. Sin embargo, hay que advertir que esta categorización tripartita clásica experimenta un cierto desplazamiento

⁴ Sobre la administración institucional, véase el libro de J. M. SOCIAS CAMACHO y B. TRIAS PRATS, *Administració institucional. Consideracions generals i règim del ens de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, así como toda la bibliografía que se cita en el mismo.

⁵ La clasificación dogmática que se describe se basa en la tipología teórica que al respecto establece J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho administrativo general*, tomo 1, 2.^a ed., Iustel, Madrid, 2009, pp. 586-631.

hacia una clasificación dual, al aproximarse los dos primeros tipos de entes, por impulso de la intensificación del régimen público aplicable a todos los entes que conforman el sector público y por la aparición de una nueva categoría con vocación integradora: las agencias estatales.

b) Entes que adoptan una forma privada de personificación. Principalmente es el caso de las «sociedades públicas», pero también, y en la misma medida, de las «fundaciones del sector público», nueva fórmula organizativa de derecho privado que se integra también dentro de lo que se conoce como administración institucional. Este tipo de entes se caracteriza por tratarse de entes de naturaleza jurídica privada de titularidad pública, que se rigen en gran parte por el derecho privado, aunque cada vez más se impone su sujeción al régimen jurídico propio del derecho público, como tendremos ocasión de ver.

En cuanto a los entes de naturaleza corporativa, se trata de organismos creados por la asociación de dos o más entes públicos —si bien eventualmente también pueden intervenir entidades o personas privadas— para el desarrollo de una función pública de interés común a los entes asociados, o de una actividad de interés general. Los dos ejemplos principales de esta categoría son las mancomunidades de municipios y los consorcios (conceptos acuñados por la legislación local). Estos entes se caracterizan, en primer lugar, porque adoptan una forma pública de personificación. Desde este punto de vista, por lo tanto, las mancomunidades y los consorcios se diferencian de las sociedades públicas y de las fundaciones del sector público, puesto que en estos casos el ente instrumental adopta una forma privada de personificación. En segundo lugar, la asociación tiene lugar igualmente entre todos los entes asociados, de tal manera que el ente instrumental creado no queda integrado en la órbita organizativa de ninguno de los entes asociados.

B) Las causas que han originado la creación de entes instrumentales de distinto carácter y naturaleza responden, entre otros, a dos factores que hay que destacar. Por un lado, a la necesidad —a efectos de una mayor eficacia— de descentralización del aparato organizativo, desde el momento en que este asume una cierta dimensión, con el objetivo de crear centros de decisión y de responsabilidad más inmediatos y cercanos a los ciudadanos. Y, por otro, al propósito de escape de las exigencias que imponen el derecho administrativo y el derecho financiero, a los efectos de facilitar una actuación más ágil. El origen de este fenómeno, conocido como «huida al derecho privado», se sitúa en la disociación entre forma de las organizaciones y régimen regulador de su funcionamiento y actividad. Esta distorsión de la ecuación entre forma de personificación y régimen jurídico aplicable se ha manifestado de forma intensa en los entes que conforman la administración institucional, al preverse la

posibilidad de creación de personificaciones de naturaleza pública sujetas al derecho privado, así como de organizaciones privadas de titularidad pública sujetas también al derecho privado.

La concepción estatutaria del derecho administrativo, en cuanto que circunscrita al estatuto de determinados sujetos con personificación pública, ha hecho posible sostener que la creación de sujetos sometidos al derecho privado, como son las sociedades con forma mercantil y las fundaciones del sector público, permitía escapar de la sujeción al Derecho público⁶. Sin embargo, la evolución del Derecho administrativo y la incorporación a las Comunidades Europeas ha obligado a reconsiderar la concepción subjetiva o estatutaria de dicha rama del Derecho desde otra perspectiva, la perspectiva funcional⁷, que conduce a romper el automatismo entre personificación privada y régimen jurídico privado. Esta concepción funcional es la que finalmente ha adoptado con rotundidad la nueva Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, que ha asumido de manera definitiva la normativa comunitaria de contratación pública, así como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas [Sentencia Comisión c. España, C-214/00, del TJCE, de 15 de mayo de 2003; Sentencia Comisión c. España (SEIPSA), C-283/00, del TJCE, de 16 de octubre de 2003, y Sentencia Comisión c. España, C-84/03, del TJCE, de 13 de enero de 2005]. Como dice el Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de ley de contratos del sector público, de 25 de mayo de 2006, la ampliación y redefinición proyectada del ámbito subjetivo «ya no se basa en un proceso de ampliación sucesiva de sujetos contratantes partiendo de su asimilación mayor o menor a la Administración Pública *stricto sensu*, sino que parte desde el comienzo de una delimitación de tipo funcional

⁶ Como es sabido, la administración pública viene ocupando una posición jurídica peculiar, caracterizada por «privilegios en más y en menos» (RIVERO). Con el objetivo de armonizar estas posiciones «en más» y «en menos», la actuación de la administración precisa de la utilización de potestades y privilegios en la medida en que esto sea necesario para la consecución del interés general, pero, en cambio, la administración no puede desprenderse de la posición «en menos» en que la sitúa la Constitución, y debe sujetarse a determinados límites que le impone el ordenamiento en garantía de la libertad y de los derechos constitucionales (principio de legalidad, del sometimiento pleno a la Ley y al derecho, de interdicción de la arbitrariedad, de igualdad, de mérito y de capacidad, de responsabilidad objetiva). Y es aquí, precisamente, donde surge la cuestión de la denominada huida del derecho administrativo.

⁷ Sobre la concepción funcional que impone la evolución del Derecho Administrativo, véase E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Ámbito de aplicación de la Ley (arts. 1 a 9, inclusive)», R. GÓMEZ-FERRER MORANT (dir.), *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2.ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 101; R. GÓMEZ-FERRER MORANT, «Presentación a la 2.ª edición», del libro que él mismo dirige *Comentarios a la Ley de Contratos...*, cit., p. 23; del mismo autor, «Prólogo» al libro de J. M. SOCÍAS CAMACHO, *Fundaciones del sector público. En especial, el ámbito sanitario*, Iustel, Madrid, 2006, pp. 17-18.

o según la actividad, y no según la forma de personificación jurídica». Es decir, el dato formal de persona jurídica de Derecho privado no constituye un criterio que pueda excluir su calificación como «entidad adjudicadora» en el sentido de las Directivas de la contratación pública.

En definitiva, lo que se quiere subrayar es que la utilización por parte de la administración pública de una persona jurídica instrumental no supone la exclusión de su posición de inferioridad —o «en menos» como dice Rivero⁸— y, por lo tanto, no la exime de observar principios constitucionales aplicables a la administración. Y esto implica que numerosos aspectos del régimen jurídico —organización, personal, patrimonio, finanzas y contratos— de los entes instrumentales, tanto de los de naturaleza pública, obviamente, pero incluso también de los de naturaleza privada, quedan sujetos en parte a normas propias de derecho público y de las administraciones públicas, porque aunque estos entes no sean formalmente administraciones públicas, se encuentran en la órbita de la administración, toda vez que son de titularidad pública, es decir, son *pars administracionis* (García de Enterría⁹).

2. Regulación autonómica de las fundaciones del sector público

A) Evolución y situación actual

La regulación de la tipología de los organismos que constituyen la administración instrumental estatal está contenida en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (Título III y disposición adicional duodécima); en la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias Estatales para la mejora de los servicios públicos, y en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (Capítulo XI). En el ámbito local, su regulación básica aparece en la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local (art. 85)¹⁰.

En el ámbito autonómico balear, la competencia legislativa sobre la regulación de la tipología de los entes que constituyen la administración instrumen-

⁸ En su famoso trabajo «Existe-t-il un critère du droit administratif?» publicado en el n.º 2 de la *Revue de Droit Public et de la Science Politique* (abril-junio de 1953).

⁹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Ámbito de aplicación...», cit., p. 102.

¹⁰ La regulación de las mancomunidades de municipios se contiene en la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local (art. 44). En relación a los consorcios, las referencias normativas se sitúan en la legislación de régimen local (art. 87 de la Ley 7/1985, antes citada, y art. 110 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, aunque también en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (art. 6.5).

tal la tiene la Comunidad Autónoma, de acuerdo con la Constitución Española y el Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares. La novedad más destacable del nuevo Estatuto de Autonomía aprobado mediante la Ley orgánica 1/2007, de 28 de febrero, es que establece una reserva material de ley respecto el ejercicio de la potestad organizativa instrumental autonómica (disposición adicional tercera), tal como también lo hace el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 ¹¹. Por primera vez —puesto que ni la Constitución ni el anterior Estatuto de Autonomía balear de 1983 lo preveían— se reserva al Parlamento la decisión de regular una organización concreta instrumental de la cual se pueda inferir un modelo de administración. Anteriormente, había una reserva formal de ley desde la promulgación de la Ley 3/1989, de 29 de marzo, de entidades autónomas y empresas públicas y vinculadas a la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, pero, actualmente, la tipología de entes instrumentales dependientes de esta Comunidad se reserva estatutariamente al legislador autonómico.

El Parlamento de las Islas Baleares, aprovechando la ocasión que le brinda el Estatuto de Autonomía de 2007, ha aprobado una nueva ley de organización de la administración instrumental de la Comunidad Autónoma, la Ley 7/2010, de 21 de julio, del sector público instrumental, que ha aportado racionalidad, claridad y coherencia en un ámbito que se ha caracterizado por la complejidad, la dispersión, la fragmentación, el sobredimensionamiento e incluso la corrupción. Al respecto debemos retener tres datos: que en la actualidad en la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares hay aproximadamente media docena de entidades autónomas, catorce empresas públicas, catorce sociedades mercantiles públicas, diecisiete fundaciones del sector público y veinticuatro consorcios; que el boom de creación de estos tipos de entidades, sobre todo las de naturaleza privada, empieza a intensificarse a partir del año 2000, y que durante la legislatura 2007-2011 han aparecido numerosos casos de corrupción política de resonancia pública en el seno de las entidades que conforman el sector público instrumental balear.

En la Comunidad Autónoma, como hemos dicho, la regulación que ha permitido la creación de entes institucionales se contenía originariamente en la Ley 3/1989, de 29 de marzo, de entidades autónomas y empresas públicas y vinculadas ¹². Por otro lado, junto a las categorías de entes institucionales pre-

¹¹ La reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (Ley orgánica 6/2006, de 19 de julio) señala en su artículo 71 [apartado 6.a)] que las leyes deben regular en todo caso «las modalidades de descentralización funcional y las distintas formas de personificación pública y privada que puede adoptar la Administración de la Generalitat».

¹² Esta Ley fue modificada puntualmente mediante la Ley 11/1991, de 13 de diciembre,

vistos en la Ley 3/1989, de 29 de marzo, debía tenerse en cuenta también las denominadas fundaciones del sector público, de proliferación creciente en la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, así como en el conjunto del Estado. Este tipo de fundaciones de iniciativa pública se insertaron en una categoría que surge originariamente de la mano del legislador económico estatal (Ley 47/2003, de 26 de noviembre, general presupuestaria) y que finalmente, en 2005, asume el legislador balear. El Decreto legislativo 1/2005, de 24 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Finanzas, incluye por primera vez las fundaciones de sector público autonómico en la categoría general de sector público de la Comunidad. Por último, en contraste con el conjunto de entes propiamente institucionales (entidades de la Ley 3/1989, de 29 de marzo, y fundaciones del sector público del Decreto legislativo 1/2005, de 24 de junio), existe la figura del consorcio, personificación instrumental de carácter corporativo, cuya regulación en el ámbito autonómico balear aparece contenida en el artículo 85 de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares. Finalmente, la Ley 3/1989 ha sido derogada en su totalidad por la Ley 7/2010, del sector público instrumental, sobre cuyo contenido pasamos a tratar a continuación.

B) *Régimen jurídico*

La Ley 7/2010, del sector público instrumental de la Comunidad Autónoma, hace una clasificación y regulación del conjunto de los entes instrumentales según su naturaleza y lleva a cabo una adaptación sistemática de los entes actuales a las nuevas categorías establecidas en la ley. Como dice la Exposición de Motivos de la Ley, el ámbito de la norma incluye tres grandes grupos de personificaciones jurídicas que, con independencia de su sometimiento al régimen jurídico público o privado, quedan encuadrados en el concepto genérico de sector público instrumental. El primero de los grupos recoge los «organismos públicos» (regulados en el Título I de la Ley 7/2010), es decir, los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales. En este punto, hay que destacar la ausencia de la figura de las agencias —introducida en la LOFAGE por la Ley 28/2006, de 18 de julio, de agencias estatales para la mejora de los servicios públicos—, porque se considera adecuado y suficiente, en

de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma para 1992; la Ley 9/1997, de 22 de diciembre, de medidas tributarias y administrativas diversas; la Ley 8/2004, de 23 de diciembre, de medidas tributarias, administrativas y de función pública, y la Ley 13/2005, de 27 de diciembre, de medidas tributarias y administrativas. Además, con posterioridad, la Ley 3/1989 fue derogada parcialmente —arts. 3 a 5— mediante la Ley 25/2006, de 27 de diciembre, de medidas tributarias y administrativas.

el ámbito de la Comunidad Autónoma, el marco jurídico que ofrecen las otras dos figuras típicas que se han indicado. El segundo grupo, relativo a las personificaciones jurídico-privadas, se denomina «organismos de naturaleza privada de titularidad pública» (incluidos en el Título II de la Ley 7/2010), y está integrado por las sociedades mercantiles públicas y las fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma, esto es, entidades en que ésta tiene, directamente o indirectamente, la mayoría de capital social o de la dotación, respectivamente. Finalmente, un tercer grupo recoge por primera vez la regulación de los «consorcios» que tienen que someter su régimen jurídico al ordenamiento público autonómico (previstos en el Título III de la Ley 7/2010). La regulación de estos consorcios se efectúa, en todo caso, de manera separada de los organismos públicos típicos, atendida la naturaleza peculiar —corporativa de base asociativa— y la configuración —esencialmente estatutaria— de este tipo de ente.

El Título Preliminar de la Ley 7/2010 contiene un cuerpo de disposiciones generales aplicables a todos los entes instrumentales del sector público autonómico, y por lo tanto, a las fundaciones del sector público autonómico, referido a los requerimientos previos a su creación, a su régimen económico-financiero, en todas sus vertientes —presupuestario, de tesorería y endeudamiento, contable y de control interno—, a los órganos de dirección y recursos humanos, al régimen en materia de contratación y patrimonio, y al régimen de asesoramiento jurídico y de defensa en juicio. Entre las disposiciones generales hay que destacar varias medidas tendentes a racionalizar la utilización del abanico de entes instrumentales y a limitar el gasto público, como son, en primer lugar, la necesidad de elaborar, en todo caso y previamente a la creación del ente, un plan de actuación inicial y un estudio económico-financiero. Por otro lado, y sin perjuicio del régimen general de control financiero que prevé la legislación de finanzas, se potencian algunos mecanismos supervisores (como comités de auditoría financiera, planes de actuaciones en el ámbito del control de eficacia y eficiencia, etc.) y se establecen nuevas medidas de control (auditorías internas, controles permanentes y otras medidas extraordinarias o adicionales de control). Una mención especial merece, así mismo, la regulación relativa a los órganos de dirección y a los recursos humanos, que trata de simplificar, racionalizar y homogeneizar estos órganos de dirección y el régimen jurídico de las personas titulares de los cargos directivos correspondientes. La norma también regula expresamente el régimen del personal al servicio de estos entes instrumentales, y distingue entre el personal directivo profesional y el resto de personal, funcionario y/o laboral.

Como ya se ha dicho más arriba, la Ley 7/2010 regula junto con las sociedades mercantiles públicas las fundaciones del sector público, bajo la categoría

de «organismos de naturaleza privada de titularidad pública». Se trata de las fundaciones constituidas con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración de la Comunidad Autónoma o sus entes instrumentales, y también aquellas otras en que su patrimonio fundacional, con carácter permanente, está integrado en más de un 50% por bienes o derechos cedidos por entidades del sector público autonómico (art. 55 de la Ley 7/2010).

La creación, la modificación de la escritura de constitución y la extinción de fundaciones del sector público requiere, como en el caso de las sociedades públicas, acuerdo previo del Consejo de Gobierno. También requieren acuerdo las cesiones o aportaciones de bienes y derechos a una fundación previamente constituida cuando, como consecuencia de éstas, se produzca la circunstancia que se convierta en una fundación de iniciativa pública mayoritaria, como también los actos o los negocios que determinen la pérdida del carácter de fundación del sector público autonómico (art. 56 de la Ley 7/2010). Los estatutos de las fundaciones del sector público se tienen que elevar al Consejo de Gobierno junto con la propuesta de acuerdo por el cual se dispone la creación; tanto los estatutos como sus modificaciones deben publicarse en el Boletín oficial de las Islas Baleares (art. 57 de la Ley 7/2010).

Ejerce el protectorado de las fundaciones del sector público la Administración de la Comunidad Autónoma mediante las consejerías de adscripción correspondientes, de conformidad con lo que se establezca reglamentariamente (art. 55.3 de la Ley 7/2010). La disposición adicional primera del Decreto 61/2007, de 18 de mayo, de regulación del Registro Único de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares y de organización del ejercicio del protectorado, atribuye a cada consejería del Gobierno el ejercicio del protectorado de las fundaciones según el criterio de vincular las atribuciones de las consejerías respectivas a los fines fundacionales. Además, el precepto citado dispone que esta atribución se realiza sin perjuicio de que mediante un decreto del presidente se pueda conferir a otras consejerías el ejercicio del protectorado también siguiendo el criterio de vinculación descrito¹³. En otro orden de cosas, en virtud del Decreto 61/2007, de 18 de mayo, la inscripción de las entidades de naturaleza fundacional en el Registro Único de Fundaciones es requisito necesario para que adquieran personalidad jurídica y solo procede cuando, previamente, las fundaciones y sus estatutos hayan sido reconocidos y calificados de conformidad con lo que establece el Decreto 61/2007 mencionado.

¹³ Véase el Decreto 15/2010, de 7 de mayo, del presidente de las Islas Baleares, por el que se confiere a las consejerías el ejercicio del protectorado de las fundaciones en el ámbito de las Islas Baleares.

El régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, intervención y control de estas entidades es el mismo que se aplica a las sociedades mercantiles públicas, según la Ley 7/2010 y la legislación de finanzas de la Comunidad Autónoma, sin perjuicio del cumplimiento del resto de normas que, en materia contable, financiera o de control, sean aplicables a estos entes de conformidad con la legislación general de derecho privado sobre fundaciones (arts. 55.2 y 50 de la Ley 7/2010).

El personal al servicio de las fundaciones del sector público es personal laboral y se rige, además de por las disposiciones contenidas en el Estatuto básico del empleado público que le sean de aplicación y por el resto de normas laborales y convencionales aplicables al personal de esta naturaleza, por los preceptos de la Ley 7/2010 y por las normas que la desarrollen. También se rigen por las normas de empleo público de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares que, en el marco de lo que establece la disposición adicional primera del Estatuto básico del empleado público, se disponga expresamente (art. 49 de la Ley 7/2010).

En definitiva, se trata de organismos que se rigen en parte por el ordenamiento jurídico privado, excepto en aquellos aspectos a los que se refiere la propia Ley 7/2010 y el resto de normativa de derecho público que le sea de aplicación, como es el caso por ejemplo de su régimen de contratación (arts. 55.2 y 24 de la Ley 7/2010).

C) *Fundaciones sanitarias* ¹⁴

Para acabar, merecen una atención especial las fundaciones sanitarias. El Instituto Nacional de la Salud, entre 1996 y 2001, constituye dos fundaciones hospitalarias en el ámbito territorial de las Islas Baleares (Fundación Hospital Manacor y Fundación Hospital Son Llàtzer ¹⁵), y con posterioridad, en 2006, el Gobierno de las Islas Baleares autoriza la constitución de la Fundación Pública Sanitaria del Hospital Comarcal de Inca ¹⁶. Desde el 1 de enero de 2002 tienen efectividad los traspasos de las funciones y de los servicios del Instituto Nacional de la Salud a las Comunidades Autónomas del artículo 143 de la

¹⁴ Sobre este tema puede verse J. M. SOCÍAS CAMACHO, *Fundaciones del sector público. En especial, el ámbito sanitario*, Iustel, Madrid, 2006.

¹⁵ La Fundación Hospital Manacor y la Fundación Hospital Son Llàtzer son fundaciones de naturaleza privada constituidas de acuerdo con la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud.

¹⁶ La Fundación Pública Sanitaria del Hospital Comarcal de Inca es una «fundación pública sanitaria» constituida de acuerdo con la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

Constitución, llevados a cabo por el Real Decreto de 27 de diciembre de 2001, trasposos que sin duda afectan de manera determinante la organización de los centros, servicios y establecimientos sanitarios. Los diferentes momentos de la reforma organizativa sanitaria son, sucesivamente, los siguientes: a) Real Decreto ley 10/1996, de 17 de junio, que autoriza la «fundación *stricto sensu*» como forma de gestión del Instituto Nacional de la Salud; b) Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, que sustituye el Real decreto ley 10/1996; c) artículo 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que regula las llamadas «fundaciones públicas sanitarias»; d) despliegue reglamentario de todas las nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud admisibles en virtud del Real Decreto 29/2000, de 14 de enero —que son: fundaciones *stricto sensu*, fundaciones públicas sanitarias, consorcios, sociedades estatales y cualesquiera otras entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en derecho—, y e) nueva regulación derivada de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

El punto de partida no puede ser otro que esta compleja, diversa, pero también confusa normativa mencionada, que es la que ha dado pie a la aparición de las fundaciones hospitalarias. Normativa ambigua, sobre todo porque considera bajo una misma denominación dos figuras completamente diferentes; por un lado, las «fundaciones *stricto sensu*», que constituye la Administración sanitaria de acuerdo con la legislación sobre fundaciones y la Ley 15/1997, de nuevas formas de gestión sanitaria; de otro, las llamadas «fundaciones públicas sanitarias», que el Real Decreto 29/2000 configura definitivamente como organismos públicos adscritos al Instituto Nacional de la Salud y encajados sobre el tipo de entidades públicas empresariales en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración general del Estado (LOFAGE). La Exposición de Motivos del Real Decreto 29/2000 justifica, en términos puramente formales, la introducción de la fórmula de las «fundaciones públicas sanitarias» afirmando que se trata de adecuar el marco general previsto en la LOFAGE a las características técnicas de la sanidad. Esta adecuación se estima necesaria por la rigidez formal de las categorías existentes y, en consecuencia, por la dificultad de adaptarlas al ámbito sanitario, así como por la necesidad de preservar el carácter estatutario del régimen jurídico del personal sanitario —atendida, como regla general, la exigencia de personal laboral para las entidades públicas empresariales (art. 55 de la LOFAGE)—.

En definitiva, mientras que las «fundaciones *stricto sensu*» constituidas por la Administración sanitaria son entes de naturaleza privada (que se rigen por sus estatutos, por la Ley 15/1997, por el Real Decreto 29/2000 y, con carácter su-

pletorio, por la normativa reguladora de las fundaciones del sector público), las fundaciones públicas sanitarias de la Ley 50/1998 son figuras plenamente públicas, propiamente entes públicos empresariales, que se rigen por su propia normativa (la Ley 50/1998, el Real Decreto 29/2000, sus estatutos y, con carácter supletorio, por los preceptos que la LOFAGE dispone para las entidades públicas empresariales), y que quedan excluidas de la Ley 50/2002, de Fundaciones, sin que esta Ley prevea respecto de estas fundaciones su carácter de normativa supletoria.

La normativa balear recoge la regulación que acabamos de ver. Así, la disposición adicional tercera de la Ley 7/2010, de 21 de julio, del sector público instrumental de las Islas Baleares, regula las fundaciones sanitarias en los términos descritos, distinguiéndose pues, en todo caso, las dos fundaciones del sector público sanitario (Hospital Manacor y Hospital Son Llàtzer) de la Fundación sanitaria del Hospital Comarcal de Inca. Con posterioridad, sin embargo, el Parlamento de las Islas Baleares aprueba la Ley 1/2011, de 24 de febrero, de transformación de las fundaciones del sector público de las Islas Baleares y de determinación del régimen jurídico de las fundaciones públicas sanitarias, de manera que en el ámbito de las Islas Baleares las dos fundaciones del sector público sanitario existentes (Hospital Manacor y Hospital Son Llàtzer) pasan a ser desde el día 1 de marzo de 2011 fundaciones públicas sanitarias, es decir, entes de naturaleza pública que se rigen por su propia normativa (la Ley 50/1998, el Real Decreto 29/2000, sus estatutos, la Ley 1/2011 mencionada y, con carácter supletorio, por los preceptos que la Ley 7/2010 del sector público dispone para las entidades públicas empresariales) y que dejan de regirse por la normativa reguladora de las fundaciones del sector público. La consecuencia más importante de este proceso de transformación es que determina el carácter estatutario del régimen jurídico del personal sanitario, dejándose sin embargo también la puerta abierta a la incorporación de personal laboral cuando así se prevea y se autorice expresamente (art. 2.6 de la Ley 1/2011, de 24 de febrero).

3. *Fundaciones del sector público autonómico existentes en la Comunidad Autónoma*

La relación de fundaciones del sector público existentes en la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares en el momento de redactar estas líneas es la siguiente:

- Fundación Islas Baleares para la Innovación Tecnológica (IBIT).
- Fundación Centro de Investigación, Desarrollo e Innovación en Turismo (CIDTUR).

- Fundación para el Desarrollo Sostenible de las Islas Baleares.
- Fundación Baleares al Exterior.
- Fundación para el Conservatorio superior de Música y Danza de las Islas Baleares.
- Fundación para la Escuela Superior de Arte Dramático de las Islas Baleares.
- Fundación Balear de la Memoria Democrática.
- Fundación Balear de Atención y Apoyo a la Dependencia, Residencia Joan Crespí.
- Fundación para el Apoyo y la Promoción del Deporte Balear (Illesport).
- Fundación Instituto Socioeducativo s'Estel.
- Fundación Caubet Centre Internacional de Medicina Respiratoria Avanzada Islas Baleares «Caubet-Cumbre Islas Baleares».
- Fundación Banco de Sangre y Tejidos de las Islas Baleares.
- Fundación Mateu Orfila de Investigación en Salud de las Islas Baleares.
- Fundación del Museo y Centro Cultural de Formentera.
- Fundación Teatro Principal de Inca.
- Fundación Robert Graves.
- Fundación Santuario de Lluc.

Además de las fundaciones del sector público mencionadas, existen seis fundaciones en las que la Comunidad Autónoma tiene participación minoritaria y que, por lo tanto, no pueden considerarse estrictamente como fundaciones del sector público autonómico ¹⁷:

- Fundación Es Baluard, Museo de Arte Contemporáneo de Palma.
- Fundación Menorquina de la Ópera.
- Fundación Teatro del Mar.
- Fundación Área de Creación Acústica.

¹⁷ En virtud del artículo 55 de la Ley 7/2010, de 21 de julio, del sector público instrumental de las Islas Baleares, estas fundaciones sí habrán de considerarse como fundaciones del sector público en caso de que su patrimonio fundacional, con carácter permanente, esté integrado en más de un 50% por bienes o derechos cedidos por entidades del sector público autonómico.

- Fundación Jardín Botánico de Sóller.
- Fundación Escuela de Práctica Jurídica.

Finalmente, también cabe referirse a las tres fundaciones públicas sanitarias de la Comunidad Autónoma que tampoco son estrictamente fundaciones del sector público autonómico, como hemos explicado más atrás:

- Fundación sanitaria Hospital Manacor.
- Fundación sanitaria Hospital Son Llàtzer.
- Fundación sanitaria del Hospital Comarcal de Inca.

Las fundaciones en la Comunidad de Madrid. En especial, las fundaciones de las Cajas de Ahorro, y el protectorado autonómico sobre las fundaciones de iniciativa pública del Estado según la STC 120/2011

José Luis Piñar Mañas

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad CEU-San Pablo de Madrid

Alicia Real Pérez

Profesora Titular y Directora del Departamento de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. SUPRESIÓN DEL CONSEJO DE FUNDACIONES Y DE LA COMISIÓN DE CLASIFICACIÓN DE FUNDACIONES.—II. REGULACIÓN DE LAS FUNDACIONES DE CAJAS DE AHORROS: 1. *Fundaciones de carácter especial*. 2. *Fundaciones para la gestión de la Obra Social de las Cajas de Ahorro*.—III. REFERENCIA A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 120/2011, DE 6 DE JULIO DE 2011.

Tres son los temas esenciales en relación con las fundaciones de la Comunidad de Madrid que merecen una reseña en este momento. Nos referimos a las modificaciones que ha sufrido la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, por la que se suprime el Consejo de Fundaciones y la Comisión de Clasificación de Fundaciones, a la regulación de las fundaciones de las Cajas de Ahorro, y a la importante y reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 120/2011, de 6 de julio de 2011.

I. Supresión del Consejo de Fundaciones y de la Comisión de Clasificación de Fundaciones

Dentro de la política de recortes que estamos viviendo en estos meses, el artículo 25 de la Ley madrileña 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, suprime numerosos órganos colegiados (los recogidos en el Anexo de la propia ley), entre los que se encuentra el Consejo de Fundaciones. También suprime la Comisión

de Clasificación de Fundaciones. Por cierto, la Exposición de Motivos de la Ley señala que en su Capítulo II «se dirigen mandatos a los patronatos de determinadas fundaciones, consorcios y fondos a fin de reordenar los mismos», sin que hayamos sido capaces de localizar dichos mandatos. Quizá se trate, una vez más, de una previsión contenida en una Exposición de Motivos que luego no se lleva al cuerpo de la norma.

El Consejo de Fundaciones estaba regulado en los artículos 33 y 34 de la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid. El primero de ellos dispone la creación misma del Consejo como órgano de carácter consultivo que dependerá de la Consejería competente en materia de Registro de Fundaciones (Consejería de Presidencia, Justicia e Interior) y estaría integrado por representantes de la Administración autonómica y de las fundaciones. Por su parte, el artículo 34 regulaba sus funciones: a) Asesorar, informar y dictaminar, cuando así se le solicite, sobre cualquier disposición legal o reglamentaria que afecte directamente a las Fundaciones, así como formular propuestas. b) Planificar y proponer las actuaciones necesarias para la promoción y fomento de las Fundaciones, realizando los estudios necesarios al efecto. Y c) Las demás que les puedan atribuir las disposiciones vigentes. Como decimos, sin embargo, los artículos de la Ley que regulaban el Consejo han sido derogados por la Ley 9/2010, de modo que se suprime asimismo el Consejo. Debe entenderse de igual modo derogado el Decreto 29/1999, de 18 febrero, sobre Reglamento y composición del Consejo de Fundaciones de la Comunidad de Madrid (*BOCM* de 1 de marzo de 1999), que lógicamente ha quedado sin contenido.

En cuanto a la Comisión de Clasificación de Fundaciones, hay referencias a ella (sin que se utilice, por lo demás, dicha denominación) en la disposición adicional segunda.² y en la disposición transitoria tercera.¹ del Decreto 20/2002, de 24 de enero, por el que se regula el Registro de Fundaciones de la Comunidad de Madrid. La primera, en efecto, establece en su punto 1 que «Las fundaciones de competencia de la Comunidad de Madrid estarán adscritas a un Protectorado único, cuya titularidad corresponderá al consejero de Presidencia, sin perjuicio de la posibilidad de desconcentración de dicha titularidad, mediante Orden del Consejero, o delegación de su ejercicio. En todo caso, la unidad administrativa de apoyo al Protectorado estará orgánicamente diferenciada del Registro de Fundaciones». Y en el apartado 2 dispone que «No obstante, si el titular del Protectorado fuera nombrado, personalmente o por razón de su cargo, en el momento de su constitución o con posterioridad, patrono de alguna fundación de la Comunidad de Madrid, el Protectorado de la misma se adscribirá, mientras subsista dicha circunstancia, a otra Consejería, que determinará una Comisión presidida por el Consejero de

Presidencia e integrada por todos los Secretarios Generales Técnicos». Es esta Comisión la que ha quedado suprimida. Por su parte, la disposición transitoria tercera del citado Decreto 20/2002 dispone que «hasta que el Consejero de Presidencia ordene la implantación efectiva del Protectorado único, una vez que la Consejería de Hacienda haya realizado las modificaciones de las relaciones de puestos de trabajo y de plantilla necesarias, las fundaciones se adscribirán, según su fin prevalente, al Protectorado de la Consejería que corresponda por razón de la materia. Dicha adscripción se llevará a cabo por la Comisión prevista en el número 2 de la disposición adicional segunda. Aquellas fundaciones cuyos fines no se ajusten claramente o no se correspondan con las competencias propias de una Consejería, quedarán adscritas al Protectorado de la Consejería que la citada Comisión determine».

II. Regulación de las Fundaciones de Cajas de Ahorros

La Ley 4/2003, de 11 de marzo, de Cajas de Ahorros de la Comunidad de Madrid, ha sido modificada en diversas ocasiones. En particular, por la Ley 2/2009, de 23 de junio (*BOCM* de 24 de junio de 2009); la Ley 10/2009, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas (*BOCM* de 29 de diciembre de 2009), y la Ley 1/2011, de 14 de enero, por la que se adapta la Ley 4/2003 al Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros (*BOCM* de 24 de enero de 2011). Esta última es especialmente significativa a efectos de lo que ahora nos interesa: las fundaciones de las Cajas de Ahorro. Cabe distinguir el régimen de las fundaciones «de carácter especial» previstas en el Real Decreto-Ley 11/2011, y las fundaciones para la gestión de la obra social.

1. *Fundaciones de carácter especial*

Como consecuencia de la crisis que asola el sistema financiero y en particular las Cajas de Ahorro, se aprobó el Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, que acabamos de citar y que, como señala su Exposición de Motivos, «diseña un nuevo modelo organizativo de las Cajas de Ahorro basado en una doble alternativa: el ejercicio indirecto de la actividad financiera de la caja a través de una entidad bancaria o la transformación de la misma en una fundación de carácter especial traspasando su negocio a otra entidad de crédito». Es el artículo 6 del Decreto-Ley el que se refiere a la «Transformación de cajas de ahorros en fundaciones de carácter especial». Para ello señala que las Cajas de Ahorros podrán acordar la segregación de sus actividades financiera y benéfico-social mediante el régimen previsto en dicho artículo en los siguientes casos:

a) Conforme a lo previsto en el apartado 3 del artículo 5.º del Real Decreto-Ley, es decir, en el caso de que una caja de ahorros redujese su participación de modo que no alcance el 50% de los derechos de voto de la entidad de crédito a la que se refiere el propio artículo 5.º (las cajas de ahorros podrán desarrollar su objeto propio como entidad de crédito a través de una entidad bancaria a la que aportarán todo su negocio financiero), *deberá* renunciar a la autorización para actuar como entidad de crédito según lo previsto en la Ley de Ordenación Bancaria de 1946 *y proceder* a su transformación en fundación especial con arreglo a lo previsto en el artículo siguiente (caigamos en la cuenta de que en este caso no hablamos de la simple *posibilidad* de transformarse en fundación especial sino de una verdadera obligación).

b) Como consecuencia de la renuncia a la autorización para actuar como entidad de crédito y en los demás supuestos de revocación.

c) Como consecuencia de la intervención de la entidad de crédito en los supuestos previstos en la Ley 26/1988, de 29 de julio, de disciplina e intervención de las entidades de crédito.

A tal efecto traspasarán todo el patrimonio afecto a su actividad financiera a otra entidad de crédito a cambio de acciones de esta última y se transformarán en una fundación de carácter especial perdiendo su condición de entidad de crédito.

La fundación centrará su actividad en la atención y desarrollo de su obra benéfico-social, para lo cual podrá llevar a cabo la gestión de su cartera de valores. La fundación deberá destinar a su finalidad benéfico social el producto de los fondos, participaciones e inversiones que integren su patrimonio. Auxiliarmente, podrá llevar a cabo la actividad de fomento de la educación financiera.

El acuerdo al que se refiere el apartado anterior estará sujeto al cumplimiento de los requisitos previstos para la constitución de fundaciones y supondrá la transformación de la Caja en una Fundación de carácter especial. La segregación de la actividad financiera, por su parte, se regirá por lo establecido en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

Las previsiones del citado Real Decreto-Ley se han recogido ya en la Ley 4/2003, de 11 de marzo, de Cajas de Ahorros de la Comunidad de Madrid. Sobre todo en la modificación llevada a cabo a través de la Ley 1/2011, de 14 de enero, por la que se adapta la Ley 4/2003, de 11 de marzo, al Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros.

El nuevo artículo 14 quinquies de la Ley 4/2003 regula con detalle la transformación de cajas de ahorros en fundaciones de carácter especial.

Señala que las Cajas de Ahorros, en el supuesto previsto en el artículo 14 quáter.^{3 1} y en los otros supuestos previstos en la normativa estatal básica, podrán acordar la segregación de sus actividades financiera y benéfico-social mediante el traspaso de todo el patrimonio afecto a su actividad financiera a otra entidad de crédito a cambio de acciones de esta última y su transformación en una fundación de carácter especial, perdiendo su condición de entidad de crédito.

El apartado 2 del artículo regula el procedimiento para la transformación:

La transformación exigirá autorización previa del Gobierno de la Comunidad de Madrid.

La Fundación deberá inscribirse en el Registro de Fundaciones de la Comunidad de Madrid si desarrolla principalmente sus funciones en la Comunidad de Madrid, y se sujetará en su ámbito, organización, funcionamiento y demás normas aplicables a su régimen jurídico a la normativa reguladora de las Fundaciones de la Comunidad de Madrid con las siguientes especialidades:

a) El protectorado de la Fundación corresponderá a la Consejería competente en materia de Hacienda Pública y política financiera que podrá designar un representante en el Patronato de la Fundación.

b) Corresponde a la Consejería competente regular la composición y normas de funcionamiento del Patronato de la Fundación. Las referidas normas serán objeto de desarrollo por los Estatutos de la Fundación que serán a su vez autorizados por el Protectorado.

c) La obra benéfico-social de las fundaciones de carácter especial, a la que deberán destinar la totalidad del producto de sus fondos, participaciones e inver-

¹ Si la caja de ahorros redujese su participación de modo que no alcance el 50% de los derechos de voto de la entidad de crédito deberá renunciar a la autorización para actuar como entidad de crédito y proceder a su transformación en fundación especial en los términos que dispone la legislación básica estatal. La misma renuncia deberá ejercerse por las Cajas de Ahorros domiciliadas en la Comunidad de Madrid que, de forma concertada con otras Cajas de Ahorros, ejerzan en exclusiva su objeto como entidades de crédito a través de una entidad de crédito controlada conjuntamente por todas ellas conforme a lo dispuesto en el artículo 5.4 del Real Decreto-Ley, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros, cuando la participación conjunta de todas ellas no alcance el 50% de los derechos de voto de la entidad de crédito. La aprobación por la Caja de Ahorros del acuerdo que determine o autorice la reducción de la participación de la Caja en la entidad de crédito de manera que supusiera su transformación en fundación especial exigirá autorización previa del Gobierno de la Comunidad de Madrid.

siones que integren su patrimonio, se regirá por lo dispuesto en la presente Ley, en especial, lo dispuesto en el artículo 19, respecto a la autorización del presupuesto anual, de los correspondientes informes de rendición de cuentas de su ejecución y su liquidación, de los Estatutos de la Fundación y sus modificaciones, y de las directrices en obra social. La obra social se territorializará de manera que se garantice que la Fundación desarrolla principalmente sus actividades en el territorio de la Comunidad de Madrid si los depósitos captados por la Caja provenían principalmente de la Comunidad de Madrid ².

Por su parte, la disposición adicional octava ³ de la Ley de Fundaciones de Madrid señala que las Fundaciones de carácter especial a las que se refiere el artículo 6 del 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 se constituyan como consecuencia de la transformación de una Caja de Ahorros domiciliada en la Comunidad de Madrid, y las reguladas en el artículo 74.2 de la Ley 4/2003, de 11 de marzo, de Cajas de Ahorros de la Comunidad de Madrid, se regirán por lo dispuesto en la presente Ley con las especialidades establecidas en la Ley 4/2003, de 11 de marzo, y demás normativa aplicable, debiendo adaptar sus estatutos a lo dispuesto en las citadas normas y las que se dicten en desarrollo de las mismas.

2. Fundaciones para la gestión de la Obra Social de las Cajas de Ahorro

El artículo 74 de la Ley madrileña de Cajas de Ahorro dispone:

«Gestión de la Obra Social.

1. *Con la excepción prevista para las fundaciones de carácter especial reguladas en esta Ley, la gestión de la Obra Social de la Caja corresponderá al Consejo de Administración, con sujeción a las directrices que, en su caso, apruebe la Asamblea General.*

2. *Dicha gestión podrá realizarse directamente por los órganos o servicios de la Caja, o mediante una Fundación constituida a este efecto por la propia Caja y cuyo Patronato estará formado por los miembros del Consejo de Administración de la Caja de Ahorros, por un miembro de la Comisión de Obra Social designado por esta y por un representante de la Comunidad de Madrid que asistirá a sus reuniones con voz pero sin voto ⁴.*

² Artículo añadido por la Ley madrileña 1/2011, de 14 de enero.

³ Añadida por la Ley 1/2011, de 14 de enero.

⁴ Téngase en cuenta la disposición transitoria sexta de la Ley 1/2011, de 14 de enero: *«Fundación Caja Madrid.*

En la forma y plazos previstos en la disposición transitoria primera, la Caja de Ahorros y

El Consejo de Administración podrá acordar, por mayoría absoluta, la integración en el Patronato de otros Consejeros Generales que no ostenten la condición de Vocales del Consejo de Administración.

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 19.b) de la presente Ley⁵, la aprobación de los Estatutos de dicha Fundación, así como su modificación, requerirán el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros del Patronato. El nombramiento de los patronos y su renovación, deberán ser aprobados por mayoría del Consejo de Administración de la Caja. El protectorado de la Fundación corresponderá a la Consejería competente en materia de Hacienda Pública y política financiera, ejerciendo en el ámbito específico de sus competencias, el control y la supervisión de la actuación de la fundación, sin perjuicio de las atribuciones que normativa en materia de Fundaciones reconozca a otros órganos de la Comunidad de Madrid.

3. Las Cajas de Ahorros domiciliadas en la Comunidad de Madrid deberán destinar anualmente la totalidad de los excedentes líquidos que, conforme a la normativa vigente, no se apliquen a reservas o fondos de provisión no imputables a riesgos específicos o que no sean atribuibles, en su caso, a los cuotapartícipes, a la dotación de

Monte de Piedad de Madrid procederá a adaptar los Estatutos de la Fundación Caja Madrid a lo dispuesto en el artículo 74.2 de la Ley 4/2003, en la redacción dada por la presente Ley, realizando las modificaciones en su objeto, ámbito y organización necesarias para posibilitar el cumplimiento de los requerimientos establecidos en dicho artículo y para su posterior inscripción en el Registro de Fundaciones de la Comunidad de Madrid».

La disposición transitoria primera dispone:

«Adaptación de Estatutos Sociales y Reglamento Electoral de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid.

La Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid procederá, en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, a aprobar una versión reformada de sus Estatutos y Reglamento Electoral, al objeto de adaptarlos a lo dispuesto en la presente Ley.

Dicha aprobación se hará por acuerdo de su Asamblea General, para cuya válida constitución será necesaria la asistencia de la mayoría de sus miembros en primera convocatoria y de cualquier número de sus miembros en segunda convocatoria, bastando en ambos casos para que el acuerdo de adaptación sea válido con que el mismo se adopte por mayoría simple de los votos de los asistentes.

Si transcurriera el plazo de seis meses sin la modificación correspondiente de los Estatutos y Reglamento Electoral de las Cajas de Ahorro para su adecuación a la presente Ley, quedará facultada la Consejería competente para proceder a su adaptación y aprobación definitiva».

Aunque no queda del todo claro, parece que el plazo debe entenderse a partir de la entrada en vigor de la Ley 1/2011, es decir, a partir del día de su publicación en el BOCM de 24 de enero de 2011.

⁵ «Artículo 19. *Competencias en materia de distribución de excedentes y obras benéfico-sociales.*

1. Corresponderá a la Consejería competente de la Comunidad de Madrid, de acuerdo con la legislación básica estatal: ...

b) Autorizar los Estatutos de las Fundaciones, así como sus modificaciones, que las Cajas de Ahorros pudieran constituir para la gestión y administración, total o parcial, de sus Obras Benéfico-Sociales, propias o en colaboración, de acuerdo con lo establecido en el Título V de la presente Ley».

un fondo para obra social que tendrá como finalidad la financiación de obras propias o en colaboración en los campos de la sanidad, la promoción del medio ambiente, la investigación, la enseñanza, la cultura, los servicios sociales, la defensa del patrimonio cultural, el deporte, la ayuda humanitaria, la innovación y el desarrollo tecnológico y otras actuaciones con trascendencia social, de acuerdo con las directrices que establezca la Consejería competente»⁶.

III. Referencia a la Sentencia del Tribunal Constitucional 120/2011, de 6 de julio de 2011

El artículo 9.3 de la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de fundaciones de la Comunidad de Madrid, disponía:

«Las fundaciones que desempeñen su actividad principalmente en la Comunidad de Madrid y que estén constituidas por una o varias personas jurídico-públicas cualquiera que sea el ámbito territorial de actuación de tales personas, estarán sujetas a las disposiciones de la presente Ley».

Por su parte, el apartado segundo de la disposición adicional primera de la misma ley establecía:

«[s]e entenderá, a los efectos previstos en el artículo 1.1 de la presente Ley que las fundaciones constituidas por las Universidades públicas de la Comunidad de Madrid, desarrollan principalmente sus actividades en el territorio de ésta».

Según el citado artículo 1⁷ «La presente Ley tiene por objeto la regulación de las fundaciones de competencia de la Comunidad de Madrid, por desarrollar principalmente sus funciones en su territorio».

La Sentencia Constitucional 120/2011, de 6 de julio (publicada en el BOE de 2 de agosto), ha declarado inconstitucional tanto el artículo 9.3 como el apartado segundo de la disposición adicional segunda.

La Sentencia en cuestión cierra un conflicto competencial entre el Estado y la Comunidad de Madrid que tiene elementos muy peculiares y que tuvo su origen en una controversia específica referida a una fundación en particular. Veamos.

Como ya señalamos en este mismo *Anuario*, en 2009, el inicial Estatuto de Autonomía de Madrid, aprobado por Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, no incluía referencia alguna a las Fundaciones. Tras la Ley Orgánica 9/1992,

⁶ Nueva redacción dada a este artículo por la Ley madrileña 1/2011, de 14 de enero.

⁷ En realidad, el apartado 1.1 no existe. El artículo 1 no tiene división alguna en apartados.

de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 de la Constitución, se aprobó la Ley Orgánica 10/1994, de 24 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, cuyo artículo 26 establecía que corresponde a la Comunidad la plenitud de la función legislativa en materia de «fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en la Comunidad Autónoma». La Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio ⁸, modificó ligeramente la redacción del artículo 26, fijando el texto hoy vigente, según el cual «1. La Comunidad de Madrid, en los términos establecidos en el presente Estatuto, tiene competencia exclusiva en las siguientes materias»: «1.26: Fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en la Comunidad de Madrid».

Madrid aprobó su propia Ley de Fundaciones: la ya citada Ley 1/1998, de 2 de marzo. Como también señalamos en el citado *Anuario*, la aprobación de la Ley se debió seguramente a tres motivos fundamentales: permitir el derecho de reversión; intentar garantizar el control por parte de la Comunidad de Madrid de las grandes fundaciones de iniciativa pública que tenían su sede en Madrid (por ejemplo, Fundación del Teatro Lírico) y que, en principio, desarrollaban sus funciones, principalmente, en dicha Comunidad; y poder establecer un régimen más favorable que el estatal para así potenciar la creación de fundaciones sujetas a la legislación madrileña. A tales motivos puede añadirse el de regular las fundaciones de iniciativa pública ⁹.

La regulación del derecho de reversión mereció una interpretación conforme a la Constitución en la Sentencia del Tribunal Constitucional 341/2005, de 21 de diciembre ¹⁰.

El alcance de las competencias del Estado y de la Comunidad de Madrid, con una doctrina que puede ser extendida a otras Comunidades Autónomas, en relación con las fundaciones de iniciativa pública y en base al ámbito territorial en el que desempeñen sus actividades es el tema que ha merecido la atención del Tribunal Constitucional en la Sentencia 120/2011.

Antes dijimos que la sentencia es fruto de una situación peculiar. Parece paradójico, de entrada, que se haya dictado como consecuencia de un recurso interpuesto por el Gobierno central, a la sazón del Partido Popular, contra una

⁸ BOE de 8 de julio.

⁹ PIÑAR MAÑAS y REAL PÉREZ, «Las Fundaciones en la Comunidad de Madrid», en *Anuario de Derecho de Fundaciones 2009*, Asociación Española de Fundaciones-Iustel, Madrid, 2009, pp. 438-439.

¹⁰ Que hemos analizado en ob. ult. cit.

ley aprobada por un Gobierno regional también del Partido Popular. Ello se debe fundamentalmente al hecho de que con el artículo recurrido lo que pretendía la Comunidad Autónoma era controlar las Fundaciones de iniciativa pública estatal domiciliadas en Madrid pero con una proyección que sin duda excedía la propia de la Comunidad. Fundaciones que estaban domiciliadas en Madrid por su vinculación a una actividad o finalidad propia de una institución también domiciliada en la capital. En particular, el conflicto surgió a raíz de la Fundación del Teatro Lírico.

La Fundación del Teatro Lírico, hoy Fundación del Teatro Real ¹¹, es una Fundación del sector público estatal de acuerdo con lo previsto en el artículo 44 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones. Fue constituida, el 14 de diciembre de 1995, al amparo de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General, por el Ministerio de Cultura y la Comunidad de Madrid, con una participación del 72,5% y 27,5%, respectivamente. Por Orden Ministerial de 1 de abril de 1997 el Estado cedió a la Fundación, a título gratuito, el uso del Teatro Real, inmueble donde desarrolla su actividad, así como los bienes muebles y equipos ubicados en el mismo ¹².

Dado el porcentaje de participación de las Administraciones fundadoras, y dado que en principio la Fundación desarrolla principalmente sus funciones en la Comunidad de Madrid (en el Teatro Real), parecería que debería corresponder a esta el ejercicio del Protectorado. Tal planteamiento originó un importante conflicto entre el Estado y la Comunidad Autónoma, que Madrid quiso zanjar aprobando en 1998 la Ley de Fundaciones, cuyo artículo 9.3 dispone (disponía), como sabemos, que «las fundaciones que desempeñen su actividad principalmente en la Comunidad de Madrid y que estén constituidas por una o varias personas jurídico-públicas cualquiera que sea el ámbito territorial de actuación de tales personas, estarán sujetas a las disposiciones de la presente Ley». Precepto que, es evidente, estaba pensado expresamente para la Fundación Teatro Lírico, cuyo control pretendía mantener la Comunidad Autónoma.

Además de la citada Fundación, también se plantearon problemas con las creadas por las Universidades Públicas, como también veremos.

¹¹ En su reunión de 3 de diciembre de 2007, el Patronato acordó modificar su denominación, que pasó a ser Fundación Teatro Real.

¹² Es muy interesante la *Resolución de 16 de febrero de 2011, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización de la Fundación Teatro Lírico, ejercicio 2006* (BOE de 23 de marzo de 2011).

Aprobada la Ley 1/1998, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, el Presidente del Gobierno interpuso recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 9.3, y el apartado segundo de la disposición adicional primera de la Ley (cuyos textos ya hemos transcrito más atrás), así como contra el inciso final del apartado primero de dicha disposición, que no fue declarado inconstitucional y en el que ahora no vamos a detenernos.

El Abogado del Estado basa el recurso contra el artículo 9.3 en los siguientes argumentos: a) la disposición impugnada desconoce que las fundaciones constituidas por las Administraciones públicas «son meros instrumentos de éstas para el ejercicio de sus competencias»; b) la utilización por las Administraciones públicas de entes instrumentales, ya sean públicos o privados, no puede «dar lugar a la alteración, vulneración o defraudación del reparto constitucional de competencias»; c) el «ejercicio del registro y protectorado incide en el desenvolvimiento de la actividad fundacional». En consecuencia, las «competencias que se atribuye la Comunidad Autónoma... han de considerarse una evidente y manifiesta intromisión competencial cuando, como ocurre en el caso que nos ocupa, resulta que la fundación se ha constituido por otra Administración para el ejercicio de sus competencias. El principio de autonomía que rige la actuación de las distintas Administraciones territoriales reconocidas en la Constitución impide que una Administración pueda controlar, vigilar o dificultar el ejercicio de las competencias de otra. ... Por tanto, esa función de vigilancia y control público que resulta del registro y protectorado de fundaciones resulta incompatible con la Constitución cuando el ente fundacional haya sido creado por personas jurídico-públicas, distintas de aquellas a las que corresponde su ejercicio»; d) la Constitución prohíbe «invadir competencias estatales por una interpretación excesiva de un título competencial autonómico». La competencia legislativa plena de Madrid en materia de fundaciones que realicen la mayor parte de su actividad en su territorio no puede, a su juicio, impedir el ejercicio de las competencias que el Estado ostenta en virtud de otros títulos. Así, «aunque parece que el título autonómico establece un criterio de distribución competencial exclusivamente territorial (fundaciones que llevan a cabo su actividad principalmente en el territorio autonómico), en realidad es necesario matizarlo para evitar que otros títulos competenciales sustantivos del Estado queden perturbados, limitados o eliminados. Supuesto que se daría si la fundación se ha constituido por el Estado para ejercer una competencia que tiene reconocida en el bloque de la constitucionalidad»; e) el artículo 9.3 vulnera la potestad de autoorganización de la Administración del Estado, pues impediría que la Administración del Estado elija, como fórmula organizativa «para el ejercicio de sus competencias la forma privada de la fundación, ya que si lo hace debe soportar la injerencia de la

Administración autonómica en su gestión, administración y dirección a través del Registro y del Protectorado», produciendo así «una evidente perturbación en la competencia de autoorganización» de la Administración del Estado, puesto «que no podrá organizar el ejercicio de sus competencias como lo considere más conveniente, con total y plena libertad».

En cuanto al apartado segundo de la disposición adicional primera (recordemos que se refiere a las fundaciones constituidas por las Universidades Públicas de la Comunidad, respecto de las que se entiende, siempre, que desarrollan principalmente sus actividades en el territorio de ésta), me interesa destacar ahora el argumento del Abogado del Estado basado en que se «impide al fundador... establecer libremente el ámbito territorial de actividad de las [fundaciones], vulnerando con ello el artículo 34 de la Constitución». La disposición recurrida «establece una presunción o ficción sobre el ámbito territorial en el que ese tipo de fundaciones desarrolla su actividad que deja en segundo plano y, por tanto, sin eficacia jurídica, no sólo la realidad del lugar de realización de la actividad fundacional sino también la voluntad del fundador». Consecuentemente, afirma el Abogado del Estado, «el precepto no ha respetado el contenido esencial del derecho», que ha resultado alterado, pues «la voluntad del fundador ha de extenderse a la determinación del ámbito territorial de actuación de la fundación para que el derecho a su creación no quede totalmente desnaturalizado».

El Letrado de la Comunidad, por supuesto, defiende la constitucionalidad del artículo 9.3 de la Ley 1/1998, en base a la utilización de un criterio, el territorial, que es el utilizado por los diferentes Estatutos de Autonomía. Si bien puede ofrecer matices, como es el caso de las fundaciones, respecto de las que se pone el acento en el ámbito donde se desarrolla «principalmente» la actividad.

Además de ese planteamiento general, el Letrado alega, entre otros extremos, que, frente a la consideración de la fundación como instrumento de la actividad administrativa, niega que cuando una persona jurídico-pública crea una fundación lo haga, necesariamente, para ejercer sus competencias. Además, ha de quedar claro que las fundaciones creadas por entidades públicas son verdaderas fundaciones privadas y no fundaciones públicas. En este sentido, señala también que la especialidad del régimen jurídico de las fundaciones constituidas por entidades públicas se limita al proceso de formación de la voluntad de la entidad pública fundadora, que está sujeto a normas de Derecho público, pero una vez constituida la fundación se regirá por lo dispuesto en la legislación sobre fundaciones sin excepciones. La pretensión de que la Administración fundadora ejerza, por ese carácter, también el protectorado, incurre

en una «incompatibilidad clara entre el desarrollo de las actividades de fundación y su control». Y, lo que creemos es de gran importancia (y transcribimos literalmente la exposición que de su argumentación hace el propio Tribunal Constitucional), «rechaza a continuación que el artículo 9.3 de la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de fundaciones de la Comunidad de Madrid, vulnere la potestad de autoorganización de la Administración estatal, puesto que «las fundaciones privadas no pueden ser nunca una manera de autoorganizarse el Estado, aunque sí de realizar ciertas actividades mediante entidades jurídico-privadas, como son las fundaciones o las sociedades mercantiles. ... La fundación no es un ente público sino privado y, como tal, no puede asumir funciones públicas sino sólo colaborar con la Administración en la consecución de fines públicos, del mismo modo que pueden hacerlo las Fundaciones constituidas por entidades privadas. ... La fundación, aun constituida por entes públicos, no deja de ser una persona jurídico-privada. ... No es Administración y tampoco es de titularidad de la Administración... y, por ello, no puede encuadrarse dentro de la autoorganización de la Administración. ... Distinto es el caso de los entes públicos institucionales, que tienen una base fundacional, esto es constituyen un conjunto de bienes adscritos a ciertos fines que no son propios de las personas que los administran. ... Pero no son estas entidades a las que se refiere la Ley impugnada sino a puras entidades privadas, de Derecho privado».

Por otra parte, respecto del apartado segundo de la disposición adicional primera, rechaza, tanto su inconstitucionalidad competencial como cualquier vulneración material del contenido esencial del derecho reconocido en el artículo 34 de la Constitución. Para concluir, «en el escrito de alegaciones se responde al “ejemplo demostrativo de la injerencia competencial” aducido en la demanda de inconstitucionalidad, referido al conflicto con relación a la Fundación Teatro Lírico, argumentando que “el protectorado de la fundación es una función administrativa, que corresponde a la Administración territorialmente competente, aunque su participación inicial en la dotación de la fundación sea minoritaria o, incluso, sea inexistente”».

Creemos que los términos del debate son realmente interesantes. Lo malo es que hemos tenido que esperar 12 años para conocer el desenlace. Desenlace que, lo adelantamos ya, es en nuestra opinión correcto en cuanto al resultado, pero no en cuanto al planteamiento y la base argumental.

Como señala el propio Tribunal (FJ 4, *in fine*) «el objeto de la controversia competencial que, a propósito del artículo 9.3 de la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de fundaciones de la Comunidad de Madrid, se ventila en este proceso se circunscribe a determinar si resulta o no constitucional extender el criterio territorial delimitador de las competencias en materia de fundaciones a las

que el artículo 44 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones, configura como fundaciones del sector público estatal». Pese a que ya lo hemos hecho más atrás, quizá convenga recordar de nuevo el texto del precepto controvertido: «Las fundaciones que desempeñen su actividad principalmente en la Comunidad de Madrid y que estén constituidas por una o varias personas jurídico-públicas cualquiera que sea el ámbito territorial de actuación de tales personas, estarán sujetas a las disposiciones de la presente Ley».

Sin perjuicio de que es difícil no extender la doctrina del Tribunal a cualquier fundación de iniciativa pública, sea estatal, autonómica o local, la Sentencia advierte que «la controversia competencial debe entenderse referida, más particularmente, al régimen competencial aplicable a las fundaciones instituidas por la Administración General del Estado. A pesar de que también estén comprendidas en el tenor literal del artículo 9.3 de la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de fundaciones de la Comunidad de Madrid, en este recurso de inconstitucionalidad no se hace cuestión, en cambio, de la aplicación del citado criterio a las fundaciones creadas por la propia Comunidad de Madrid o por otras Administraciones territoriales».

El Tribunal parte de la muy importante y acertada consideración de que «la creación de fundaciones por las personas jurídico-públicas no constituye el ejercicio del derecho de fundación proclamado en el artículo 34.1 CE». Asimismo, señala que «la proclamación del derecho de fundación para fines de interés general (art. 34.1 CE) implica el reconocimiento de un derecho de libertad cuyo ejercicio permite a los particulares participar en la realización de actividades de interés general a través de la creación de una organización permanente dotada de personalidad jurídica propia y diferenciada del instituyente. De la proclamación constitucional de este derecho fundamental no se deriva, en consecuencia, el reconocimiento de la capacidad para constituir fundaciones por parte de las personas jurídico-públicas» (FJ 5.º, *in fine*). Algo que ya habíamos señalado hace años¹³. Sigue el Tribunal resaltando que «ha sido, precisamente, el legislador estatal quien ha establecido que “las personas jurídico-públicas tendrán capacidad para constituir fundaciones salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario” (art. 8.4 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones). El reconocimiento a las Administraciones públicas de la capacidad para constituir fundaciones no deriva, por tanto, del art. 34.1 CE sino de una decisión adoptada por el legislador con la finalidad de satisfacer el mandato que le impone el art. 103.1 CE en el sentido de con-

¹³ Vid. PIÑAR MAÑAS Y REAL PÉREZ, *Derecho de fundaciones y voluntad del fundador*, Pons, Madrid, 2000.

figurar el Derecho propio de la Administración pública de tal manera que a ésta le resulte posible actuar con eficacia» (FJ 6.º).

Hasta aquí nada hay que objetar (salvo quizá la extensión de la referencia al artículo 103.1 y el intento de reconducir, solo a ese precepto, la justificación de la capacidad de constituir fundaciones que se reconoce a las Administraciones públicas). Pero a partir de este punto la argumentación del Tribunal Constitucional no es fácil de compartir.

Como hemos señalado, considera que «la decisión de un ente público de constituir una fundación para el cumplimiento de los fines que le son propios no supone el ejercicio del derecho de fundación reconocido a los particulares en el art. 34.1 CE sino el de la potestad de autoorganización que corresponde a las Administraciones territoriales». Nos encontramos, «ante personificaciones instrumentales con forma fundacional constituidas por la Administración para la tutela de los intereses públicos que tiene normativamente encomendados» (el resaltado es nuestro). Hace entonces el Tribunal una alusión a su Auto 206/1999, de 28 de julio (en nuestra opinión muy desafortunado en cuanto a la argumentación utilizada, aunque el fallo fuese acertado), referido precisamente a la condición funcional o laboral del puesto de director general de la Fundación del Teatro Lírico, para insistir en que la entidad, «si bien formalmente persona jurídico-privada, puede equipararse en realidad a un Ente público con capital y fines también públicos que actúa en el tráfico jurídico utilizando sólo de manera instrumental la veste fundacional»¹⁴.

Creemos que el Tribunal se mueve por un escenario complicado, que no solo le aparta de su propio planteamiento en base al criterio territorial, que él mismo anunció y que abandona, sino que le lleva a conclusiones más que discutibles. Pues en definitiva lo que a la postre mantiene es que las fundaciones de iniciativa pública son entidades que han de ser consideradas de naturaleza y titularidad públicas, con todas sus consecuencias.

Tras resaltar el carácter instrumental de las fundaciones de iniciativa pública¹⁵, considera que del mismo se extraen varias consecuencias (ninguna de las

¹⁴ Palabras del Fundamento Jurídico 2 del Auto. El texto transcrito lo es del FJ 6 de la Sentencia.

¹⁵ «7. La decisión del legislador de reconocer a las personas jurídico-públicas la capacidad para constituir fundaciones (art. 8.4 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones) tiene como consecuencia la posibilidad de que las Administraciones públicas empleen instrumentalmente la legislación reguladora de esta concreta forma de personificación jurídica que, según hemos indicado, ha de concretarse de conformidad con el “concepto de fundación al que se refiere dicho precepto constitucional [el art. 34.1 CE], coincidente con el admitido de forma generalizada entre los juristas” y que integra una “imagen reconocible de la institu-

cuales, por cierto, tienen que ver con el criterio territorial, que en principio parecería que debería ser para el Tribunal, como él mismo apuntó, el fundamental para decidir la controversia):

En primer lugar, el alcance limitado de las actividades de las fundaciones constituidas por la Administración General del Estado ¹⁶ se traduce en que «su actuación en ningún caso puede desbordar los límites trazados por la distribución de competencias, *resultando a este respecto indiferente que la actuación de la Administración General del Estado se lleve a cabo directamente a través de sus propios órganos y servicios o mediante personificaciones instrumentales de Derecho público o privado (STC 52/1994, de 24 de febrero, FJ 5)*» (la cursiva es nuestra). Esta es una peligrosa y confusa afirmación del Tribunal. No sólo viene a equiparar a estos efectos a las fundaciones de iniciativa pública con cualquier Administración, sino que olvida, por un lado, que hay actividades y funciones públicas respecto de las que tal opción no es posible, pues deben reservarse a entidades de derecho público [con acierto el art. 46.1.a) de la Ley 50/2002 prohíbe a las fundaciones del sector público estatal «ejercer potestades públicas»], por otro, que el citado artículo 46.1 está redactado para limitar las actividades de tales fundaciones (no para equipararlas, a estos efectos, a la Administración) y, por último, que tal amplitud en la «capacidad de autoorganización» (criterio equivocado) que se reconoce a la Administración, olvida que los destinatarios de las actividades de esta son los ciudadanos, mientras que los de las fundaciones son los beneficiarios, que con dificultad conceptual pueden invocar derechos subjetivos frente a la fundación. Como uno de nosotros ya ha señalado en otro lugar, «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 ¹⁷ ni su habilitación o legitimación

ción preservada por el art. 34 CE» (STC 341/2005, de 21 de diciembre, FJ 7). Sin perjuicio de que el legislador deba, por ello, respetar esa imagen, el carácter instrumental de las fundaciones respecto de las Administraciones públicas que las han creado, y por lo que aquí interesa de las fundaciones del sector público respecto de la Administración del Estado, tiene, no obstante, diversas consecuencias para su régimen jurídico entre las cuales cabe destacar las siguientes».

¹⁶ Que «únicamente podrán realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades del sector público estatal fundadoras, debiendo coadyuvar a la consecución de los fines de las mismas» [art. 46.1.b) de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre].

¹⁷ Fue pionero en el estudio del régimen de los beneficiarios de las fundaciones (o de la beneficencia) L. M. 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», *Anuario de Derecho de Fundaciones 2009*, Asociación Española de Fundaciones-Iustel, Madrid, pp. 29 y ss.

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»¹⁸.

En segundo término, señala el Tribunal que «la circunstancia de que quien actúa a través de estas fundaciones no sea un particular sino un ente público... *afecta necesariamente a las potestades de intervención administrativa sobre las fundaciones que, tal y como ya hemos señalado, se fundamentan precisamente en la necesidad de asegurar que estas últimas cumplan con los fines de interés general que justificaron su creación en ejercicio del derecho fundamental reconocido en el art. 34.1 CE*» (la cursiva es nuestra).

«En el caso de las fundaciones del sector público, sigue el Tribunal, el servicio al interés general y la garantía de legalidad también resultan constitucionalmente obligados y, por tanto, capaces de habilitar potestades de control administrativo sobre su actuación, pero ello no tiene lugar en el marco de lo dispuesto en el art. 34.1 CE —“para fines de interés general, con arreglo a la ley”—, sino en el que se deriva del art. 103.1 CE, que llama a la Administración a *servir “con objetividad los intereses generales”*, así como a actuar “de acuerdo con los principios de eficacia [y] jerarquía, ... con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”» (la cursiva es nuestra). Una vez más diferimos del planteamiento que hace el Tribunal Constitucional. La intervención administrativa sobre las actividades de las fundaciones de iniciativa pública y el cumplimiento de sus fines va mucho más allá que la del Protectorado. El control económico y presupuestario, o las exigencias en materia de contratación, se fundamentan en su vinculación a la Administración y al uso, en su caso, de recursos públicos. Pero no en el servicio objetivo del interés general. Este criterio es válido, en su caso, en la fase de creación de la fundación (que sí debe justificarse en tal servicio objetivo), pero no en el desarrollo de sus funciones, pues el interés general del artículo 103 no es coincidente con el del 34¹⁹. Por otra parte, el principio de jerarquía no es en absoluto aplicable a las relaciones entre la Administración fundadora y la propia fundación. Tal principio se aplicará, en su caso, en los términos que establezcan los estatutos de esta, pero no por disposición del artículo 103. Los fundadores y las fundaciones no se rigen en sus relaciones por el principio de jerarquía. Tampoco las fundaciones de iniciativa

¹⁸ Vid. PIÑAR MAÑAS, «Entidades privadas e interés general: el papel de las Fundaciones», en *Anuario de Derecho de Fundaciones 2010*, Asociación Española de Fundaciones-Iustel, Madrid, pp. 281 y ss.

¹⁹ Sobre ello nos remitimos de nuevo a PIÑAR MAÑAS, «Entidades privadas e interés general...», ob. cit.

pública. Por tanto, la argumentación del Tribunal no es adecuada, en nuestra opinión, como parte de su postura a la hora de estimar el recurso.

En tercer lugar, para el Tribunal, el carácter instrumental de las fundaciones del sector público «determina también que el ejercicio de las competencias de control administrativo sobre su actuación tenga materialmente por objeto la actuación de la Administración territorial que se sirve de esa personificación, lo cual revela que su ejercicio... se enmarca en el ámbito de las relaciones jurídicas entre los entes públicos —con independencia de cuál sea su régimen de personificación y de funcionamiento— a través de los cuales actúa el Estado» y resalta que el artículo 46.2 de la Ley 50/2002, de Fundaciones, dispone que el protectorado de las fundaciones del sector público estatal «se ejercerá, con independencia del ámbito territorial de actuación de las mismas, por la Administración General del Estado».

Tras hacer las anteriores consideraciones, el Tribunal analiza el «canon que resulta aplicable al control de la constitucionalidad del precepto impugnado».

Por un lado, señala el Tribunal, «la Comunidad de Madrid es titular de la competencia respecto de las “fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en la Comunidad de Madrid” (art. 26.1.26 EAM), de tal manera que, según sostuvimos en nuestra STC 341/2005, de 21 de diciembre, FJ 4, será “el legislador autonómico el habilitado para ejercer la amplia libertad de configuración que el texto constitucional le confiere cuando se trate de fundaciones que realicen su actividad principalmente en el territorio de la Comunidad Autónoma, mientras que lo será el estatal en los supuestos no cubiertos por las aludidas previsiones estatutarias”». Sin embargo, el Tribunal concluye tajantemente que *«lo que en modo alguno puede hacer la Comunidad de Madrid en el ejercicio de su competencia es extender el ámbito de aplicación de la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de fundaciones de la Comunidad de Madrid, a las fundaciones del sector público estatal. Y ello no tanto porque al hacerlo se esté interfiriendo en el ámbito propio del ejercicio de la potestad de autoorganización de la Administración General del Estado —ya que a ésta le seguirá siendo posible acometer su actividad a través de la forma de la fundación—, sino porque, en tal caso, la decisión de actuar a través de la interposición de una fundación tendría como consecuencia el sometimiento de la actuación de la Administración General del Estado, realizada en ejercicio de sus propias competencias, a un conjunto de controles administrativos de legalidad que, de no haberse empleado la veste fundacional, no resultarían de aplicación. Este es el sentido del artículo 46.2 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones, que como ya se ha indicado establece que el protectorado de las fundaciones del sector público estatal “se ejercerá, con independencia del ámbito territorial de*

actuación de las mismas, por la Administración General del Estado”. Y es que no resulta constitucionalmente aceptable que la actuación de la Administración del Estado quede sometida a un sistema de control administrativo de legalidad por parte de una Comunidad Autónoma a raíz de una decisión adoptada exclusivamente por esta última. Del hecho de que la Administración General del Estado *adopte esa opción organizativa para la más adecuada persecución de los fines que les son propios* no puede derivarse atribución competencial alguna que justifique que otra Administración territorial establezca mecanismos administrativos para controlar o supervisar el modo en que se ejercen las competencias del Estado cuya existencia no se plantearía de no haberse optado por la forma jurídica de fundación» (la cursiva es nuestra).

No creemos que sea posible compartir la argumentación que acabamos de transcribir. Una vez más creemos que el Tribunal debería haber evitado considerar las fundaciones de iniciativa pública como personificaciones de la Administración, casi administraciones al fin y al cabo, sin tener en cuenta las peculiaridades de la figura fundacional. No son una simple «opción organizativa para la más adecuada persecución de los fines que les son propios», como más atrás ya hemos advertido. Sin perjuicio de que existen casos en que una Administración puede condicionar el ejercicio de sus actividades por otra a través de controles de legalidad. El urbanismo o el medio ambiente nos facilitan múltiples ejemplos.

Tras analizar y desestimar el recurso planteado contra el apartado primero de la disposición adicional primera de la Ley 1/1998 ²⁰ (en lo que ahora no podemos entrar), el Tribunal se centra en el apartado segundo de la disposición adicional primera, cuyo tenor literal conviene recordar:

«Se entenderá, a los efectos previstos en el artículo 1.1 de la presente Ley que las fundaciones constituidas por las Universidades Públicas de la Comunidad de Madrid, desarrollan principalmente sus actividades en el territorio de ésta».

Y en este caso, el Tribunal se circunscribe, exclusivamente, al ámbito territorial como criterio de atribución de competencias, sin entrar para nada en los argumentos que ha utilizado en relación con las Fundaciones del sector público estatal.

Reitera algunas de las consideraciones hechas anteriormente (por ejemplo, «que la constitución de fundaciones por parte de las Universidades públicas no

²⁰ «La Comunidad de Madrid, podrá requerir del Registro de Fundaciones de competencia estatal, y en tanto éste no se haya constituido, de los Protectorados estatales, la documentación e información relativa a las fundaciones domiciliadas en el territorio de la Comunidad de Madrid, al objeto de determinar su ámbito territorial de actividad».

implica el ejercicio del derecho reconocido en el artículo 34.1 CE —cuya vulneración ha de ser descartada por este motivo—, sino de la habilitación reconocida en el artículo 8.4 de la Ley 50/2002», pero a continuación resalta que «la disposición cuya constitucionalidad ahora analizamos no debe encuadrarse en la materia competencial correspondiente a las Universidades, es decir, en la de “enseñanza en toda su extensión, niveles y grados” (art. 29.1 EAM), sino en la relativa a las fundaciones (art. 26.1.26 EAM), puesto que el objeto del precepto es el régimen jurídico de las fundaciones creadas por las universidades públicas radicadas en la Comunidad de Madrid y su contenido es la regla en virtud de la cual dichas fundaciones quedarán sometidas en todo caso a la Ley 1/1998, de 2 de marzo. Por consiguiente, el reparto de competencias entre el Estado y la Comunidad Autónoma debe regirse por el criterio territorial establecido por el legislador estatutario (art. 26.1.26 EAM) en virtud del cual la competencia sobre esas fundaciones corresponderá a la Comunidad Autónoma si “desarroll[an] principalmente sus funciones en la Comunidad de Madrid”, mientras que la competencia habrá de corresponder al Estado en caso contrario». Y concluye que «la norma impugnada supone una extralimitación competencial del legislador autonómico, en cuanto que fija una presunción *iuris et de iure* conforme a la cual todas las fundaciones de las Universidades públicas de la Comunidad de Madrid quedan sujetas a la competencia de esta Comunidad Autónoma por la única y exclusiva razón de la ubicación territorial de la persona jurídico-pública creadora».

¿Por qué el Tribunal no utiliza aquí el criterio de que estamos ante fundaciones cuya titularidad última corresponde a las Universidades, o el criterio de la autoorganización, lo que implicaría una violación de la autonomía universitaria?

Creemos, en suma, que de la Sentencia que con brevedad y urgencia hemos comentado cabría extraer algunas conclusiones equívocas:

Primera, que las fundaciones de iniciativa pública son en definitiva personificaciones jurídico-públicas, integrantes de la Administración fundadora y una herramienta de la que libremente pueden disponer las Administraciones para el cumplimiento de sus fines. Por el contrario, no cualquier fundación es posible y no cualquier fin es posible. El recurso a las fundaciones por parte de las Administraciones Públicas no puede considerarse con la extraordinaria amplitud, y normalidad, con que lo hace el Tribunal Constitucional.

Segunda, que en ningún caso cabe que una Administración ejerza el Protectorado sobre fundaciones constituidas por otra Administración Territorial. ¿A quién corresponde entonces el Protectorado sobre las fundaciones constituidas por entidades locales, toda vez que ni la ley estatal ni las autonómicas

prevén la posibilidad de que aquellas puedan ejercer tal función de control, reservándola solo a la Administración del Estado o a las de las Comunidades Autónomas? Por otro lado, ¿a quién correspondería el protectorado sobre una hipotética fundación creada por el Consejo General del Poder Judicial, o el Defensor del Pueblo, o cualquier otro órgano constitucional? ¿Quedarían huérfanas de control, teniendo en cuenta que el propio Tribunal Constitucional ha bendecido la función de Protectorado en el marco del artículo 34 de la Constitución?

Tercera, que el ejercicio del Protectorado sobre las fundaciones de iniciativa estatal incide en el ejercicio de las competencias propias de la Administración del Estado, pero no así el ejercido sobre las creadas por las Universidades Públicas, en cuyo caso el criterio determinante es solo el territorial, olvidando, de seguirse la misma lógica argumental utilizada para las primeras, que el Protectorado no solo puede incidir en el ejercicio de las funciones propias de las Universidades, sino en su propia autonomía, que goza de garantía constitucional, nada menos.

Creemos que habría sido mucho más fácil declarar la inconstitucionalidad de los preceptos impugnados por incorporar una presunción *iuris et de iure* en cuanto al ámbito territorial de la actividad de las fundaciones de iniciativa estatal o de las Universidades Públicas madrileñas, contraria a la libertad constitucional que deriva del artículo 34 en relación con la voluntad del fundador. Es el fundador, y no la ley autonómica, el que determina el ámbito de las actividades de la fundación. Lo cual, además, podría haberse puesto en relación con lo dispuesto en el artículo 46.2 de la Ley de Fundaciones. Por otra parte, en cualquier caso, el ámbito territorial de las actividades no puede ser definido de modo restrictivo en los casos en que, como sucede cabalmente con la Fundación del Teatro Real, sus actividades trascienden claramente el reducido ámbito del local en el que se desarrollan físicamente, pues tienen una trascendencia no solo nacional, sino internacional, que justifican la atribución del Protectorado a la Administración del Estado.

Las fundaciones en la Región de Murcia

Manuel Fernández Salmerón

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Murcia

Pilar Juana García Saura

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Administrativo
Universidad de Murcia

SUMARIO: I. RESTRUCTURACIÓN Y RACIONALIZACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO REGIONAL E INCIDENCIA EN EL ÁMBITO DE LAS FUNDACIONES.—II. ANÁLISIS ACUMULADO DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES RECAÍDAS EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LA REGIÓN DE MURCIA EN MATERIA DE FUNDACIONES.

I. Restructuración y racionalización del sector público regional e incidencia en el ámbito de las fundaciones

Tal y como terminamos refiriendo en el informe precedente de este Anuario relativo a la Región de Murcia, la situación de grave crisis económica y, en consecuencia, de insuficiencia financiera de las Administraciones Públicas que vive España desde hace algunos años, determinó una contundente intervención del Presidente de la Comunidad Autónoma, Ramón Luis Valcárcel Siso, anunciando una drástica reducción del 30 por ciento de los casi cien entes dependientes de la CARM, entre personas jurídico-públicas (organismos autónomos, consorcios, etc.) y privadas (sociedades mercantiles o fundaciones), bien directamente a través de supresiones, bien de operaciones de absorción.

Pues bien, inmediatamente antes de la finalización del año 2010, la Asamblea Regional aprobó la polémica Ley 5/2010, de 27 de diciembre, de medidas extraordinarias para la sostenibilidad de las finanzas públicas, en cuyo artículo 31, por lo que ahora interesa, se preveía lo siguiente: «1. El Consejo de Gobierno deberá ordenar la realización de actuaciones necesarias conducentes a la reducción del número de entes integrantes del sector público regional, de manera que, antes de la finalización del ejercicio 2011, dicho número no supere el 30 por ciento de los que a 31 de diciembre de 2010 recoge el Inventario de Entes del Sector Público de la Comunidad Autónoma, publicado por el Ministerio de Economía y Hacienda [...] 2. A tal efecto, cada consejero deberá

proponer, y el Consejo de Gobierno acordar, antes del 1 de marzo de 2011, la relación de unidades adscritas o dependientes de su consejería, el plazo en el que, como máximo, se prevea concluir todas las operaciones necesarias para su extinción, y el órgano de su consejería responsable de la consecución del objetivo. De estos acuerdos del Consejo de Gobierno se dará comunicación a la Asamblea Regional antes de fin de dicho mes [...] 3. Mediante Decreto del Consejo de Gobierno se podrá acordar la modificación de la naturaleza o extinción de organismos o entidades que, de acuerdo con la normativa vigente, precisase norma con rango de ley [...] 4. La supresión de unidades tiene como finalidad la minoración de las aportaciones que debe hacer la Comunidad para su funcionamiento, por cuya razón los acuerdos de extinción deberán hacer posible esa reducción».

Sin perjuicio de que a día de hoy (agosto de 2011) no se hayan publicado los correspondientes acuerdos —o, en su caso, decretos— de extinción, la norma fue muy pronto modificada por la Ley 1/2011, de 24 de febrero, sobre todo en materia de personal al servicio de la Administración regional, cuyas medidas han sido con mucho las que mayor sensibilización —y movilización— social han suscitado. En materia organizativa, las modificaciones introducidas por la nueva norma fueron ciertamente escasas, aunque no de relieve menor. En efecto, el artículo 34 de la Ley 5/2010, de 27 de diciembre, disponía, en su redacción originaria, que «todas las unidades integrantes del sector público regional que propongan la realización de gastos de naturaleza contractual o subvencional que superen la cifra de 60.000 euros deberán solicitar la autorización del titular de la consejería de la que dependan o a la que estén adscrita, antes de la licitación o de publicar la convocatoria, en caso de subvenciones de concurrencia competitiva, o de acordar su concesión, en caso de subvenciones de concesión directa [...] 2. La petición de autorización será elevada para su otorgamiento por el Consejo de Gobierno si el gasto a autorizar supera la cantidad de 300.000 euros».

La nueva redacción del precepto pasaba a aclarar a qué concretos entes afectaba la medida: a los referidos en los párrafos b), c) y d) del artículo 1 de la Ley 4/2010, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2011. Por lo que a este informe interesa, quedaban afectadas, por estar comprendidas en la última de las letras de dicho precepto de la Ley 4/2010, todas las fundaciones del sector público regional cuyos presupuestos se integran en el general de la Comunidad Autónoma ¹. Además, se aclaraba expresamente en un nuevo apartado 3,

¹ Fundación Mariano Ruiz Funes.
Fundación Orquesta Sinfónica de la Región de Murcia.

que la autorización no sería exigible cuando tales gastos «tengan lugar con posterioridad a la licitación o a la publicación de la convocatoria, en el caso de subvenciones de concurrencia competitiva, o de que se acuerde la concesión, en el caso de las subvenciones de concesión directa». Asimismo, la Ley 5/2010 contempló la extensión de la función interventora, entre otras, a las fundaciones integrantes del sector público regional (art. 35) ².

Tanto la Ley 4/2010 como su consecutiva, la Ley 5/2010, contienen otra serie de medidas aplicables también a las fundaciones del sector público regional, tanto en materia de ejecución presupuestaria ³, como de contratación ⁴. No obstante, en el ámbito presupuestario la primera de ellas establece un nuevo y específico régimen para las fundaciones del sector público regional ⁵. En tal sentido, se lleva a cabo una sensible modificación de la disposición adicional 2.ª del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre, en los siguientes

Fundación Agencia de Desarrollo de las Industrias Creativas de la Región de Murcia.
Fundación Séneca, Agencia Regional de Ciencia y Tecnología.
Fundación Alzheimer.
Fundación para la Formación e Investigación Sanitaria.
Fundación Integra.
Fundación Murciana para la Tutela y Defensa Judicial de Adultos.
Fundación Instituto Euromediterráneo del Agua.
Fundación Agencia de Gestión de Energía de la Región de Murcia.
Fundación Parque Científico de Murcia.

² En los siguientes términos: «cuando para asegurar una más adecuada gestión de cualquiera de los entes públicos, entidades públicas empresariales, fundaciones y sociedades del sector público regional, sea necesario, el titular de la Consejería de Economía y Hacienda podrá acordar su sometimiento al régimen de función interventora. El ejercicio de esta función será ejercido por personal propio de la Intervención General o, en caso de no contar con medios suficientes, con personal de otros centros designado a tal efecto por el Interventor General de quien dependerá funcionalmente. Sus actos tendrán la misma consideración que los propios de los interventores y estarán sometidos al mismo régimen que para ellos establece la normativa vigente». No obstante, en términos más taxativos se pronuncia la disposición adicional 10.ª de la mencionada Ley 4/2010, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2011, específicamente en relación con las fundaciones, al disponer que «Las fundaciones del sector público autonómico a que se refiere la disposición adicional segunda del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre, serán objeto de auditoría por la Intervención General de la Comunidad Autónoma».

³ Artículos 37 a 41 de la Ley 5/2010, de 27 de diciembre.

⁴ Destacando, entre otras medidas, la prohibición de que las entidades integrantes del sector público regional puedan organizar ni contratar la organización de grandes eventos que pretendan la proyección de la imagen de la región por importe superior a 300.000 euros (art. 45 de la Ley 5/2010, de 27 de diciembre).

⁵ Disposición adicional 22.ª de la Ley 4/2010, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2011.

términos. En primer lugar, la principal novedad consiste en la previsión de varios tipos de presupuestos para este tipo de entes fundacionales: un *presupuesto administrativo*, que recogerá las previsiones de gastos e ingresos, estructuradas de acuerdo con la clasificación económica vigente para la Administración General de la Comunidad Autónoma; un *presupuesto de explotación* y un presupuesto *de capital* (único previsto en la redacción anterior de la norma) en los que se detallarán los recursos y dotaciones anuales correspondientes y que estarán constituidos, respectivamente, por una previsión de la cuenta de pérdidas y ganancias y del estado de flujos del correspondiente ejercicio. Todos ellos, cuya estructura se fijará anualmente por la Consejería competente en materia de Hacienda, en la Orden de elaboración de los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma, se integrarán en estos.

En segundo lugar, conviene destacar la previsión, sin duda razonable, consistente en condicionar las aportaciones que figuran con cargo a los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma en los presupuestos de las fundaciones del sector público autonómico, y en la documentación complementaria de los mismos, a las cantidades resultantes de la aprobación definitiva de tales presupuestos. El párrafo segundo del nuevo apartado 6.º de la disposición adicional 2.ª del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia añade que si las referidas aportaciones fueran modificadas por la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma, las fundaciones del sector público autonómico deberán adaptar sus presupuestos y la documentación complementaria, dentro de los dos primeros meses del ejercicio, y remitirlos por conducto de la Consejería de la que dependan a la competente en materia de Hacienda, para que esta los someta a la aprobación del Consejo de Gobierno.

Finalmente, debe señalarse que, una vez revalidada por el Sr. Valcárcel la Presidencia de la CARM a partir de los comicios celebrados en mayo de 2011, la materialización del mencionado «adelgazamiento» ha continuado siendo más bien modesta. En realidad y a pesar de que se ha operado una reducción organizativa, esta es más bien formal en la medida en que afecta al número de las consejerías, que pasan de las diez resultantes del Decreto del Presidente 17/2010, de 3 de septiembre, de reorganización de la Administración Regional ⁶, a las ocho establecidas en el vigente Decreto del Presidente 12/2011, de 27 de junio ⁷, fruto de la unificación de las Consejerías de Presidencia y Justicia y Sanidad y Políticas Sociales (anterior de «Política Social, Mujer e Inmigración»). Ciertamente, no ha sido posible el incremento en el

⁶ BORM núm. 205, de 4 de septiembre de 2010.

⁷ BORM núm. 146, de 28 de junio de 2011.

número de fundaciones, al amparo de la taxativa prohibición contenida en la disposición adicional 14.^a de la Ley 4/2010, de 27 de diciembre ⁸, pero, insistimos, sigue sin advertirse la referida y anunciada reducción.

II. Análisis acumulado de las resoluciones judiciales recaídas en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en materia de fundaciones

A la vista de la escasez de las políticas regionales murcianas desplegadas en materia de fundaciones durante el año 2010, hemos considerado oportuno llevar a cabo en la presente entrega del informe una panorámica selectiva de las resoluciones dictadas, en la materia que nos ocupa, por los órganos jurisdiccionales radicados en el territorio de la Comunidad Autónoma durante los últimos años. Y conviene adelantar que a través de dicho análisis se observa, en principio, la ausencia de cuestiones de verdadera enjundia dirimidas en tales pronunciamientos.

Con respecto a las dictadas por la *Audiencia Provincial*, todas fueron dictaminadas por la Sala de lo Civil, versando en su mayoría sobre cuestiones relativas a las funciones encomendadas a la *Fundación Murciana sobre Defensa y Tutela Judicial de Adultos*, organización de naturaleza fundacional cuya actuación se circunscribe a las personas mayores de edad residentes en la Comunidad Autónoma de Murcia, que se encuentren incapacitadas legalmente y en relación con las cuales la Autoridad Judicial le atribuya su tutela por carecer éstas de familia, personas o instituciones idóneas para ejercerla, dependiendo tal entidad del Instituto Murciano de Acción Social (IMAS). En este sentido, cabe destacar las Sentencias 497/2010, de 30 de septiembre (Sección 4.^a); 285/2009, de 9 de diciembre (Sección 5.^a); 198/2008, de 12 de marzo (Sección 5.^a); 355/2007, de 27 de noviembre (Sección 5.^a) y 172/2006, de 27 de abril (Sección 1.^a).

Por otra parte, dos resoluciones versan sobre conflictos relativos al uso de marcas por parte de fundaciones. La primera de ellas, la Sentencia 620/2010, de 25 de noviembre (Sección 4.^a), dirime el conflicto sobre el uso de la marca

⁸ Que establece que «durante el ejercicio 2011 no se procederá a la creación de organismos públicos, otras entidades de derecho público, sociedades mercantiles regionales, consorcios, ni fundaciones del sector público autonómico a que se refiere la disposición adicional segunda del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia, en el sector público regional, excepto las que se produzcan como consecuencia de una reestructuración del sector público regional y previo informe preceptivo de la Dirección General de Presupuestos».

Betania, fruto de un recurso de apelación interpuesto contra una sentencia dictada en primera instancia por un Juzgado de lo Mercantil⁹. Se plantea al tribunal la cesación en la violación del derecho de uso exclusivo y excluyente de tal marca. El principal motivo alegado por la parte actora fue el riesgo de confusión a la hora de recibir donaciones. La segunda sentencia dirime otro conflicto similar, esta vez sobre el uso de la denominación comercial «*UE Universidad Empresa*» por afectar supuestamente a la Ley de Competencia Desleal y constituir publicidad engañosa. En este caso, la parte demandada, la «*Asociación para el desarrollo Universidad-Empresa*» tenía concedido un uso de sus marcas registrales y la parte actora (*Fundación Universidad-Empresa*) no aportaba elementos suficientes para llegar a prohibir tal uso de modo excluyente¹⁰.

Como acabamos de plantear, tales cuestiones, dirimidas durante los últimos años por la Audiencia Provincial, no dejan de ser controversias con una incidencia muy escasa sobre el régimen jurídico de las fundaciones.

Con respecto a jurisprudencia emanada del *Tribunal Superior de Justicia*, se puede afirmar que la producción ha sido sensiblemente mayor. La Sala de lo Social aborda cuestiones relacionadas con despidos laborales de trabajadores vinculados a fundaciones, con escasa especificidad por razón de la naturaleza fundacional del empleador¹¹.

También llegan a esta Sala cuestiones relativas a conflictos colectivos suscitados en el seno de entes fundacionales, como es el caso del abordado en la Sentencia 871/2005, de 10 de octubre¹². En ella se dilucida la aplicación a los trabajadores de la *Fundación pública Hospital de Cieza* del convenio colectivo relativo a «*Limpieza de Edificios y locales de la Región de Murcia para los años 2004–2008*»¹³. Este convenio establecía un «*plus tóxico, penoso y peligroso*»¹⁴ para compensar a dichos trabajadores la peligrosidad, toxicidad o penosidad que pudiera existir en sus puestos de trabajo de un porcentaje del salario

⁹ Sentencia 42/2009, de 21 de septiembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Murcia. En ella la parte actora es la *Residencia de Ancianos Hogar Betania*, fundación canónica privada, y la parte demandada es la *Fundación Marraja Nuestro Padre Jesús Nazareno*, versando el pleito sobre infracción del derecho de propiedad industrial.

¹⁰ Sentencia 164/2006, de 29 de mayo (Sección 2.ª).

¹¹ Sentencias 530/2009, de 10 de julio; 61/2007, de 29 de enero; 1757/2004, de 21 de junio; 735/2002, de 26 de junio, y 232/2002, de 18 de febrero.

¹² Otra sentencia sobre conflicto con los trabajadores es la 679/2003, de 19 de mayo.

¹³ BORM núm. 164, del sábado 17 de julio de 2004. No obstante, y como ya se adelantó en el informe anterior de este Anuario, dicha institución sanitaria perdió en 2009 su naturaleza de fundación privada de la Comunidad Autónoma.

¹⁴ Artículo 27 del Convenio Colectivo.

base para todos los trabajadores que presten sus servicios en centros hospitalarios públicos dependientes del Instituto Nacional de Salud (INSALUD) o de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. El sindicato interpone un recurso de suplicación pretendiendo el reconocimiento de la aplicabilidad del mencionado plus. El tribunal ratificó la sentencia anterior, entendiendo que no resultaba de aplicación dicho convenio colectivo al *Hospital de Cieza* precisamente por ser la naturaleza de éste la de Fundación con personalidad jurídica propia, inscrita en el Registro de Fundaciones de la Comunidad Autónoma y no dependiente del INSALUD ni de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, sino regida por un Patronato autónomo. De este modo se desbarataba la fundamentación alegada por el sindicato —esencialmente reconducible a la célebre técnica del «levantamiento del velo»—, que aludía a que «este hospital depende, básicamente de la Administración Regional, integrado en la Red de Hospitales Públicos de la Región de Murcia, en concreto es el Hospital Comarcal del Área VI del Servicio Murciano de Salud y ello independientemente de que su naturaleza jurídica sea fundacional». En este sentido, se aborda una de las características fundamentales de las fundaciones públicas, al menos en el ámbito laboral, que es el afectado por la sentencia: la consistente en estar dotadas de personalidad jurídica propia, distinta de sus fundadores, de forma que, aunque hayan sido constituidas por Administraciones Públicas, no se transforma su naturaleza jurídica en la propia de éstas.

Por su parte, la Sala de lo Contencioso-Administrativo resuelve cuestiones de diversa índole. En primer lugar, la relativa a la funcionarización del personal laboral de una fundación pública. La Sentencia 992/2009, de 21 de noviembre, establece que los trabajadores de una fundación pública (*Universidad Popular*) dependientes de un Ayuntamiento (Mazarrón), no pueden considerarse estrictamente como personal laboral municipal, ya que dependen de una fundación y no de una Administración Pública directamente, como es el Ayuntamiento. Esta cuestión fue planteada por un trabajador de dicha fundación que quedó excluido de la lista de aspirantes admitidos para participar en un proceso de funcionarización del personal laboral fijo convocado por dicho consistorio. Además, se daba la circunstancia de que en los Estatutos de la Fundación se excluía de forma expresa la posibilidad de que el personal a su servicio pudiera adquirir la condición de funcionario público.

En segundo lugar, otro tema evaluado por este orden jurisdiccional es el referido a la denegación de inscripción en el Registro de Fundaciones públicas de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. En este sentido, aludimos a las Sentencias 439/2008 y 755/2007, de 16 de mayo y 31 de julio, respectivamente. En la primera de ellas se desestima el recurso interpuesto por

la «Fundación Murciana para la investigación y docencia Ginecológica y Obstétrica» contra la Orden de la Consejería de Presidencia de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia de 25 de febrero de 2004, por la que se desestimaba el recurso de alzada formulado contra la resolución de la Secretaría General de dicho departamento, de 20 de enero de 2004. Se trata aquí de otra cuestión crucial para el régimen jurídico de las fundaciones: cuándo y cómo se consideran válidamente constituidas. Tanto la legislación ya derogada, la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones e incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, como la actualmente vigente Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, exigían que la escritura contuviese la dotación, su valoración y la forma y realidad de su aportación. Además esta última ley exige el establecimiento de un capital mínimo.

En el caso que nos ocupa, el problema surgió debido a que la primera escritura de constitución de la fundación (de fecha 27 de febrero de 2002), no podía tener plena validez a los efectos de su constitución pues, según constaba en la escritura de complemento que se realizó posteriormente (de fecha 28 de agosto de 2003), no se acreditó el ingreso del capital social, de las aportaciones en efectivo. Esa fue la razón por la que se otorgó la nueva escritura, quedando válidamente constituida la fundación sólo a partir de este segundo otorgamiento. En esta fecha había entrado ya en vigor la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (que inicia su vigencia en enero de 2003), por lo que el régimen aplicable a todos los efectos era el contenido en la misma y, concretamente para la dotación fundacional, su artículo 12. En efecto, en la disposición transitoria 1.^a de la Ley 50/2002 se establecía que las fundaciones ya constituidas no se someterán, en cuanto a su dotación, a lo dispuesto en el artículo 12. En consecuencia, las que en esa fecha no estuvieran válidamente constituidas, como sucedió en el caso de la actora, sí debían cumplir lo dispuesto en dicho artículo. Por esta razón, el *Protectorado de Fundaciones Docentes y de Investigación* evacuó un informe desfavorable a la inscripción de la fundación por falta de dotación, conduciendo ello a que la Secretaría General de la Consejería denegase su inscripción en el Registro General de Fundaciones, acto que fue recurrido por la parte actora.

En tercer lugar, otra serie de sentencias versa sobre el asimismo trascendente momento del nacimiento de las fundaciones. Es el caso de la Sentencia 755/2007, de 31 de julio. Interesa destacar que, en esta resolución, la Sala profundiza en el papel o misión del *Protectorado*. Este tiene el deber de evacuar un informe vinculante dirigido a preservar los fines fundacionales y mantenerlos en el plano de la legalidad. Este informe constituye un requisito previo para que la Administración Pública competente proceda a la inscripción de la fundación en el Registro. Cuando en la escritura de constitución de una fun-

dación no queda acreditado que la dotación establecida en la misma sea la adecuada para el cumplimiento de sus fines (incluso bajo la vigencia de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, que no exigía el establecimiento en la escritura de una dotación mínima), el Protectorado debe intervenir de forma incisiva. Esta intervención debe consistir en comprobar si la dotación establecida por los socios de la fundación es presumiblemente adecuada para el cumplimiento de los fines de la misma. Si aquellos no justificaran debidamente este aspecto, el protectorado, como garante de la legalidad de las fundaciones, debe emitir un informe desfavorable impidiéndose así su inscripción en el registro, lo que resulta plenamente ajustado a Derecho. Como afirma esta sentencia, *«si bien es cierto que las fundaciones son, ante todo, personas jurídicas de Derecho Privado, surgidas de la autonomía de los particulares y ajenas a la organización pública, no obstante la relevancia que la Constitución les asigna cuando reconoce en su artículo 34 el derecho de fundación para fines de interés general y las somete, además de a la regulación legal, a las previsiones de su artículo 22.2 y 4, hace que precisamente en atención a esos fines de interés general, el legislador haya previsto la intervención del Protectorado... en diversos aspectos de las mismas. Protectorado que tiene por misión facilitar el recto ejercicio del derecho de fundación y asegurar la legalidad de su constitución y funcionamiento. Y a estos objetivos se orientan las facultades que le confieren los textos legales»* (FJ 2.º).

En cuarto lugar, otras sentencias se refieren a la cuestión, también determinante, del modo de extinción de las fundaciones. Concretamente, nos referimos a la Sentencia 670/2002, de 29 de junio, que decide la solicitud de nulidad del acuerdo del Pleno Municipal del Ayuntamiento de Totana por el que se estima la moción de un grupo político sobre disolución de la *Fundación La Santa de Totana*. En dicho acuerdo se declaraba la imposibilidad del cumplimiento de los fines fundacionales y se facultaba al alcalde para verificar los trámites oportunos que pudieran conducir a su extinción ¹⁵.

Por último, y a título meramente enunciativo, cuestiones sobre el otorgamiento de subvenciones ¹⁶, el reconocimiento, a distintos efectos, de trabajos realizados ¹⁷ o el establecimiento de sanciones ¹⁸, todas ellas referidas a funda-

¹⁵ Otra sentencia sobre tema similar es la 265/2000, de 15 de marzo, relativa a la impugnación del acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de San Javier que disolvía el Organismo Autónomo denominado *«Patronato Municipal de Teatro»*.

¹⁶ Sentencias 339/2008, de 18 de abril, y 469/2004, de 28 de julio.

¹⁷ Sentencia 871/2007, de 14 de septiembre. Asunto: Prácticas MIR realizadas en la Fundación Jiménez Díaz no reconocidas a efectos de trienios por el Servicio Murciano de Salud. Para serlo, los servicios prestados deben serlo en la Administración Pública en sentido estricto. La jurisprudencia viene reiteradamente confirmando las decisiones de las Administraciones

(Nota 18 en pág. sig.)

ciones, son también habituales en la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia.

públicas de denegación de aquellos servicios que no han sido prestados en órganos administrativos.

¹⁸ Sentencia 388/2001, de 30 de mayo. Asunto: Alarmas en el Museo Ramón Gaya. El Ayuntamiento de Murcia invoca un interés legítimo insuficiente —sus funciones de tutela— para impugnar la sanción impuesta a una fundación, organismo autónomo municipal, el «Museo Ramón Gaya», que goza de capacidad y personalidad jurídica independientes.

Las fundaciones en la Comunidad Foral de Navarra

Martín M.^a Razquin Lizarraga

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Pública de Navarra

SUMARIO: I. JURISPRUDENCIA SOBRE FUNDACIONES.—II. CAJA NAVARRA, BANCA CÍVICA Y FUNDACIONES.—III. INFORMES DE LA CÁMARA DE COMPTOS SOBRE FUNDACIONES.

I. Jurisprudencia sobre fundaciones

En la jurisdicción contencioso-administrativa se han venido dictando sentencias que tienen relación con las fundaciones. En ellas se han tratado diversos temas que pueden agruparse en las siguientes materias:

a) *Legitimación activa.*

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra se ha enfrentado en diversas Sentencias con la alegación por parte de la Administración demandada de la falta de legitimación activa de la fundación recurrente. Todas estas sentencias tienen relación con el uso del vascuence por las Administraciones públicas de Navarra con diversas variantes, como es el fomento de dicho uso, la plantilla orgánica de las Administraciones Públicas o el modo de ingreso en el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea.

En varios casos la recurrente es la Fundación Cultural «Euskara Kultur Elkargoa». Se acepta su legitimación, dados los fines de la fundación de promover todo tipo de actividades en pro del euskera y de la cultura vasca cuando se trata de disposiciones de ámbito general como la petición de rotulación bilingüe o de publicación de textos también en euskera en la página web del Gobierno de Navarra. En ambos casos se admite el recurso, aunque se desestima el mismo (Sentencias de 21 de noviembre de 2005, recurso núm. 254/2004, y de 31 de enero de 2006, recurso núm. 1051/2003).

Por el contrario, en el caso de que el recurso se haya dirigido contra aspectos organizativos de la Administración como es la plantilla orgánica (relación de puestos de trabajo) o contra la regulación de derechos de los empleados públicos no se admite la legitimación activa de estas Fundaciones. Así pue-

den verse las Sentencias de la misma Sala de 29 de julio de 2003, recurso núm. 815/2001, y de 4 de noviembre de 2003, recurso núm. 964/2001. En la Sentencia de 28 de julio de 2003, recurso núm. 79/2003, se acepta la legitimación en relación con el recurso formulado contra la plantilla orgánica del Ayuntamiento de Pamplona, solo porque dicha legitimación había sido admitida en vía administrativa.

b) *El caso de la Fundación Humanismo y Democracia.*

En el apartado III del presente trabajo se hará referencia al informe de fiscalización de la Cámara de Comptos de Navarra en el que se analiza la concesión de subvenciones por parte de la Administración Foral (cooperación al desarrollo) a la Fundación Humanismo y Democracia.

A resultas de estos hechos, la Fundación interpuso varios recursos que cabe dividir en dos grupos:

1) Recursos contra el reintegro de las subvenciones: en diversas Sentencias se examina el recurso contra los actos administrativos por los que se acuerda el reintegro de las subvenciones concedidas a esta Fundación. Se desestiman los recursos examinados en las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 15 de enero de 2007, recurso núm. 62/2006; de 10 de octubre de 2007, recurso núm. 654/2006, y de 25 de enero de 2008, recurso núm. 202/2007. Por el contrario, se estima parcialmente el recurso en la Sentencia de 3 de junio de 2009, recurso núm. 655/2006.

2) Reclamaciones de responsabilidad patrimonial conjuntamente contra la Administración Foral y contra dos periódicos editados en Navarra. Los recursos instan la responsabilidad patrimonial conjunta por las noticias publicadas en dichos medios de comunicación en relación con el caso de la Fundación Humanismo y Democracia y los hechos relatados en el informe de fiscalización de la Cámara de Comptos. Las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 27 de febrero de 2009, recurso núm. 492/2007, y de 29 de octubre de 2009, recurso núm. 396/2007, desestiman los recursos interpuestos por la Fundación citada.

c) *Otros aspectos.*

En este epígrafe se da noticia de otras Sentencias que tratan una gran diversidad de aspectos en relación con las fundaciones.

El primero de ellos es el de la responsabilidad patrimonial de la Administración y de una Fundación (la Fundación Aspace) con motivo de la gestión

de un servicio público. La Sentencia de 20 de diciembre de 2003, recurso núm. 604/2001, condena a la Administración y a la Fundación Aspace al abono de los daños y perjuicios instados en el recurso por el particular que había sufrido un accidente y que estaba ingresado en el centro «Infanta Elena» gestionado por la citada Fundación.

En segundo lugar, la Sentencia de 2 de septiembre de 2010, recurso núm. 438/2009, versa sobre la subvención concedida a la Fundación Asilo de Ancianos San José de Valtierra y estima el recurso interpuesto condenando a la Administración Foral al pago de una determinada cantidad por sobrecoste de equipamiento.

Seguidamente, la Sentencia de 1 de junio de 2006, recurso núm. 98/2005, desestima el recurso interpuesto contra la resolución de la Administración Foral por la que se acuerda no firmar el contrato de adquisición de unos retratos a una fundación. El motivo es que el representante legal de la Fundación Marqueses de Murillo para Navarra no acredita que esté facultado para la venta de los cuadros. No se discute la capacidad de obrar del recurrente, ni su condición de Patrono de sangre de la Fundación y su condición de representante de esta, sino que no acredita tener el *ius disponiendi* para la venta de los cuadros sitos en el convento de Nuestra Señora de los Ángeles de Arizkun (Navarra).

Por último, se ha dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Pamplona una Sentencia, con fecha 31 de agosto de 2010, en relación con una resolución del alcalde de Tudela sobre abono de subvención a la Fundación para la Conservación del Patrimonio Histórico de Navarra por la realización de la exposición «Tudela. El legado de una catedral». Los recurrentes son concejales del Ayuntamiento de Tudela que están en desacuerdo con el pago de la subvención a esta Fundación y se fundamentan en el informe de Intervención municipal que requiere la subsanación de diversos aspectos antes de proceder al pago final de la subvención (el 25% restante). El Juzgado da la razón a los recurrentes, en primer lugar, porque el Tribunal Administrativo de Navarra (que había intervenido en la vía administrativa previa) no había resuelto todas las cuestiones planteadas en el recurso de alzada presentado ante dicho Tribunal Administrativo. Seguidamente entra en el fondo del asunto, es decir, en el análisis de la medida de fomento que supone la subvención y acepta las razones contenidas en la nota de reparo de la Intervención municipal que debieron ser tenidas en cuenta antes de procederse al abono final de la subvención. En consecuencia, estima el recurso contencioso-administrativo y anula la resolución administrativa impugnada.

II. Caja Navarra, Banca Cívica y Fundaciones

Tras las correspondientes negociaciones entre el Estado y Navarra se procedió a formalizar la aprobación de los nuevos Estatutos de Caja Navarra. En concreto estos Estatutos fueron, primero, aprobados por Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 10 de mayo de 2010 y, posteriormente, ratificados por Acuerdo del Gobierno de Navarra de 17 de mayo de 2010. Su entrada en vigor se produjo el día 16 de junio de 2010 tras su inscripción en el Registro Mercantil.

La idea rectora de la modificación consistía en la despolitización de los órganos de gobierno y administración de Caja Navarra, que estaban formados por los miembros del Gobierno de Navarra, ostentando la presidencia de la Caja de Ahorros el Presidente del Gobierno de Navarra.

La exposición de motivos de los nuevos Estatutos indica que se parte del respeto al carácter foral de Caja Navarra y a su naturaleza de entidad fundacional privada de carácter benéfico-social.

Este carácter fundacional se ratifica en el artículo 1 de los Estatutos donde se afirma que Caja Navarra «es una institución de crédito de naturaleza fundacional y de carácter benéfico-social bajo el protectorado público del Gobierno de Navarra...». Se añade que esta entidad es de duración indefinida y está exenta de ánimo de lucro. Y se concluye que «el Gobierno de Navarra y el Excmo. Ayuntamiento de Pamplona tendrán a todos los efectos la consideración de entidades fundadoras».

Por su parte, el artículo 2, dedicado al régimen legal de Caja Navarra, en su apartado 2, incide en desarrollar este carácter fundacional, al disponer que «en su condición de Entidad fundacional privada de carácter benéfico-social, la Caja goza de los beneficios y derechos que la legislación otorga y reconoce a las instituciones de esta naturaleza, a las Cajas de Ahorros y a los Montes de Piedad».

Sus fines son los propios de una Caja de Ahorros que se especifican en el artículo 4.º (funciones crediticias, de depósito, financieras, de inversión y similares). Dentro de ellos se contiene uno directamente relacionado con las fundaciones: «la creación, sostenimiento y promoción de obras sociales y de interés cultural, bien directamente o mediante la dotación y patrocinio de Fundaciones creadas al efecto» [letra f) del apartado 1].

La estructura orgánica de Caja Navarra se compone del Consejo General, al que corresponde el gobierno supremo, el Consejo de Administración, la Comisión Ejecutiva, la Comisión de Control y el Director General. Las enti-

dades fundadoras designan, por medio del Presidente del Gobierno de Navarra (ahora de la Comunidad Foral de Navarra), a cinco miembros de un total de 50 del Consejo General.

Además se crea, aunque no como órgano de gobierno, la Junta de Entidades Fundadoras (arts. 70 y siguientes) como una instancia consultiva, que emite informes bien con carácter preceptivo o facultativo (art. 72). Esta Junta está compuesta por representantes de la entidades fundadoras y está presidida por el Presidente del Gobierno de Navarra.

Los Estatutos regulan en su Título IX la Obra Social de la entidad, con especial referencia a la creación de una Fundación: «La dirección y administración ordinaria de la Obra Social se realizará, bajo la supervisión del Consejo de Administración y de la Comisión ejecutiva, mediante una Fundación creada por la Caja, la cual podrá establecer distintas formas de colaboración con otras fundaciones o entidades» (art. 77.2). E incluso se recogen disposiciones relativas a la organización de esta Fundación de la Obra Social.

En relación con esta Fundación de la Obra Social hay que advertir que Caja Navarra ya cuenta con ella. Sus Estatutos han sido modificados este mismo año 2011 y se han remitido para su inscripción al Registro de Fundaciones de Navarra. La modificación estatutaria obedece a la necesidad de adaptarlos a la nueva realidad, con la desaparición del Presidente del Gobierno y de la Caja como presidente de la Fundación. Ahora el presidente de la Fundación será un miembro del Consejo de Administración o de la Comisión de Control de Caja Navarra designado por el Patronato.

Los nuevos Estatutos de la Fundación la definen como una Institución privada de naturaleza fundacional y carácter benéfico-social fundada por la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Navarra conforme a lo previsto en la Ley 44 del Fuero Nuevo o Compilación del Derecho Privado Foral de Navarra (art. 1.º1). Se ratifica que la entidad fundadora es Caja Navarra, que ostenta a todos los efectos la condición de fundadora y patrocinadora de la Fundación (art. 1.º3). Se rige por sus Estatutos y también por la Ley Foral 10/1996, de 2 de julio (art. 2.º1). Y en su condición de Institución fundacional privada de carácter benéfico-social, goza de los beneficios y derechos que la legislación otorga y reconoce a las instituciones de esta naturaleza (art. 2.º2). Tiene asimismo la condición foral navarra (art. 3.º). Su órgano de gobierno es el Patronato, que podrá constituir en su seno una Comisión permanente y, asimismo, podrá crearse un Consejo Asesor (art. 6.º). Como órgano de ejecución se prevé la figura del Director de la Fundación (art. 29.º). Por último, cabe referirse a la dotación fundacional. El artículo 34.º dispone que «la dotación fundacional inicial de la Fundación es de seiscientos un mil doce euros, con diez cénti-

mos de euro (601.012,10 Euros), teniendo asimismo la consideración legal de dotación, de un lado, los resultados que la entidad fundacional aplique anualmente a la Fundación de la Obra Social y, de otro lado, los bienes y derechos que durante la existencia de la Fundación afecte la entidad fundadora con carácter permanente a los fines de la Fundación deviniendo titularidad de la misma».

Por otra parte, mediante Acuerdo del Consejo General de Caja Navarra de 18 de mayo de 2011 se ha acordado segregar la totalidad de los elementos patrimoniales (activos y pasivos) que componen su negocio financiero, produciéndose su integración en Banca Cívica, formada además de por Caja Navarra, por Caja Canarias, Caja de Burgos y Cajasol. El día 22 de junio de 2011 se ha firmado el documento de segregación de todas las Cajas incorporadas a Banca Cívica. Esta decisión se inscribe dentro de las nuevas disposiciones contenidas en la reforma estatal sobre Cajas de Ahorros y en el marco de las recomendaciones del Banco de España en relación con estas instituciones financieras. De momento no se ha producido ninguna modificación de los Estatutos de Caja Navarra, a pesar de que la actividad financiera va a ser ahora desarrollada por la nueva entidad que es Banca Cívica, aunque se está en proceso de modificación estatutaria.

El traspaso de los elementos patrimoniales a Banca Cívica no supone, por tanto, la desaparición de Caja Navarra, que participa de forma relevante en los órganos de decisión y administración de Banca Cívica. Asimismo han quedado excluidos de este traspaso los activos y pasivos afectos a la Obra Social de Caja Navarra. En definitiva, Caja Navarra pasa de un ejercicio directo de la actividad crediticia y financiera a un ejercicio indirecto por medio de Banca Cívica.

III. Informes de la Cámara de Comptos sobre Fundaciones

La Cámara de Comptos, órgano fiscalizador de la Comunidad Foral de Navarra, ha emitido dos informes de fiscalización relativos a fundaciones, en concreto, respecto de la concesión de subvenciones a fundaciones privadas.

El primero de los citados informes, de 27 de diciembre de 2004, versa sobre la Fundación Museo Jorge Oteiza. Se trata de una fundación privada constituida en el año 1996 con el propósito de construir el Museo Jorge Oteiza en la localidad navarra de Alzuza, donde se recogerá la obra cedida por Jorge Oteiza. Como indica el informe de fiscalización, en la práctica el Gobierno de Navarra ha soportado la actividad económica de la Fundación tanto desde el punto de vista de su financiación como de su control.

Por tanto, al analizar en sus conclusiones el carácter jurídico de la Fundación, la Cámara de Comptos afirma que «nos encontramos ante una fundación privada, financiada casi en su totalidad con fondos públicos, razón por la que, seguramente, se incluye como pública en las Cuentas Generales de Navarra de 2003, y que cuenta en su patronato con dos representantes del Gobierno de Navarra» (p. 13).

El informe finaliza con una conclusión general y unas recomendaciones derivadas tanto del deficiente funcionamiento de la Fundación (dejación de obligaciones contables y presupuestarias, incumpliendo sus propios estatutos y la Ley de Fundaciones) como de que sus ingresos proceden, principalmente, de las subvenciones concedidas por el Gobierno de Navarra. Por eso se recomienda que la Fundación cumpla la normativa vigente en materia de contabilidad y registros y otros aspectos, así como que procure conseguir fuentes de financiación ajenas a los Presupuestos Generales de Navarra.

El segundo informe de fiscalización, de fecha 18 de abril de 2006, versa sobre las subvenciones concedidas por el Gobierno de Navarra a la Fundación Humanismo y Democracia en los ejercicios de 2000 a 2005. Esta Fundación es una fundación privada inscrita en el Registro de Fundaciones Docentes del Ministerio de Educación y Cultura, que desarrolla asimismo determinadas actividades sociales, por las que ha recibido subvenciones dentro del área de cooperación al desarrollo por un importe de 1.188.636,19 euros, teniendo reconocida la cantidad total de 1.996.911,40 euros, lo que significa que resta una cantidad importante pendiente de pago. En relación con la pendencia de pago, existe un expediente abandonado y otros expedientes respecto de los cuales se han remitido las actuaciones al Ministerio Fiscal para su análisis. Además se advierte la presencia de facturas relativas a empleados públicos por el asesoramiento prestado en relación con las actividades de la Fundación.

Las recomendaciones con que concluye este segundo informe de 2006 van dirigidas a la realización de un control y seguimiento de la ejecución de las actividades subvencionadas, así como a la exigencia de la presentación de la documentación justificativa del desarrollo de los proyectos subvencionados.

El informe concluye dando cuenta de la interposición de recurso contencioso-administrativo por parte de la Fundación contra acuerdos del Gobierno de Navarra. A los recursos interpuestos por esta Fundación y a las correspondientes sentencias que los resuelven me he referido en el apartado I del presente trabajo.

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. LA REGULACIÓN DE LAS SUBVENCIONES A FUNDACIONES CON DEPENDENCIA ORGÁNICA DE PARTIDOS POLÍTICOS.—III. JURISPRUDENCIA.—IV. INFORMES DEL TRIBUNAL VASCO DE CUENTAS PÚBLICAS: 1. *Informe de fiscalización de la Fundación Museo Guggenheim Bilbao (ejercicios 1999 a 2007)*. 2. *Informe de fiscalización de la Fundación privada para el Centro Superior de Música del País Vasco (2009)*.

I. Introducción

En esta *Crónica* anual daremos cuenta de algunas actuaciones que, aunque heterogéneas, tienen en común innovar o aplicar el Derecho de Fundaciones en la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Así, una levisísima modificación normativa nos dará pie a analizar, en primer lugar, la regulación establecida para la concesión de subvenciones a fundaciones dependientes de los partidos políticos.

Mencionaremos también un par de sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que aplican la normativa fundacional para resolver sendos recursos contencioso-administrativos.

Finalmente, haremos referencia a dos informes de fiscalización del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas sobre dos relevantes fundaciones (Museo Guggenheim Bilbao y Musikene, respectivamente), algunas de cuyas actuaciones se han visto envueltas en polémicas que han alcanzado elevados grados de notoriedad pública en el País Vasco.

II. La regulación de las subvenciones a fundaciones con dependencia orgánica de partidos políticos

En el ordenamiento autonómico vasco, el Decreto 164/2008, de 30 de septiembre ¹, regula la concesión de subvenciones a fundaciones y asociacio-

¹ BOPV de 9 de octubre de 2008.

nes con dependencia orgánica de partidos políticos con representación en el Parlamento Vasco ².

El punto de partida es el reconocimiento de que tales entidades «contribuyen con su actividad a la formación y el desarrollo del pensamiento político, social y cultural de la ciudadanía» (según su Exposición de Motivos), quedando el objeto de tales subvenciones delimitado a «la realización de programas o actividades ya sean de estudio y desarrollo del pensamiento político y social ya sean de ámbito cultural» (art. 1).

Las entidades beneficiarias son, estrictamente, aquellas a las que se refiere el título del Decreto, no pudiendo concurrir a las ayudas más de una entidad del mismo partido político (art. 2.1 y 3). Se establece qué es lo subvencionable y cuáles gastos no son subvencionables (art. 3). Y el órgano administrativo encargado de la gestión de las subvenciones es la Dirección de Servicios del Departamento de Cultura (art. 4).

Las convocatorias se prevén anuales (art. 5), a partir de los créditos presupuestarios establecidos al efecto en los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma del País Vasco (art. 1.2). Y la evaluación de las solicitudes presentadas se encomienda a una Comisión de Valoración, formada por cinco miembros (art. 8.1, modificado en los términos señalados en la nota 2), que eleva su propuesta de resolución a la Consejera de Cultura, quien decide finalmente (art. 8.3). Asimismo, se establecen unos criterios y subcriterios de valoración (art. 9) y expresamente se indica su compatibilidad con otras subvenciones, siempre y cuando no exista sobrefinanciación (art. 10).

En fin, las obligaciones de las entidades beneficiarias quedan determinadas con precisión (art. 12), así como el abono de los pagos (art. 13), la liquidación de la subvención (art. 14) y los supuestos de incumplimiento (art. 15).

III. Jurisprudencia

Sólo podemos mencionar en este apartado dos sentencias dictadas en 2010 por la *Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco*.

² Cuyo artículo 8.1 ha sido modificado el pasado año por el Decreto 200/2010, de 13 de julio (*BOPV* de 22 de julio de 2010); pero simplemente para adaptarlo a la nueva denominación y a la adscripción al Departamento de Justicia y Administración del actual Director de Registros Administrativos y de Régimen Local (que antes lo era de Estudios y Régimen Jurídico del Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social). *Vid.* la referencia al nuevo diseño organizativo en la *Crónica* del pasado año, aptdo. II.

1. La primera es la *Sentencia de 17 de marzo de 2010*, rec. núm. 644/2009, que para desestimar el recurso reitera su anterior de 17 de febrero de 2010, a la que ya tuvimos oportunidad de hacer cumplida referencia en la anterior *Crónica* (aptdo. IV.2), que trataba de la transformación de una Sociedad Anónima Pública en una Fundación.

2. La segunda es la *Sentencia de 22 de septiembre de 2010*, rec. núm. 1381/2008, y resuelve sobre una negativa a facilitar determinadas certificaciones, con respecto a una concreta Fundación, por parte del Registro de Fundaciones³. Lo que aquí interesa es que, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 RRFPV, el Registro es público para todos quienes tengan interés legítimo; perfilándose este concepto en su aptdo. 2, donde se señala que se presume tal interés por el solo hecho de la presentación de la solicitud cuando se trata de datos referentes a las resoluciones de inscripción, denominación, finalidad y domicilio. Si bien cuando se solicitan otros datos registrales diferentes de los anteriores, será preciso que el solicitante justifique suficientemente un interés legítimo (aptdo. 3).

En el caso, el Tribunal reconoce a la sociedad recurrente el interés legítimo a conocer quién y desde cuándo aparece en el Registro como Patrono de la Fundación (condición que resultaba controvertida en otro proceso judicial), pero sin que ello ampare la amplia y genérica petición de todos los documentos y datos registrales sobre tal Fundación que había realizado. A estos efectos, la Sala precisará que:

«No se trata de exigir una explicación pormenorizada del concreto interés en relación con todos y cada uno de los datos registrales que se interesen, como parece entender la recurrente, sino de evitar peticiones ilimitadas, genéricas o inconcretas, y la que examinamos lo es, en la medida en que interesa de la Encargada del Registro, toda la información registral de esa Fundación y por todos los medios de publicidad registral previstos en el artículo 14 del Decreto 101/2007 (certificación del contenido de los asientos, nota simple informativa y copia compulsada de los documentos).

En ese sentido, el artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que regula el derecho de acceso a archivos y registros, obliga a los particulares a formular petición individualizada de los documentos que deseen consultar, de forma que no se vea afectada la eficacia del servicio, sin que quepa, salvo para su consideración con carácter potestativo, formular solicitud genérica sobre una materia o conjunto de materias.

³ Como ya se dejó indicado en la *Crónica* publicada en 2009, este Registro de Fundaciones está regulado por su Reglamento, aprobado por Decreto 101/2007, de 19 de junio (en adelante RRFPV).

Y es llano que, en este caso, sin necesidad de entrar a analizar si podía o no quedar afectada la eficacia del Registro, el único dato que singulariza la peticionante en sus escritos —dejando a salvo el extremo relativo al cargo de Patrono— es el de la Fundación sobre la que se solicita información registral, y este elemento se revela insuficiente a los efectos de acreditar el interés cualificado del artículo 13.3 del Decreto 101/2007».

IV. Informes del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas

Dos informes fechados en 2010, relacionados con el control de la actividad económico-financiera de sendas fundaciones de indudable relevancia, pueden tener algún interés para esta *Crónica*.

1. *Informe de fiscalización de la Fundación Museo Guggenheim Bilbao (ejercicios 1999 a 2007)*⁴

Conviene precisar, en primer lugar, las características de esta Fundación, que no son nada sencillas.

Así, el 13 de diciembre de 1991 el Gobierno Vasco, la Diputación Foral de Bizkaia y Solomon R. Guggenheim Foundation suscribieron un acuerdo de servicios de desarrollo y programación para el Museo Guggenheim Bilbao, complementado con un acuerdo de gestión firmado el 21 de diciembre de 1994.

El entramado institucional establecido en dichos acuerdos para la construcción, puesta en marcha y funcionamiento del Museo es:

— Inmobiliaria Museo de Arte Moderno y Contemporáneo de Bilbao, SL, cuyo objeto es la adquisición y propiedad del solar y la construcción y propiedad de la sede física del Museo.

— Fundación del Museo Guggenheim Bilbao, creada por el Gobierno Vasco y la Diputación Foral de Bizkaia, para la gestión, dirección, mantenimiento, conservación y promoción del Museo.

— Tenedora Museo de Arte Moderno y Contemporáneo de Bilbao, SL, para llevar a cabo el programa de adquisiciones de obras de arte. Con esta misma fecha se emite informe de fiscalización del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas por el mismo período.

⁴ Fechado el 13 de mayo de 2010 y a cuyo contenido completo se puede acceder en la dirección <http://www.txostenak.es/pdf/FUNDACION-GUGGENHEIM-99-07.pdf>.

La Fundación se constituye por el Gobierno Vasco, la Diputación Foral de Bizkaia y la Solomon R. Guggenheim Foundation el 3 de junio de 1996. Su objeto social es la gestión, dirección, mantenimiento, conservación y promoción del Museo, que reunirá, conservará y exhibirá el arte del siglo XX en el marco de una obra singular de la arquitectura, sirviendo de símbolo cultural de la revitalización económica del País Vasco y de la orientación internacional de la Solomon R. Guggenheim Foundation. En concreto, se establecen los siguientes objetivos:

- Crear un programa de exposiciones de arte moderno contemporáneo a nivel internacional y de calidad comparable a la de la Solomon R. Guggenheim Foundation.
- Conservar la colección del Museo y servir de recurso a otros museos y galerías.
- Estudiar, interpretar y exhibir la colección.
- Realzar la imagen internacional de Bilbao.
- Realizar otras actividades complementarias que tengan como finalidad la promoción o realización de manifestaciones culturales, conferencias, ediciones, libros, etc.

Conviene precisar de entrada que, para el Tribunal Vasco de Cuentas Públicas, la actividad contractual de la Fundación, en cuanto que se trata de un poder adjudicador, siempre que supere umbrales comunitarios, está sujeta a las normas incluidas en las directivas comunitarias sobre coordinación de procedimientos de adjudicación de contratos de obras, servicios y suministro, y a partir de la aprobación del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, al estar incluida expresamente en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante TRLCAP), le resultan de aplicación los artículos referidos a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación. Por debajo de estos umbrales, deberá ajustar su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia.

Asimismo, se deben cumplir los principios de igualdad, mérito y capacidad en la contratación de personal.

La fiscalización de la actividad de la Fundación abarca los siguientes aspectos:

- Legales: cumplimiento de la normativa que resulte de aplicación tanto en la contratación de bienes y servicios, como en la contratación del personal.

— Contables: conformidad de la documentación financiera de la Fundación a los principios contables que resulten de aplicación.

— El alcance del trabajo no incluye un análisis sobre la eficacia y eficiencia del gasto.

No es posible recoger aquí todos los detalles de la actividad fiscalizadora llevada a cabo y la opinión que le merece al Tribunal Vasco de Cuentas Públicas⁵. Ahora bien, procede advertir que este Informe resulta de mucha utilidad no sólo para conocer el nivel de cumplimiento de la legalidad (en los tres primeros aspectos) y de los principios contables (en el segundo), sino que permite desentrañar el complejo entramado de funcionamiento de esta importante Fundación.

2. Informe de fiscalización de la Fundación privada para el Centro Superior de Música del País Vasco (2009)⁶

Como en el caso anterior, conviene indicar que la Fundación Privada para el Centro Superior de Música del País Vasco se constituyó por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi el 7 de junio de 2001, inscribiéndose en el Registro de Fundaciones del País Vasco el 11 de julio de 2001. La dotación fundacional aportada ascendió a 1.797 miles de euros, siendo su objeto la gestión, promoción y soporte, sin afán de lucro, de las iniciativas y actividades relacionadas con la enseñanza de la música de grado superior y con el Centro Superior de Música del País Vasco. Esta Fundación es una fundación del sector público de la Comunidad Autónoma del País Vasco, conforme a lo dispuesto en el Decreto Legislativo 1/1997, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco, al que se incorpora un capítulo relativo a las fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma del País Vasco, a través de la Ley 5/2006, de 17 de noviembre, del Patrimonio de Euskadi, y su posterior Texto Refundido aprobado por el Decreto Legislativo 2/2007, de 6 de noviembre.

Al igual que en el caso anterior, la fiscalización de la gestión económico-financiera se realiza conforme a la Ley 1/1988 del Tribunal Vasco de Cuentas

⁵ Un autorizado resumen puede encontrarse en la «Nota de prensa del TVCP sobre el Informe de fiscalización de la Fundación del Museo Guggenheim Bilbao 1999-2007» [recogido en [http://www.txostenak.es/pdf/np-FUNDACION-GUGGENHEIM-99-07-\(1\).pdf](http://www.txostenak.es/pdf/np-FUNDACION-GUGGENHEIM-99-07-(1).pdf)].

⁶ Fechado el 22 de diciembre de 2010 y a cuyo contenido completo se puede acceder en la dirección <http://www.txostenak.es/pdf/9875musikene2009.pdf>.

Públicas, estando incluida en el Plan de Trabajo para 2010 a petición de la Comisión de Economía, Hacienda y Presupuestos del Parlamento Vasco.

El informe abarca, asimismo, los siguientes aspectos:

- Legales: revisión del cumplimiento de la normativa aplicable en las áreas presupuestaria y contable, personal y contratación.
- Contables: se analiza si las cuentas se elaboran de conformidad con los principios contables que resultan de aplicación.
- Análisis financiero de la Fundación y evolución académica y docente.
- El alcance del trabajo no incluye un análisis sobre la eficacia y eficiencia del gasto.

No es posible tampoco en este caso recoger aquí todos los detalles de la actividad fiscalizadora llevada a cabo y la opinión que le merece al Tribunal Vasco de Cuentas Públicas⁷. Pero sí podemos adelantar que este Informe detecta importantes disfunciones en la Fundación fiscalizada (que han dado lugar a una contundente y contestada intervención de la Consejería de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco).

⁷ Un autorizado resumen puede encontrarse en la «Nota de prensa del TVCP sobre el Informe de fiscalización de la Fundación Privada para el Centro Superior de Música del País Vasco. 2009» (recogido en <http://www.txostenak.es/pdf/npmusikene2009.pdf>).

CRÓNICA DE LA UNIÓN EUROPEA

Crónica de la Unión Europea

Rosa Gallego García

Subdirectora. Asociación Española de Fundaciones

Presidenta del Comité de Dirección. Donors and Foundations Networks for Grantmaking Support (DAFNE)

SUMARIO: I. ESTATUTO DE FUNDACIÓN EUROPEA.—II. IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO.

I. Estatuto de Fundación Europea

Declaración escrita WD 0084/2010 del Parlamento Europeo

El 10 de marzo el Parlamento Europeo aprobó la declaración escrita WD 084/2010 en la que instaba a la Comisión Europea a presentar propuestas para los estatutos europeos de asociaciones, fundaciones y mutualidades.

La declaración fue impulsada por cinco grupos parlamentarios siendo sus firmantes iniciales los eurodiputados Regina Bastos (EPP), Marc Tarabella (S&D), Renate Weber (ALDE), Pascal Canfin (Greens - EFA) y Marie-Christine Vergiat (GUE-NGL) y obtuvo el apoyo de 386 diputados.

Declaración por escrito sobre el establecimiento de un Estatuto Europeo para las mutualidades, asociaciones y fundaciones

0084/2010

El Parlamento Europeo,

- Vista la Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de febrero de 2009, sobre economía social,
- Vista la Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de mayo de 2010, sobre cómo ofrecer un mercado único a los consumidores y los ciudadanos,
- Visto el artículo 123 de su Reglamento,
- Considerando que la riqueza y el bienestar de la sociedad se derivan de su diversidad empresarial y que las asociaciones, mutualidades y fundaciones contribuyen a dicha diversidad aportando un modelo de actividad caracte-

rístico, basado en unos valores centrales como son la solidaridad, el control democrático y la preferencia por los objetivos sociales frente a los de beneficio,

- Considerando que, hasta hoy, las asociaciones, mutualidades y fundaciones han desarrollado un planteamiento primordialmente nacional y que para ofrecer todas las ventajas de su potencial empresarial en la UE es necesario que mejoren sus accesos transfronterizos,

- Señala la necesidad de crear unas condiciones equitativas de competencia que den a las asociaciones, mutualidades y fundaciones unos instrumentos y posibilidades equivalentes a aquellos de que disponen otras estructuras jurídicas organizativas, ofreciendo así una dimensión europea a su organización y sus actividades,

- Pide a la Comisión que haga lo necesario para presentar propuestas de un Estatuto Europeo para las asociaciones, mutualidades y fundaciones, proponer un estudio de viabilidad y una evaluación de impacto en relación con las asociaciones y las mutualidades, y completar en un plazo adecuado la evaluación de impacto de las fundaciones,

- Encarga a su Presidente que transmita la presente Declaración, acompañada del nombre de los firmantes, a la Comisión, al Consejo y a los Gobiernos y Parlamentos de los Estados miembros.

Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de abril de 2011, sobre el mercado único para los europeos [2010/2278(INI)]

El 6 de abril de 2011 el Parlamento Europeo, en su resolución sobre el mercado único para los europeos ¹, volvió a expresar su apoyo al Estatuto de Fundación Europea. El punto 46 de esta declaración pide la creación de un marco legal apropiado para fundaciones, mutualidades y asociaciones con el fin de otorgarles un estatus europeo, de forma que se evite la incertidumbre legal y se promuevan otras empresas de la economía social y otros proyectos sociales.

¹ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0145+0+DOC+XML+V0//ES>

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones — Hacia un Acta del Mercado Único — Por una economía social de mercado altamente competitiva — Cincuenta propuestas para trabajar, emprender y comerciar mejor todos juntos.

Por tercer año consecutivo el Consejo Económico y Social expresó su apoyo al Estatuto de Fundación Europea. En esta ocasión en el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones — Hacia un Acta del Mercado Único — Por una economía social de mercado altamente competitiva — Cincuenta propuestas para trabajar, emprender y comerciar mejor todos juntos ². Los ponentes del dictamen fueron Benedicte Federspiel, Martin Siecker e Ivan Voles.

El punto 2.5.3 recoge textualmente «El CESE acoge positivamente el compromiso de la Comisión de adoptar un reglamento sobre un Estatuto de la Fundación Europea y de llevar a cabo un estudio sobre las mutualidades. El CESE considera que un estudio de este tipo debería dar lugar a un Estatuto de la Mutualidad Europea. Además, el CESE insta a la Comisión y a los Estados miembros a que tomen las medidas necesarias para garantizar que el Estatuto de la Asociación Europea también se haga realidad».

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 27 de octubre de 2010 titulado «Hacia un Acta del Mercado Único por una economía social de mercado altamente competitiva. Cincuenta propuestas para trabajar, emprender y comerciar mejor todos juntos» ³

La Comisión Europea comenzó en octubre de 2010 un proceso que culminó en abril de 2011 con el objetivo de determinar una serie de acciones prioritarias a realizar en 2012 para mejorar el mercado único con motivo del cumplimiento de su vigésimo aniversario.

El 27 de octubre, por iniciativa del Comisario de Mercado Interior, Michael Barnier, se presentó esta comunicación en la que la Comisión proponía una batería de 50 medidas para impulsar el mercado único en 2012. Dichas medidas se enmarcan en cuatro líneas principales de trabajo:

² http://eescopinions.eesc.europa.eu/EESCopinionDocument.aspx?identifier=ces\int\int548\ces525-2011_ac.doc&language=ES

³ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0608:FIN:ES:PDF>

- **Empresas:** capital destinado a las PYME. El acceso de las PYME a la financiación plantea serias dificultades. Las empresas más pequeñas de Europa no tienen suficiente visibilidad para los inversores potenciales y las exigencias impuestas para cotizar en los mercados financieros son complejas. La Comisión va a presentar propuestas para cambiar esta situación. Además, merced a la simplificación de las normas contables y la facilitación del acceso a los contratos públicos, la Comisión reducirá los costes que deben soportar las PYME. Asimismo, la Comisión estudiará la manera de implantar una base impositiva común para las empresas que desarrollen actividades transfronterizas, lo que también supondría un ahorro de costes.

- **Empresas:** empresas sociales e inversión a largo plazo. Europa dispone de un enorme potencial de desarrollo de empresas sociales. Numerosas han sido, en los últimos años, las iniciativas emprendidas por particulares, fundaciones y empresas para mejorar el acceso de los necesitados a los alimentos, la vivienda, la asistencia sanitaria, el empleo y los servicios bancarios. A fin de fomentar una mayor actividad transfronteriza, la Comisión propondrá desarrollar estatutos europeos para tales organizaciones, con objeto de servir a la economía social y potenciarla. La Comisión alentará también las inversiones a largo plazo, entre otras las de carácter ético, y estudiará la posibilidad de establecer un sistema específico de distintivos.

- **Consumidores:** comercio en línea. Los jóvenes europeos no pueden comprender por qué no pueden comprar música en cualquier sitio web. Actualmente, el funcionamiento del mercado en línea dista mucho de ser adecuado. De ahí que en 2011 la Comisión vaya a proponer normas orientadas a garantizar que los creadores y artistas gocen de una retribución adecuada por la venta de sus obras en toda Europa, mediante el establecimiento de una ventanilla única a efectos de autorización. El logro de estos objetivos se verá asimismo favorecido por la plena implementación de la Directiva de servicios y la actualización de la normativa que regula el comercio electrónico.

- **Trabajadores:** cualificaciones profesionales. Actualmente, 4.600 profesiones están reguladas de distinta manera en los Estados miembros. Es hora, pues, de emprender una profunda revisión de la Directiva sobre las cualificaciones profesionales. La Comisión considera que la introducción de «tarjetas profesionales» reduciría la burocracia que aún subsiste.

En relación con la segunda línea de trabajo cabe destacar la propuesta 37: «por diversos motivos que obedecen fundamentalmente a la naturaleza de su financiación o a la decisión de los accionistas o interesados que apoyan y encauzan los proyectos muy innovadores en el plano social, económico y, en ocasiones, tecnológico, la economía social se estructura a través de una multi-

plicidad de formas jurídicas diferentes (fundaciones, cooperativas, mutualidades, etc.). La Comisión propondrá medidas para mejorar las estructuras jurídicas correspondientes, con objeto de optimizar *su funcionamiento y facilitar su desarrollo dentro del mercado único*».

Esta propuesta se acompañaba de una acción concreta sobre la presentación antes de finales de 2011 de una iniciativa legislativa sobre el Estatuto de Fundación Europea por la Comisión. Dicha iniciativa se considera necesaria ante el incremento de las actividades de las fundaciones en los últimos años y los ambiciosos objetivos que pueden alcanzar en áreas en las que la creatividad y la innovación europeas son esenciales para la competitividad del mercado único en un entorno mundializado, especialmente en el campo de la investigación. Además, la Comisión reconoce cómo los requisitos administrativos, la inscripción registral en otro Estado, la carga de la prueba impuesta a las fundaciones de un Estado miembro de la Unión que se establecen en otro, y las dificultades para poner en común recursos financieros sobre una base transfronteriza dentro de la Unión son todos ellos obstáculos que inhiben hoy el desarrollo de las fundaciones en Europa y que podrían soslayarse mediante un reglamento por el que se cree el Estatuto de la Fundación Europea.

Consulta pública sobre el acta de mercado único

La Comisión Europea realizó una consulta pública sobre el Acta de Mercado Único. El período de la consulta se extendió de noviembre de 2010 a febrero de 2011, recibándose en este período 740 respuestas, cuya procedencia fue:

- ciudadanos individuales: 248 respuestas (33,5%)
- sindicatos: 23 respuestas (3,1%)
- federaciones industriales: 79 respuestas (10,7%)
- empresas: 64 respuestas (8,6%)
- organizaciones de consumidores: 12 respuestas (1,6%)
- organizaciones no gubernamentales: 189 respuestas (25,5%)
- think tanks: 9 respuestas (1,2%)
- otros: 81 respuestas (10,9%)
- administraciones públicas: 35 respuestas (4,7%)

La propuesta n.º 37 «Innovación social» fue la segunda más votada y por tanto una de las doce que la Comisión incluyó en el plan de acción resultante de dicha consulta.

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Acta del Mercado Único Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza «Juntos por un nuevo crecimiento»⁴

Basándose en las contribuciones recogidas en el curso del debate público, así como en los dictámenes y conclusiones del Parlamento Europeo y del Consejo y en los dictámenes del Comité de las Regiones⁵ y del Comité Económico y Social Europeo⁶, la Comisión identificó doce prioridades, por cada una de las cuales propone que la UE adopte antes de finales de 2012 una medida clave que permita estimular el crecimiento y reforzar la confianza de los ciudadanos.

La Comisión presentará en 2011 las propuestas legislativas necesarias para la puesta en marcha de esas medidas clave. Con ellas, el Parlamento y el Consejo podrán responder a la invitación del Consejo Europeo de adoptar antes de finales de 2012 un primer paquete de medidas prioritarias para el relanzamiento del mercado único.

Entre las medidas seleccionadas se encuentra la relativa a empresas sociales. En ella se reconoce la importante contribución de las fundaciones en Europa y la limitación de sus actividades por las dificultades que existen para trabajar simultáneamente en varios países de la UE o para poner en común recursos más allá de las fronteras. Con objeto de eliminar esas dificultades, se recoge específicamente la presentación por parte de la Comisión de un reglamento por el que se establezca el estatuto de la fundación europea.

Comunicados conjuntos del Centro Europeo de Fundaciones y DAFNE (Donors and Foundations Networks for Grantmaking Support)

Las dos organizaciones europeas representantes de más de cinco mil fundaciones emitieron sendos comunicados conjuntos en el que expresaban su satisfacción por la decisión de la Comisión de presentar una regulación de Estatuto de Fundación Europea antes de finales de 2011⁷ y por la declaración escrita del Parlamento Europeo 84/2010⁸.

⁴ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0206:FIN:ES:PDF>

⁵ http://www.toad.cor.europa.eu/ViewDoc.aspx?doc=cdr%5cecos-v%5cdossiers%5cecos-v-009%5cES%5cCDR.330-2010_FIN_AC_ES.doc&docid=2768402

⁶ http://eescopinions.eesc.europa.eu/EESCOpinionDocument.aspx?identifier=ces\int\int548\ces525-2011_ac.doc&language=ES

⁷ http://www.efc.be/EUAdvocacy/EFC%20Statements/2010_SingleMarketAct_EFC_DAFNE_Statement.pdf

⁸ <http://www.efc.be/News/Pages/EuropeanParliamentpledgesupportforEuropeanstatutesforfoundationsassociationsandmutualsocieties.aspx>

II. Impuesto sobre el Valor Añadido

*Consulta Pública de la Comisión Europea sobre el Libro verde sobre el futuro del IVA — Hacia un sistema de IVA más simple, más robusto y eficaz*⁹

La Comisión Europea realizó una consulta pública sobre el Libro verde sobre el futuro del IVA cuyo plazo se extendió del 1 de diciembre de 2010 al 31 de mayo de 2011. El libro verde argumenta que el procedimiento utilizado durante la última década para simplificar y modernizar el sistema del impuesto, aunque ha supuesto resultados positivos, sin embargo ha llegado a su límite, por lo que es necesario avanzar en nuevos planteamientos.

La consulta constaba de treinta y tres preguntas dirigidas a conseguir un desarrollo de la administración y recaudación más eficiente y moderno. Entre las cuestiones planteadas, con especial relevancia para las fundaciones, se planteaba el ámbito de aplicación del impuesto, los tipos de exenciones, así como los tipos reducidos.

Estudio de viabilidad sobre el IVA para los organismos públicos y actividades de interés general

En abril de 2011 se publicó este estudio encargado por la Comisión Europea a Copenhaguen Economics realizado durante el año 2010. El estudio, en línea con los planteamientos ya realizados por esta consultora en su publicación sobre tipos reducidos en 2007, plantea una visión crítica sobre el tratamiento del IVA en el caso de los organismos públicos y de las exenciones existentes para determinados tipos de actividades de interés general. El estudio recoge que existe riesgo de distorsión de la competencia en aquellos estados miembros en los que se produce una diferencia de tratamiento en la aplicación del IVA a dichos organismos.

Según los autores del estudio la distorsión de la competencia se produce fundamentalmente en dos formas:

— La distorsión puede afectar las compras y reducir los incentivos que tienen los organismos públicos para externalizar determinados servicios. El desincentivo se produce porque en la prestación de estos servicios por personal propio no se incorpora IVA a los servicios producidos, mientras que en el caso

⁹ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0695:FIN:ES:PDF>

de la externalización, el organismo público deberá pagar al proveedor un IVA por el servicio prestado que en la mayor parte de los casos no podrá recuperar.

— La distorsión puede, en segundo lugar, tener un efecto por el lado de la oferta de servicios, situando en ventaja a los organismos públicos que no repercuten IVA en sus servicios, frente a empresas privadas, esto en el caso de competición por el servicio.

El estudio ofrece una serie de posibles soluciones a estas distorsiones:

— Sistemas de restitución, que ya funcionan en algunos países, se plantea como la solución para los organismos públicos permitiéndoles recuperar el IVA de sus adquisiciones cuando externalicen sus servicios. El estudio señala que estos sistemas pueden eliminar la primera distorsión pero no la segunda y además plantean que los costes de aplicación de un sistema de restitución pueden ser altos.

— En segundo lugar el estudio propone la aplicación de un modelo de sujeción plena en el que los organismos públicos repercutirían IVA por los bienes y servicios prestados, lo que les permitiría recuperar todo o parte del IVA soportado. Con este sistema, según los autores del estudio, las entidades públicas y las empresas privadas tendrían el mismo tratamiento en relación con este impuesto, eliminándose por tanto las distorsiones.

Los problemas planteados en este estudio en cuanto a los organismos públicos tienen una gran similitud con los que afectan a las entidades sin fines lucrativos en la realización de sus actividades.

CRÓNICA DE IBEROAMÉRICA

Panorama del sector de fundaciones y organizaciones de la sociedad civil en México

Consuelo Castro Salinas

Directora Jurídica
Centro Mexicano para la Filantropía, A.C.

Jorge V. Villalobos Grzybowicz

Presidente Ejecutivo
Centro Mexicano para la Filantropía, A.C.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. DIMENSIÓN DEL SECTOR DE ORGANIZACIONES DE LA SOCIEDAD CIVIL EN MÉXICO.—III. PRINCIPALES FIGURAS ASOCIATIVAS PARA CONSTITUIR UNA ORGANIZACIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL EN MÉXICO.—IV. ESTÍMULOS CON LOS QUE CUENTA UNA ORGANIZACIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL EN MÉXICO: 1. *Estímulos fiscales para las organizaciones de la sociedad civil en México.* 2. *Fondos gubernamentales a los que puede acceder una organización de la sociedad civil en México.*—V. PRINCIPALES MECANISMOS DE TRANSPARENCIA Y DE RENDICIÓN DE CUENTAS DE LAS ORGANIZACIONES DE LA SOCIEDAD CIVIL EN MÉXICO.—VI. DESAFÍOS PARA EL FORTALECIMIENTO DEL SECTOR DE FUNDACIONES Y ORGANIZACIONES DE LA SOCIEDAD CIVIL EN MÉXICO.—VII. VISIÓN DEL SECTOR DE FUNDACIONES Y ASOCIACIONES: 1. *Incrementar la cultura de la ciudadanía responsable.* 2. *Incrementar el número de asociaciones de ciudadanos.* 3. *Mejorar el marco legal.* 4. *Incrementar los recursos disponibles de tiempo, talento y dinero.* 5. *Profesionalización, transparencia y rendición de cuentas.* 6. *Focalizar el aporte del sector a la superación de la pobreza.* 7. *Enfrentar las causas y no solo los efectos de los problemas.* 8. *Profesionalización del trabajo y los servicios.* 9. *Mayor «visibilidad» de las organizaciones ante la comunidad.* 10. *Fortalecer al sector: reconocer liderazgos y hacer alianzas intersectoriales.* 11. *Incidencia en lo público.* 12. *Reanimar la UTOPIA.*

I. Introducción

El sector de fundaciones y organizaciones de la sociedad civil en México ha vivido, en las dos últimas décadas, un profundo proceso de cambios, que le han permitido incrementar su presencia y participación en la vida pública del país. Se trata no solo de un crecimiento sostenido del número de fundaciones donantes y organizaciones de ciudadanos, orientadas a atender la más amplia gama de causas de interés general, sino de una nueva conciencia sobre el papel de la sociedad civil en el desarrollo general del país.

Aunque son muchos, sin duda, los factores que han dinamizado este proceso, y muchos también los actores que han colaborado a este cambio en la

sociedad mexicana, el contenido de este trabajo refleja de diversas maneras la experiencia y visión alcanzada desde la perspectiva del Centro Mexicano para la Filantropía, A.C., institución que nació a finales de 1988 con la misión de «promover y articular la participación filantrópica, comprometida y socialmente responsable de los ciudadanos, organizaciones y empresas, para alcanzar una sociedad más equitativa, solidaria y próspera». Hoy en día el Cemefi cuenta con más de 1.150 miembros, la mayoría fundaciones y organizaciones de la sociedad civil, pero también empresas y personas en lo individual, localizadas en todo el territorio nacional.

A lo largo de estos años, el Cemefi, junto con otros grupos y organizaciones sociales, ha sido un poderoso promotor y catalizador, hasta el presente, de una mayor participación de los ciudadanos en la arena de lo público, buscando fortalecer, por todos los medios posibles, a las organizaciones de la sociedad civil y facilitando alianzas intersectoriales, con el gobierno y con la empresa, en forma dinámica y propositiva, para impulsar proyectos y programas a favor del desarrollo social, cultural y económico de México.

Hace dos décadas, por ejemplo, ninguna Universidad contaba con estudios relacionados con la participación ciudadana organizada y, hoy en día, la mayor parte de ellas los han incorporado, sea como materias específicas en diferentes carreras, diplomados, subsistemas y hasta maestrías.

Los marcos legales y fiscales también han cambiado. Baste decir que en 1995 había alrededor de 1.500 organizaciones autorizadas para emitir recibos deducibles de impuestos por los donativos que recibían y hoy en día son alrededor de 6.000, en parte gracias a que se han ampliado los objetos sociales contemplados para ese efecto en la Ley del Impuesto sobre la renta. También en 2004, luego de un largo proceso de más de diez años, se promulgó la Ley Federal de Fomento a las actividades de las organizaciones de la sociedad civil, que define las características de este tipo de organizaciones y establece derechos y obligaciones para ellas, especialmente en lo referente al acceso a recursos gubernamentales.

También ha cambiado en forma relevante el papel de la empresa. La inclusión de la responsabilidad social en la estrategia de negocios ha traído también una nueva relación de la empresa con la sociedad en su conjunto y particularmente en su manera de hacer inversión social. Hoy en día muchas empresas ya no solo aportan recursos a organizaciones solidarias, sino que se comprometen con causas sociales y para ello se alían de diferentes maneras con las organizaciones.

Dentro del mismo sector va permeando una nueva manera de entender su aporte a la sociedad. Más allá de la vocación de servicio a los demás, esencia de

este sector, se comprende que, para ser eficaces, las organizaciones deben atender más las causas que los efectos de los problemas, es decir, pasar de la visión de asistencia tradicional a la de apoyar a las personas para propiciar el que cada uno tome la responsabilidad de su propio desarrollo en forma autogestiva y que estos procesos deben diseñarse para ser sostenibles en el tiempo, donde las donaciones son solo una de las fuentes y no necesariamente la más importante.

Y en general podemos decir que en la sociedad se está viviendo un cambio de mentalidad sobre el rol de las organizaciones: ya no solo colaboran para atender poblaciones vulnerables, sino que aprovechan la experiencia obtenida al atender problemas para indagar y proponer soluciones de un alcance mayor, a través de las políticas públicas correspondientes.

II. Dimensión del sector de organizaciones de la sociedad civil en México

El aporte del sector no lucrativo en México para el desarrollo social de México resulta incuestionable. Sin embargo, no es sino hasta los últimos años que se cuenta con esfuerzos de sistematización de la información, particularmente de fuentes oficiales que den cuenta de ello.

Dentro de estos esfuerzos, destaca este año el del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), que por primera vez en sus informes presenta un análisis de los resultados estadísticos bajo el título de «Cuenta Satélite de las Instituciones Sin Fines de Lucro de México, 2008» (CSISFLM). En su elaboración se contó con la participación de un Grupo Técnico de Trabajo conformado por el Instituto Nacional de Desarrollo Social (Indesol), el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), la Fundación del Empresariado Chihuahuense (Fechac) y por el propio Centro Mexicano para la Filantropía (Cemefi) ¹.

En estos resultados se da a conocer que la participación que tienen las organizaciones no lucrativas privadas con respecto al Producto Interno Bruto (PIB) representa 0,98% del PIB del país con un equivalente a 118.988 millones de pesos. Un dato relevante es que el número de entidades privadas que realizaron funciones sin fines de lucro en el año 2008 asciende a 40.089 esta-

¹ Los resultados pueden ser consultados en la página www.inegi.org.mx. Es de destacar que en el ámbito internacional, solo doce países cuentan con una Cuenta Satélite de las Instituciones sin Fines de Lucro: México, Japón, Israel, Noruega, Bélgica, Mozambique, Canadá, Nueva Zelanda, República Checa, Australia, Francia y Estados Unidos; lo que pone a nuestro país a la vanguardia.

blecimientos, sin considerar a asociaciones religiosas y políticas. Otro punto de interés es que se reporta que 561.328 personas no remuneradas, es decir, voluntarios, participan en estas organizaciones, y se estima que su labor, de haber sido remunerada, equivale aproximadamente a 28.620 millones de pesos ².

Se considera que, tanto la cuenta Satélite como otras fuentes de información públicas y privadas, permite visibilizar la contribución de la labor en el sector, así como ofrecer insumos que se requieren, tanto para el diseño de políticas públicas, como para la interlocución de las organizaciones con los distintos órdenes de gobierno.

III. Principales figuras asociativas para constituir una organización de la sociedad civil en México

En nuestro país, una organización de la sociedad civil sin ánimo de lucro, como es el caso de una fundación, puede optar por constituirse, ya sea bajo la figura de asociación civil (AC) o bien, en el caso de las organizaciones cuya finalidad es de tipo asistencial, como una institución de asistencia o beneficencia privada (IAP o IBP) ³.

Las Asociaciones Civiles se rigen por el Código Civil del Distrito Federal o de los Estados, en tanto que las Instituciones de Asistencia Privada (IAP) o Instituciones de Beneficencia Privada (IBP) se rigen por la Ley en la materia de la entidad federativa, es decir, del Distrito Federal (DF) o de los Estados.

Una de las principales diferencias entre ambas figuras radica en que las IAP o IBP son supervisadas y controladas en su administración por una entidad gubernamental de carácter estatal, denominada Junta de Asistencia o Beneficencia Privada (JAP) conforme a la Ley en la materia. En el Directorio del Cemefi se encontrarán tanto fundaciones que se han conformado como IAP, IBP o bien AC y se identifican como tales ya que su denominación debe ir seguida de estas abreviaturas.

En algunas legislaciones estatales, las JAP tienen la facultad para autorizar los donativos que una fundación constituida como IAP o IBP llegase a otorgar a otras organizaciones. Se recomienda con anterioridad investigar si, de acuerdo con la legislación local, existen limitaciones o restricciones para que una fundación bajo la figura de IAP destine donativos a organizaciones consti-

² Ver el sitio: www.inegi.org.mx/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/derivada/satelite/sin_fines_lucro/2008/CSISFLM_2008.pdf

³ C. CASTRO SALINAS, *Disposiciones Legales y Fiscales para las Organizaciones de la Sociedad Civil*, CEMEFI, México D.F., 2005.

tuidas como AC, o bien que tengan fines distintos a los asistenciales, como podría ser la promoción de la cultura o de la preservación del medio ambiente.

Por otra parte, existen algunos beneficios para las instituciones de asistencia o beneficencia privada en ciertos estados. Así, por ejemplo, en el Estado de Sinaloa, las IAP están exentas del pago de los honorarios por parte de los notarios públicos, y en el Distrito Federal pueden concursar para obtener fondos del Nacional Monte de Piedad.

Por consiguiente, resulta recomendable que, al formar una organización o fundación, se evalúe previamente la conveniencia de formar una asociación civil, o una institución de asistencia o beneficencia privada, de acuerdo al ámbito de acción así como los beneficios o limitaciones conforme la regulación de la entidad federativa en la que desarrolla su labor.

Una vez constituidas y registradas, las organizaciones deben cumplir con la normatividad correspondiente según sea su ámbito de acción. Así, por ejemplo, en el caso de una organización que promueve la salud deberá observar la Ley General de Salud; una organización de medio ambiente, la Ley General del Equilibrio Ecológico y de Protección al Ambiente. Lo mismo aplica para las instituciones de enseñanza reguladas por la Ley General de Educación y según sea el caso la legislación aplicable en la materia de acuerdo a la obra que lleva a cabo la organización.

Tratándose de organizaciones que no tienen ánimo de lucro, cabe sin duda alguna el tema que se tratará a continuación.

IV. Estímulos con los que cuenta una organización de la sociedad civil en México

Una organización de la sociedad civil en México es reconocida por su labor a través de dos tipos principales de incentivos. Uno de ellos es a través de la legislación fiscal, mediante la cual se le otorga la exención de impuestos tales como el impuesto sobre la renta y el impuesto empresarial a tasa única, así como la autorización para recibir donativos deducibles para sus donantes.

Otro de los principales estímulos consiste en la posibilidad de acceder a recursos públicos. Para ello, la Ley Federal de Fomento a las Actividades desarrolladas por las Organizaciones de la Sociedad Civil ha venido a constituir un marco de referencia importante para que aquellas organizaciones inscritas conforme al registro creado por esta Ley puedan acceder a recursos públicos.

1. *Estímulos fiscales para las organizaciones de la sociedad civil en México*

Una organización o fundación puede acceder a la autorización para estar exenta del pago del impuesto sobre la renta y para expedir recibos deducibles ante el Servicio de Administración Tributaria (SAT), es decir, para ser lo que se denomina comúnmente como «donataria autorizada».

Esta autorización resulta fundamental para la sustentabilidad de la organización, en tanto en México, para muchas organizaciones, su principal fuente de ingresos es a través de los donativos que reciben.

Un número importante de fundaciones se conciben como entidades donantes que aportarán recursos materiales, financieros y humanos a organizaciones para fortalecer la labor y potenciar el ámbito de acción de las organizaciones que operan directamente sus programas.

De acuerdo con el artículo 95 de la Ley del Impuesto sobre la Renta (en adelante, Ley del ISR), las organizaciones de la sociedad civil pueden aspirar a ser donatarias autorizadas si se dedican a los campos que se enlistan a continuación:

- *Asistenciales o de Desarrollo*: atención a requerimientos básicos en materia de alimentación, vestido o vivienda; asistencia o rehabilitación médica en establecimientos especializados; ayuda de servicios funerarios; asistencia jurídica, de orientación social, a personas de escasos recursos; readaptación social; rehabilitación de fármaco dependientes o alcohólicos; educación o capacitación para el trabajo; defensa y promoción de los derechos humanos.
- *Enseñanza*: que cuenten con autorización o con reconocimiento de validez oficial de la Secretaría de Educación Pública (SEP).
- *Culturales*: promoción y difusión de bellas artes; educación e investigación artística; protección, conservación, restauración y recuperación de patrimonio cultural de la Nación; tradiciones de las comunidades indígenas; bibliotecas y museos abiertos al público en general.
- *Investigación científica o tecnológica*: que se encuentren inscritas en el Consejo Nacional para la Ciencia y la Tecnología (CONACYT).
- *Medio ambiente y ecología*: Organizaciones que se dedican a la preservación e investigación de la flora y fauna silvestre y acuática en peligro de extinción y en zonas delimitadas por la autoridad; restablecer el equilibrio ecológico, y en actividades para mitigar la contaminación del suelo, del aire y de la tierra.

Como se ha mencionado en líneas anteriores, las fundaciones, como entidades donantes, pueden apoyar económicamente a organizaciones dedicadas a

llevar a cabo directamente actividades relacionadas en estas materias. Las entidades donantes como las fundaciones se clasifican en la Ley del ISR bajo el artículo 96.

Para acceder al régimen de personas morales con fines no lucrativos y obtener la autorización para recibir donativos deducibles del impuesto sobre la renta, se requiere que las organizaciones lleven a cabo el trámite correspondiente ante el Servicio de Administración Tributaria (SAT). Parte de los requisitos consiste en que sus estatutos sociales contengan cláusulas estableciendo, en forma irrevocable, que:

- *No tienen fines de lucro.*
- *No distribuyen los remanentes (las utilidades) entre los asociados.*
- *En caso de disolución de la institución, el patrimonio se transmite a otras donatarias autorizadas.*
- *No se participa en actividades de proselitismo político o religioso.*

Otro de los requisitos solicitados por la autoridad fiscal se refiere a la presentación de un documento denominado «*acreditamiento de labores*». Este constituye en una constancia, por parte de una autoridad gubernamental, en cuanto a que la organización efectivamente desarrolla obras sociales sin perseguir ánimo de lucro. En el caso de que las fundaciones tengan como objetivo apoyar con recursos financieros a otras organizaciones donatarias, deberán presentar un convenio de colaboración económica de adhesión con la(s) donataria(s) autorizadas a las que se pretende apoyar en el futuro.

Las autorizaciones de las organizaciones como donatarias autorizadas, así como sus renovaciones anuales, son publicadas en el Diario Oficial de la Federación como parte del Anexo 14 de la Resolución Miscelánea Fiscal. Estas listas pueden ser consultadas en el portal electrónico del Servicio de Administración Tributaria www.sat.gob.mx.

A continuación se incluyen dos tablas dadas a conocer en la sección de donatarias autorizadas en el portal electrónico del SAT, las cuales permiten ofrecer una idea sobre la dimensión de las organizaciones que cuentan con esta autorización en México.

Donatarias Autorizadas publicadas en DOF por ejercicio fiscal

Ejercicio	Donatarias Autorizadas	Variación
2004	5,432	
2005	5,430	-0,04
2006	5,754	5,97
2007	5,996	4,21
2008	6,364	6,14
2009	6,853	7,68
2010	7,004	2,20
2011	5,318	-22,40

La siguiente tabla se refiere al número de donatarias autorizadas en las 32 entidades federativas del país, así como su evolución en los últimos ocho años. Destaca el Distrito Federal con un promedio del 30% de donatarias autorizadas en el país, y cuya población en la entidad ascendía aproximadamente a 8.851.080 habitantes en 2010, según los datos del censo de población y vivienda realizado por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI).

Donatarias Autorizadas por Ejercicio y Entidad Federativa

Entidad Federativa	Ejercicio							
	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Aguascalientes	78	71	66	75	81	88	96	71
Baja California	134	134	148	167	178	196	203	151
Baja California Sur	25	26	24	28	32	33	37	30
Campeche	18	18	21	20	23	24	20	11
Coahuila	148	147	170	178	189	213	213	160
Colima	58	59	63	58	64	64	61	56
Chiapas	72	70	80	81	86	90	94	69
Chihuahua	246	245	268	296	291	303	322	229
Distrito Federal	1.603	1.646	1.744	1.826	1.884	2.015	2.028	1.630
Durango	30	31	31	34	38	42	48	31
Guanajuato	196	187	210	211	218	247	247	184
Guerrero	53	52	50	48	47	49	46	33
Hidalgo	69	62	66	75	71	80	84	67
Jalisco	381	374	377	386	431	455	469	361
México	282	300	323	346	406	467	501	353
Michoacán	250	231	240	222	243	259	252	179
Morelos	85	81	85	86	98	107	118	82
Nayarit	20	19	18	19	26	28	28	19
Nuevo León	355	362	382	401	405	430	449	342

Entidad Federativa	Ejercicio							
	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Oaxaca	113	106	100	99	103	107	115	96
Puebla	176	183	192	199	224	231	226	163
Querétaro	131	140	143	144	156	167	173	137
Quintana Roo	51	47	54	57	62	70	69	52
San Luis Potosí	105	106	107	109	111	124	120	93
Sinaloa	113	115	125	136	151	162	165	124
Sonora	167	156	180	196	212	215	215	157
Tabasco	37	32	27	34	38	38	39	24
Tamaulipas	98	98	100	103	110	127	139	97
Tlaxcala	17	16	16	14	20	30	35	21
Veracruz	170	166	178	185	197	219	216	151
Yucatán	134	135	141	135	140	146	147	121
Zacatecas	17	15	25	28	29	27	29	24
Total	5.432	5.430	5.754	5.996	6.364	6.853	7.004	5.318

Además de los incentivos fiscales, se mencionó que también el gobierno promueve la actividad de las organizaciones a través de recursos públicos.

2. *Fondos gubernamentales a los que puede acceder una organización de la sociedad civil en México*

Tradicionalmente el gobierno tiene la posibilidad de otorgar subsidios o donativos a las organizaciones de la sociedad civil conforme a la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria.

La diferencia, a partir de 2004, es que la transparencia de dichos recursos se ha visto reforzada a partir de la Ley Federal de las Actividades de las Organizaciones de la Sociedad Civil. Cabe destacar que esta Ley fue resultado de un proceso de más de diez años y la cual fue finalmente promulgada y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de febrero de 2004. Esta ley tiene como principal propósito establecer las bases para los estímulos, o como su nombre mismo lo indica, para el fomento de las organizaciones de la sociedad civil que coadyuvan al desarrollo social del país, así como servir de fundamento para los principales mecanismos de participación en políticas públicas.

La Ley reconoce a las organizaciones como entidades de interés público y cuyo ámbito de acción resulta más amplio que el contemplado que aquellas organizaciones susceptibles de ser autorizadas para obtener estímulos fiscales enunciadas en líneas anteriores, ya que dentro de la lista de organizaciones su-

jetas a esta Ley se enumeran aquellas orientadas a llevar actividades cívicas, de protección de los derechos de los consumidores, de promoción del deporte y fomento educativo no formal. La lista no es exhaustiva y permite que otras puedan incluirse.

Por otra parte, a partir de la Ley se crearon dos instancias. La primera, la Comisión de Fomento de las OSC, conformada por representantes de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la Secretaría de Gobernación, la Secretaría de Desarrollo Social y la Secretaría de Relaciones Exteriores. La Comisión fue creada con la finalidad de facilitar la coordinación en el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las acciones y medidas para el fomento de las actividades de OSC.

La segunda instancia es el Consejo Técnico Consultivo de la Comisión de Fomento (CTC), órgano de asesoría y consulta de la misma. Su carácter es honorífico y está conformado por nueve representantes de organizaciones de la sociedad civil, cuatro representantes de los sectores académico, profesional, científico y cultural, dos representantes del Poder Legislativo Federal: uno por la Cámara de Diputados y otro por la Cámara de Senadores.

Se creó, asimismo, el Registro Federal de las Organizaciones de la Sociedad Civil, denominado CLUNI. Este registro voluntario y gratuito se inició a partir del 23 de noviembre de 2004 para aquellas organizaciones legalmente constituidas dedicadas a las actividades contempladas en la Ley, que desean acogerse a la misma, y el cual está a cargo del Instituto Nacional de Desarrollo Social (INDESOL), entidad que depende de la Secretaría de Desarrollo Social (SEDESOL).

Estas organizaciones, al igual que las donatarias, tampoco pueden repartir utilidades entre sus miembros y en caso de disolución deberán transmitir sus recursos a otra organización inscrita en el registro.

La siguiente tabla se encuentra publicada en el portal del Instituto Nacional de Desarrollo Social www.corresponsabilidad.gob.mx, en el cual se da a conocer información relevante relacionada con la Ley de Fomento.

*Número de OSC inscritas en el Registro Federal de las OSC
por entidad federativa. Septiembre 2010*

Entidad Federativa	Número de OSC	Porcentaje
Aguascalientes	137	1,1
Baja California	456	3,6
Baja California Sur	68	0,5
Campeche	96	0,8
Coahuila	439	3,5
Colima	101	0,8
Chiapas	465	3,7
Chihuahua	399	3,2
Distrito Federal	4.420	35,1
Durango	310	2,5
Guanajuato	349	2,8
Guerrero	189	1,5
Hidalgo	178	1,4
Jalisco	499	4,0
Edo. México	158	1,3
Michoacán	446	3,5
Morelos	218	1,7
Nayarit	104	0,8
Nuevo León	275	2,2
Oaxaca	596	4,7
Puebla	311	2,5
Querétaro	212	1,7
Quintana Roo	133	1,1
San Luis Potosí	180	1,4
Sinaloa	174	1,4
Sonora	186	1,5
Tabasco	165	1,3
Tamaulipas	144	1,1
Tlaxcala	214	1,7
Veracruz	646	5,1
Yucatán	214	1,7
Zacatecas	120	1,0
Total	12.602	100

En la tabla anterior se observa nuevamente la concentración de OSC en el Distrito Federal con un 35,1% de organizaciones registradas, seguidas por Oaxaca con un porcentaje de 4,7% de organizaciones.

Uno de los motivos por los que las organizaciones se inscriben en este registro (CLUNI), obedece a que constituye uno de los requisitos para poder acceder a fondos públicos conforme a las reglas de operación a las que están sujetas las distintas Secretarías de Estado. El gobierno publica las convocatorias en el Diario Oficial de la Federación para las bases del otorgamiento de subsidios a las organizaciones de la sociedad civil. Ejemplo de ello es el Programa de Coinversión Social, a cargo del Instituto Nacional de Desarrollo Social. Este programa tiene como objetivo promover la participación de la sociedad civil organizada en acciones de desarrollo social que beneficien a personas en situación de pobreza o de vulnerabilidad.

Hasta este punto se ha tratado sobre principales incentivos a las organizaciones de la sociedad civil. Es comprensible que estos se otorguen sujetos a obligaciones de transparencia y de rendición de cuentas, cuestión que se trata a continuación.

V. Principales mecanismos de transparencia y de rendición de cuentas de las organizaciones de la sociedad civil en México

En materia de rendición de cuentas y de transparencia, los mecanismos se han ido perfeccionando y complejizando a lo largo del tiempo por parte de las entidades gubernamentales, particularmente cuando las OSC reciben fondos públicos y son sujetos de distintas prerrogativas. No obstante, las propias organizaciones buscan mecanismos de autorregulación. Por ello, el Cemefi ha creado un instrumento bajo el nombre de «Indicadores de Institucionalidad y de Transparencia» que sirve de guía para alcanzar estándares de institucionalidad y transparencia. La organización inicia un proceso de auto-diagnóstico, con base en diez indicadores y sus respectivas referencias comprobatorias que acreditan su cumplimiento. Si la organización alcanza los resultados deseados, el Cemefi otorga una *Constancia de Acreditación*. A la fecha, 455 organizaciones en el país han recibido esta constancia por parte del Cemefi.

Adicionalmente, el gobierno cuenta con distintos mecanismos existentes con la finalidad de asegurar que las organizaciones civiles dedican sus recursos a los fines sociales para los cuales fueron creados.

Por una parte, aquellas organizaciones que se acogen a la Ley Federal de Fomento a las Actividades de Desarrollo Social y se encuentran inscritas en el ya mencionado Registro Federal de las Organizaciones de la Sociedad Civil, CLUNI, deben presentar ante el INDESOL su informe anual de actividades durante el mes de enero. Este informe se presenta aun y cuando no hubieran

recibido apoyos o estímulos públicos del gobierno federal. De no presentarlo, pueden perder el registro y estar impedidos a recibir fondos públicos.

Por parte de la Secretaría de Hacienda, lleva un estricto control sobre todos los contribuyentes. En el caso de las OSC, en virtud de que una gran mayoría de organizaciones no solo reciben fondos públicos sino también privados y para ello son autorizadas para recibir donativos deducibles de impuestos, las obligaciones son aún mayores.

Así por ejemplo, desde hace pocos años, deben cumplir con la obligación de presentar información relativa al uso y destino de los donativos recibidos en los ejercicios inmediatos anteriores, así como sobre otros temas significativos sobre la organización, en lo que se ha denominado como «Sistema de Transparencia» en el portal de internet del SAT y que se encuentra disponible para la consulta del público en general ⁴. Otras obligaciones se refieren a la presentación de declaraciones informativas sobre diferentes aspectos, tales como sobre sus ingresos y erogaciones, los donativos otorgados, las retenciones por sueldos y salarios, por arrendamiento de inmuebles, o incluso por operaciones realizadas con partes relacionadas o donantes.

Asimismo, aquellas organizaciones que tienen ingresos mayores a 400.000 pesos deben presentar un dictamen emitido por contador público autorizado, conforme al calendario establecido en la Resolución Miscelánea Fiscal vigente. También deben mantener en su domicilio fiscal, y en los establecimientos con los que cuente, a disposición del público en general para su consulta, los originales y copias de los documentos relativos al cumplimiento de las obligaciones fiscales de los últimos tres años y relacionados con la autorización para recibir donativos deducibles. Cabe mencionar que las organizaciones no pueden destinar más del 5% de los donativos que perciben para cubrir sus gastos de administración.

Estas son solo algunas de las principales obligaciones fiscales a las que están sujetas las organizaciones que son donatarias autorizadas.

VI. Desafíos para el fortalecimiento del sector de fundaciones y organizaciones de la sociedad civil en México

Sin duda alguna, en los últimos veinte años ha habido avances importantes en el sector filantrópico de México, pero al tener como marco de referencia los Objetivos del Desarrollo del Milenio formulados por la ONU en el año

⁴ Ver el siguiente vínculo:

http://www.sat.gob.mx/sitio_internet/servicios/donatarias/autorizadas/30_15351.html

2000, las fundaciones y organizaciones de la sociedad civil en México deberán enfrentar algunos desafíos para consolidarse como un sector privado responsable del bien público, no solo para mejorar la relación de colaboración sino para atender con mayor eficiencia y eficacia los grandes problemas nacionales que enfrentamos: la pobreza y marginación de grandes sectores de la población, la inseguridad en las ciudades, la migración masiva, el flagelo de las drogas y el narcotráfico, la impunidad frente a la Ley, la corrupción pública y privada, y, en suma, la necesaria y urgente reforma del Estado, que renueve el contrato social que sostiene nuestras relaciones.

VII. Visión del Sector de Fundaciones y Asociaciones

La visión que tenemos para el sector de organizaciones de la sociedad civil en México para los próximos años es la de contar con un sector integrado por miles de asociaciones de ciudadanos trabajando por todas las causas y en todo el país. Un sector respaldado por miles de voluntarios y por fundaciones donantes que apoyan esas causas; un sector institucional, autónomo, profesional, sustentable, crítico y con capacidad para establecer alianzas intersectoriales. Para alcanzar esta visión, consideramos que deberemos enfrentar juntos los siguientes doce retos:

1. *Incrementar la cultura de la ciudadanía responsable*

Si por ciudadano entendemos aquel individuo que participa en la toma de decisiones de su ciudad, trabajar para que cada vez sean más las personas que participan en los diferentes espacios de la vida pública; revertir la pasividad y aumentar la participación. Hacer de la responsabilidad social ciudadana y corporativa un objetivo común: devolver a la sociedad, lo que de la sociedad se ha recibido para entregarlo a las nuevas generaciones. Aprender a vivir en la legalidad; cumplir y hacer cumplir la Ley. Fortalecer la solidaridad, el trabajo voluntario y la filantropía; reconocer y valorar la generosidad en actos de filantropía y voluntariado realizados sin otra finalidad que el bien de la comunidad. Ser ciudadanos que reconocen obligaciones y exigen derechos. Ciudadanía en lo político, la democracia; en lo económico, la equidad; en lo social y cultural, el acceso a la información en todas sus formas.

2. *Incrementar el número de asociaciones de ciudadanos*

Promover y facilitar el surgimiento de nuevas asociaciones de ciudadanos y de fundaciones donantes. Actualmente el número total de asociaciones se

ubica en alrededor de 20.000, de las cuales poco menos de 6.000 pueden dar recibos deducibles de impuestos por los donativos que reciben y, de ellas, solamente alrededor de 300, son fundaciones donantes. Este desafío implica una revaloración de la participación ciudadana en el espacio público, que se refleje en disposiciones legales que animen y estimulen a los ciudadanos, empresas y organizaciones sociales, a crear nuevas asociaciones sin fines de lucro. Es claro que la responsabilidad social ciudadana se debe estimular desde la educación primaria: los derechos ciudadanos pero también los deberes que tenemos para con la sociedad. La cultura del asociacionismo deberá cobrar mucha mayor importancia. Si nos comparamos con otros países, a todas luces resulta muy bajo hablar de 20.000 asociaciones ciudadanas en un país con más de 112 millones de habitantes.

3. *Mejorar el marco legal*

En los últimos años ha habido avances importantes, tanto en la promulgación de la Ley Federal de Fomento a las Actividades de las Organizaciones de la Sociedad Civil (LFFAOSC) en el año 2004, como en las actualizaciones a la Ley del Impuesto sobre la renta (LISR). Muestran el interés de la ciudadanía y el gobierno por mejorar el marco legal y fiscal que regula la participación de los ciudadanos en lo público. Sin embargo, persisten algunos retos importantes:

- Armonizar los objetos sociales contemplados en la LISR con los de la LFFAOSC;
- Armonizar las diferentes leyes y disposiciones referidas al sector con el criterio de facilitar la acción solidaria ciudadana;
- Instrumentar una reforma a las disposiciones fiscales acorde al espíritu de la Ley de Fomento de las organizaciones de la sociedad civil.

4. *Incrementar los recursos disponibles de tiempo, talento y dinero*

México es uno de los países cuyo sector no lucrativo recibe menos recursos del gobierno y la filantropía, tanto de empresas como de particulares, para sus actividades. De acuerdo con el Estudio Comparativo del Tercer Sector, el promedio de recursos que reciben las OSC de los gobiernos es de un 40%, mientras que en nuestro país es de un escaso 12%; el promedio de las aportaciones de la filantropía al sector es de un 20%, mientras que en México apenas llega a un 8%. Estos datos muestran la necesidad de trabajar en diferentes frentes para incrementar tanto las donaciones privadas de individuos y empresas a

las causas de fundaciones y organizaciones ciudadanas, así como los fondos públicos gubernamentales de acceso disponible para las organizaciones de la sociedad civil. También es imperativo que las organizaciones incorporen una nueva visión sobre la sustentabilidad del trabajo que realizan. Están constituidas para ofrecer servicios a la sociedad sin fines de lucro, pero obviamente que también sin ánimo de pérdida. Por ello es importante revisar con cuidado la generación de recursos propios por los bienes y servicios que ofrecen a la sociedad.

El trabajo social voluntario es un recurso aún más importante que los recursos económicos; en realidad es su condición de posibilidad. El tiempo voluntario representa el talento ciudadano capaz de crear valor y transformar el medio. Aplicado al bien público es el principal recurso.

5. *Profesionalización, transparencia y rendición de cuentas*

La transparencia de la gestión y la rendición de cuentas a la sociedad es otro de los retos que enfrentan en el momento presente las organizaciones de la sociedad civil especialmente por la percepción del público construida por la poca información que disponen y en ocasiones por la distorsión que se hace sobre las actividades de una organización. Por ello es necesario fortalecer la confianza de los ciudadanos. Si los recursos con los que opera cada organización y el sector en general provienen de la generosidad de los ciudadanos o de recursos públicos, es imperativo dar cuenta a la sociedad sobre su utilización y resultados alcanzados con ellos.

Por otra parte, es importante comunicar a la sociedad que las donatarias autorizadas tienen la obligación de reportar anualmente el origen, los montos y el destino de los recursos recibidos, así como su utilización a favor del objeto social que persigue la institución. Adicionalmente, los donantes exigen informes de resultados a los cuales condicionan la renovación de donativos. Es claro que los Consejos Directivos y Patronatos son los responsables ante la sociedad por el ejercicio de los recursos recibidos como donación. Es decir, hay suficientes controles para garantizar la transparencia.

Como se mencionó en líneas anteriores, desde hace varios años el Cemefi desarrolló los «*Indicadores de Institucionalidad y Transparencia*» que permiten identificar de una manera puntual y sencilla el grado de desarrollo institucional de una organización y, por lo tanto, los mecanismos institucionales con que cuenta para garantizar su transparencia.

6. *Focalizar el aporte del sector a la superación de la pobreza*

Aquí está uno de los más grandes retos que enfrentamos. Un país fuerte no puede excluir de las oportunidades de desarrollo a más de la mitad de su población. Es urgente trabajar por todos los medios y desde todos los enfoques, para revertir esta tendencia a todas luces injusta. El problema es complejo. Creación de riqueza y distribución justa y equitativa. Imaginemos que en cada una de las 180.000 pequeñas comunidades con menos de 500 habitantes que hay en el país exista una asociación de ciudadanos preocupados por el desarrollo de su comunidad y de sus habitantes. Se estarían poniendo las bases para un desarrollo endógeno y autogestivo. En los últimos años está ocurriendo un cambio de enfoque a la intervención en las comunidades pobres. Ya no se trata solamente de llevar ayuda asistencial a familias empobrecidas, sino de provocar procesos que permitan que cada familia busque, junto con otras familias de una comunidad, caminos para su propio desarrollo.

7. *Enfrentar las causas y no solo los efectos de los problemas*

Dada la magnitud de las necesidades sociales que enfrentamos en todos los campos, se hace necesario instrumentar acciones de carácter asistencial, pero es evidente que las acciones asistenciales atienden, en la mayoría de los casos, los efectos de los problemas y no sus causas y es claro que de esa manera nunca se estarán en el camino de superar los problemas. Por ello es importante recordar que las acciones asistenciales deben contar con una visión subsidiaria, que involucre siempre a los beneficiarios en los procesos de desarrollo comunitario en procesos con enfoque autogestivo. Es claro, sin embargo, que muchas de las acciones que realizan al presente las organizaciones de la sociedad civil tienen un carácter asistencial, por lo que es necesario enfrentar este reto.

8. *Profesionalización del trabajo y los servicios*

La necesaria formalización institucional de las organizaciones: registros ante notario y ante la autoridad correspondiente; la Dirección de órganos colegiados autónomos; Consejos o Patronatos que asumen la responsabilidad de la dirección de la organización y el uso de los recursos recibidos; la planeación y evaluación de resultados; la operación técnicamente capaz de profesionales que organizan el trabajo e incorporan voluntarios; la administración eficiente y transparente. Es importante hacer notar que en los últimos años ha habido un fuerte impulso a la profesionalización de las organizaciones y su personal. Diversos premios han estimulado a los Consejo Directivos y Patronatos a impulsar reformas en sus organizaciones y también se va logrando formalizar la

contratación del personal y su adecuada retribución, aunque en este aspecto hace falta caminar más.

9. Mayor «visibilidad» de las organizaciones ante la comunidad

Más allá de que es una obligación ética dar cuenta de lo que se hace a quien otorga los recursos, es decir, al donante y a toda la sociedad, las organizaciones deben contar con programas que comuniquen adecuadamente los logros y alcances de su trabajo. Este ejercicio permite hacer visible ante la sociedad el problema que se quiere superar y los resultados alcanzados. Pero también ofrece la oportunidad de transmitir a la sociedad los valores que animan el trabajo y por ello invitar a otros a sumarse a la causa.

Dar a conocer la dimensión del trabajo, los resultados alcanzados y los aportes a la sociedad a través de todos los medios posibles, incluyendo los medios masivos de comunicación es parte del trabajo y de los retos de una organización. Mostrar los aprendizajes, avances y resultados resulta vital para el crecimiento del sector. De igual manera es importante no permitir que un mal ejemplo permita generalizaciones.

10. Fortalecer al sector: reconocer liderazgos y hacer alianzas intersectoriales

Más allá de las causas particulares de cada grupo, organización o institución, nos une la identidad de ciudadanos trabajando por el bien común o bien público; la necesidad de hacer sinergias y de establecer redes y alianzas entre pares para compartir experiencias y conocimientos y fortalecer nuestras acciones. El reto de recuperar la historia del sector ciudadano y la necesidad de reconocer y apoyar liderazgos; mientras más, mejor, de ciudadanos comprometidos con su comunidad su país y su tiempo.

Pero no solamente fortalecerse hacia adentro sino el buscar alianzas intersectoriales con la empresa y los gobiernos. Ello requiere de una comprensión y valoración mutua mucho mayor. Las organizaciones de la sociedad civil son magníficos aliados de las empresas cuando estas quieren incidir en la esfera de lo público y ambos, empresas y organizaciones, son aliados imprescindibles de los gobiernos para enfrentar los crecientes retos sociales. No hay que olvidar que los ciudadanos y las empresas, cuando trabajan por el bien público, están aportando recursos privados, adicionales a los impuestos, para atender necesidades sociales.

11. *Incidencia en lo público*

Nos animan diversas causas: la atención y superación de problemas vitales referidos a personas concretas, a los prójimos cercanos. Pero no podemos quedarnos en la atención a las causas inmediatas de los problemas ni solo en las personas que servimos: la experiencia es valiosísima para entender los problemas, sus causas y sus posibles soluciones. El servicio particular se convierte en una extraordinaria oportunidad para visualizar soluciones para todos los que sufren un problema al convertirlo en una política pública. Es claro que los recursos privados destinados a lo público nunca serán suficientes para solucionar los problemas, pero sí son útiles para identificar problemas y explorar soluciones. Por ello se afirma con contundencia que las organizaciones de la sociedad civil son laboratorios sociales que ofrecen soluciones inteligentes cuando se aprovecha su experiencia para la definición de políticas públicas. Cuando un grupo de personas ha trabajado con constancia en la solución de un problema, acaba por identificar las causas más profundas que originan muchos problemas y que muchas veces están ancladas en estructuras sociales que se deben de cambiar. De ahí la necesidad de siempre ubicar nuestro trabajo con visión concreta pero universal; particular pero general. Incidir en lo público y en las políticas públicas.

12. *Reanimar la UTOPIA*

Esa convicción de que el mundo puede ser diferente que como lo recibimos gracias a nuestra acción hermanada, colegiada y articulada. Renovar y actualizar esa utopía que ha animado a tantas vidas generosas a compartir sus sueños, recursos y talento, en nuestro país y en nuestra historia. Reconocer que han sido personas que han sabido, con su acción discreta, modificar la historia para hacerla mejor.

En la medida en que estos doce retos se incorporen a la visión y gestión de las fundaciones y organizaciones de la sociedad civil en México, estaremos logrando contar con ese sector, fuerte, profesional, voluntario, generoso, comprometido con las mejores causas y orientado a la construcción de un México equitativo, próspero y solidario.

Bibliografía

BUTCHER, Jacqueline *et al.*, *El Tercer Sector en México: perspectivas de investigación*, 2.^a edición, CEMEFI-Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora, México, 2009.

- CASTRO, Consuelo, *Manual de Disposiciones Legales y Fiscales para las Organizaciones de la Sociedad Civil en México*, CEMEFI, México, 2005.
- CORTÉS VÁZQUEZ, Lorena *et al.*, «Una fotografía de la Sociedad Civil en México», *Informe Analítico del índice Cívico de la Sociedad Civil*, CEMEFI, México, Iniciativa Ciudadana para la Promoción de la Cultura del Diálogo 2010.
- DIRECTORIO DE MIEMBROS 2011, CEMEFI, México, 2011.
- INDICADORES DE INSTITUCIONALIDAD Y TRANSPARENCIA, 5.ª ed., CEMEFI, México, 2010.
- PIÑAR MAÑAS, José Luis (dir.), *El Tercer Sector Iberoamericano: Fundaciones, asociaciones y ONGs*, 1.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- PIÑAR MAÑAS, José Luis (dir.), *Las Fundaciones en Iberoamérica, Régimen Jurídico*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.
- RANDALL, Laura (dir.), *Reinventar México: Estructuras en Proceso de Cambio*, 1.ª edición, Siglo XXI, México, 2006.
- SISTEMA DE CUENTAS NACIONALES DE MÉXICO: *Cuenta Satélite de las Instituciones sin Fines de Lucro de México*, 2008, Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), México, 2011.
- VILLALOBOS GRZYBOWICZ, Jorge Víctor (coord.), *Compendio estadístico del sector no lucrativo 2011*, CEMEFI, México, 2011.
- VILLALOBOS GRZYBOWICZ, Jorge Víctor, LOERA FERNÁNDEZ, Gabriel, CARREÑO, Gloria (coords.), *Filantropía y acción solidaria en la historia de México*, 2011, CEMEFI, México, 2010.
- VILLALOBOS, Jorge Víctor *et al.*, *Recursos Públicos Federales para apoyar las actividades de las Organizaciones de la Sociedad Civil*, CEMEFI, México, 2007.
- VILLALOBOS, Jorge Víctor (coord.), *Una aproximación metodológica a las redes de Organizaciones de la Sociedad Civil para la incidencia en política pública*, CEMEFI, México, 2010.
- VIII ENCUENTRO IBEROAMERICANO DEL TERCER SECTOR: RESPONSABILIDAD, LEGALIDAD Y GENEROSIDAD, CEMEFI, México, 2007.

Páginas web

www.cemefi.org
www.corresponsabilidad.gob.mx
www.consejotecnicoconsultivo.org.mx
www.inegi.gob.mx
www.indesol.gob.mx
www.sat.gob.mx

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 16 de junio de 2011

[Ref. Iustel: §340686]

IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES: RECONOCIMIENTO NO AUTOMÁTICO DE EXENCIÓN: SOLICITUD RESPECTO A ACTIVIDADES ACCESORIAS SIN PREVIA SOLICITUD Y CONCESIÓN DE EXENCIÓN RESPECTO DE LA ACTIVIDAD PRINCIPAL: EXENCIÓN IMPROCEDENTE.

Se desestima el recurso de casación interpuesto por la *Fundación Privada Clínica Plató* respecto a la procedencia de la exención en la liquidación en el Impuesto sobre Sociedades. La solicitud de exención realizada en plazo era en relación con actividades accesorias a su objeto principal —cesión de espacio para la instalación de televisores en las habitaciones, cesión de la explotación del bar, ingresos por cabinas telefónicas, suministro de medicamentos a los centros de diagnóstico ubicados en la clínica y cesión de aparatos a los médicos que trabajen de forma autónoma en ella—, actividad principal de asistencia hospitalaria respecto de la que no se solicita la exención hasta 1998, no pudiendo, por tanto, producirse la extensión de un beneficio del que no gozaba la referida actividad principal antes de dicha fecha en la medida en que el reconocimiento de la exención no es automático.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), de 3 de junio de 2011

[VLEX-285750227]

IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES: ENTIDAD CON ACTIVIDADES MERCANTILES COINCIDENTES CON FINALIDAD ESPECÍFICA COMO OBJETO PRINCIPAL: ENTIDAD NO LUCRATIVA A EFECTOS FISCALES: TIPO REDUCIDO PROCEDENTE. EXTENSIÓN DE LA EXENCIÓN A RESULTADOS DE EXPLOTACIONES ECONÓMICAS NO AUTOMÁTICA: NECESARIA SOLICITUD DE LA ENTIDAD.

Estima parcialmente el órgano jurisdiccional el recurso interpuesto por la *Fundación para el Desarrollo de la Enfermería* respecto de liquidaciones practicadas por el

Impuesto sobre Sociedades. La exclusión del régimen de beneficios fiscales que establece el artículo 42.2 de la Ley 30/1994 no hace referencia a los casos en los que las actividades económicas desarrolladas por las fundaciones constituyen una herramienta para la consecución de las metas que justificaron su creación, con lo que no es posible negar a una fundación el carácter de entidad no lucrativa a efectos fiscales por el hecho de que tenga actividades mercantiles como objeto principal de su dedicación que coincidan con su finalidad específica de interés general si, además, se destina a su satisfacción el porcentaje legalmente fijado. En el supuesto de hecho y respecto de la actividad docente y editorial, no solo no había sido cuestionada por el Protectorado la aplicación de los rendimientos obtenidos como recursos para cumplir los fines fundacionales sino que la propia Administración Tributaria admite que esta actividad carece de finalidad mercantil en el sentido del citado precepto, siéndole de aplicación el tipo reducido. Sin embargo, aunque se puede extender la exención a estos rendimientos controvertidos, esta no se produce de forma automática, no siendo posible en este caso concreto en la medida en que la entidad recurrente no ha solicitado acogerse a la misma.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 31 de marzo de 2011

[Ref. Iustel: §338766]

(Ver: SAN de 27 de junio de 2008)

IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO: SUBVENCIONES POR ORGANISMOS PÚBLICOS FUNDADORES: NO VINCULACIÓN DIRECTA A LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS SINO DOTACIÓN GLOBAL NECESARIA PARA EQUILIBRIO ECONÓMICO: NO SUJECIÓN.

El Tribunal desestima el recurso de casación y confirma la sentencia de la Audiencia Nacional en virtud de la cual las subvenciones y dotaciones realizadas a la *Fundación Juegos Mundiales Universiada Palma de Mallorca* por los organismos públicos fundadores no se incluyen en la base imponible del IVA. Estas cantidades no aparecen vinculadas directamente al precio de las operaciones sujetas a dicho impuesto ni se establecen en función de unidades entregadas o del volumen de los servicios prestados, siendo cantidades alzadas que no pretenden contratar determinados servicios a través de la Fundación —como pudiera ser la dirección y organización de los Juegos o la contratación con patrocinadores— sino facilitar el cumplimiento de los objetivos de interés general para los que se crea la persona jurídica y para los que necesita una dotación de fondos adecuada, que cubra los posibles resultados deficitarios a los que pueden llevar los objetivos que se les exige cumplir.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 7 de marzo de 2011

[Ref. Iustel: §338108]

ACUERDO DEL PATRONATO PARA ENAJENACIÓN DE INMUEBLE: EDIFICIO NO VINCULADO A LOS FINES FUNDACIONALES NI PARTE

DE LA DOTACIÓN INICIAL: NO ES NECESARIA LA AUTORIZACIÓN PREVIA DEL PROTECTORADO: ANULACIÓN IMPROCEDENTE.

Se declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Junta de Andalucía que pretende —por ausencia de autorización previa del Protectorado, ejercido en este supuesto por la Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía— la anulación del acuerdo del Patronato de la *Fundación Martín Robles* en virtud del cual se enajena el inmueble en el que radica su domicilio estatutario. La Ley 50/2002 exige una autorización previa del órgano de la Administración en los casos de disposición de bienes que estén vinculados por voluntad expresa a los fines fundacionales o bien formen parte de la dotación inicial, no concurriendo en el supuesto de hecho ninguno de los dos requisitos. Por una parte, la vinculación que se exige es expresa y concreta, sin que se pueda entender que esta se haya producido por parte del fundador, de la sociedad que donó tal edificio o por resolución motivada de la autoridad judicial o del Protectorado y sin que, además, el hecho de designar como domicilio un inmueble concreto implique necesariamente la vinculación de este al fin de la fundación, por ser el domicilio un elemento modificable. Por otro lado, la Ley restringe los bienes que forman parte de la dotación a aquellos de contenido patrimonial que se aporten en dicho concepto después de la constitución, no pudiéndose deducir que el fundador tuviera tal intención al haber fijado el domicilio fundacional en el referido inmueble con anterioridad a su donación a la Fundación, más todavía cuando dicho edificio ya pertenecía al fundador al tiempo de la dotación inicial.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), de 3 de noviembre de 2010

[Ref. Iustel: §309486]

MODIFICACIÓN DE ESTATUTOS: ALTERACIÓN DE LA DESIGNACIÓN DE LOS PATRONOS CON CONDICIÓN DE VOCALES: NO JUSTIFICACIÓN DE CONVENIENCIA: NULIDAD.

El Tribunal considera que no ha lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia que declara la nulidad de pleno derecho del acuerdo de un Ayuntamiento por el que se modifica los Estatutos de la *Fundación Salamanca Ciudad de Cultura*, previendo la integración como vocales del Patronato de cuatro concejales designados por el Pleno del Ayuntamiento. Durante el proceso, no se aporta ninguna razón que haga aconsejable la modificación y mucho menos una que, ligada al fin de servir con objetividad los intereses generales, indicara que la designación de patronos-vocales-concejales establecida para los Estatutos iniciales no era ya, años después, la conveniente o adecuada para el eficaz funcionamiento de la Fundación.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 2 de noviembre de 2010

[Ref. Iustel: §311191]

COMPRAVENTA: CARTA DEL GERENTE AL ARRENDATARIO COMUNICANDO UN ACUERDO DEL PATRONATO Y UNA VALORACIÓN

DEL INMUEBLE: NO SE CONSIDERA OFERTA: NO EXISTE PERFECIÓN DE LA COMPRAVENTA.

Se desestima el recurso de casación interpuesto por el arrendatario de una finca propiedad de la *Fundación de Beneficencia San Fernando Rey de España y San Francisco de Asís de la Casa Zayas y Ossorio Calvache*, finca que la entidad quiere proceder a vender tal y como se acuerda en la Junta de Patronos. La carta que le remite el gerente de la Fundación al recurrente, en contestación a una previa petición de información, y en la que se le comunica que la Junta de Patronos ha acordado poner en venta la finca, así como el precio de tasación, no puede ser considerada una oferta. Se trata de una mera comunicación del gerente haciendo referencia a un acuerdo del Patronato y a una valoración, pero que no ofrece ni puede ofrecer una venta de la que tampoco concreta el precio, del mismo modo que el previo acuerdo de la Junta de Patronos de la Fundación no es más que el acuerdo de iniciar los tratos previos. Aunque el arrendatario interesase una supuesta y ficticia aceptación, no concurren los elementos esenciales para estar ante la perfección de una compraventa.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 15 de julio de 2010

[Ref. Iustel: §305393]

IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES: INSCRIPCIÓN SUFICIENTE AUNQUE NO SEA EN EL REGISTRO ESTATAL DE FUNDACIONES: REQUISITOS CUMPLIDOS: EXENCIÓN PROCEDENTE.

El Tribunal desestima el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado pretendiendo la no suficiencia de la inscripción de la *Fundación Constructora de Viviendas de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Córdoba* en el Registro de Entidades para la Promoción de la Vivienda de la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía, teniendo en cuenta que entre los requisitos exigidos en el artículo 48.2 de la Ley 30/1994 de cara a obtener los beneficios fiscales figura estar inscrito en «el Registro correspondiente». Sin entrar a valorar la naturaleza jurídica de la entidad, la relación con los fines inmobiliarios que persigue o el incumplimiento del requisito de adaptar su Estatuto a la nueva Ley (al ser cuestiones introducidas por primera vez en el recurso de casación), entiende el Tribunal que la Fundación cumple con el requisito del referido precepto: si la inscripción de las fundaciones en el Registro es esencial porque de ella depende que adquieran personalidad jurídica y solo con la inscripción se puede utilizar la denominación de Fundación, se deriva una presunción *iuris tantum* por la que la entidad actora, en cuanto se denomina Fundación, está inscrita en el «Registro correspondiente», sin que esa presunción se haya podido desvirtuar y sin que afecte a tal hecho que el Registro mencionado no contenga única y exclusivamente fundaciones, sino también entidades como cooperativas sindicales de edificación, sociedades inmobiliarias, etc.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 22 de marzo de 2010*[Ref. Iustel: §301168]*

IMPUESTO SOBRE VALOR AÑADIDO: FUNDACIÓN CON FINES DEPORTIVOS, CULTURALES Y SOCIALES: FINES COMPRENDIDOS DENTRO DE LOS CÍVICOS: EXENCIÓN PROCEDENTE.

Se estima procedente la exención en el Impuesto sobre el Valor Añadido en las operaciones realizadas por la *Fundación Valencia Club de Fútbol*, sin que el hecho de que los fines de la entidad no estén concreta y expresamente contenidos en los enumerados en los preceptos aplicables sea suficiente para denegar la misma. Se cumplen los restantes requisitos y las actividades pueden estar razonablemente comprendidas dentro de las genéricamente descritas como «cívicas» y merecedoras del beneficio fiscal. Así, en el vínculo entre la Fundación y el Valencia Club de Fútbol S.A.D., por la propia naturaleza de la primera persona jurídica, se excluye el ánimo de lucro y la faceta mercantil, quedando la relación circunscrita a la dimensión deportiva, cultural y social, sin que el beneficiario exclusivo de los fines fundacionales sea el club de fútbol sino la sociedad en general y estando integrado el Patronato, de hecho, por las instituciones que ostentan la máxima representación de los valencianos, tanto en el ámbito político como en el cultural. En esta línea, la presencia de la Fundación en el accionariado del club se entiende para preservar una parte relevante del patrimonio cultural y deportivo de la Comunidad Autónoma.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 16 de octubre de 2009*[Ref. Iustel: §297328]*

INCOMPATIBILIDAD DEL CARGO DE MAGISTRADO CON EL DE PRESIDENTE DE UNA FUNDACIÓN: VINCULACIÓN DE LA MISMA CON ENTIDAD MERCANTIL: PERCEPCIÓN DE POSIBLE PÉRDIDA DE IMPARCIALIDAD.

Resuelve el órgano jurisdiccional en contra de la compatibilidad del cargo de magistrado —Presidente de una Sección de una Audiencia Provincial—, con el de Presidente de la *Fundación Caja Rural de Córdoba*. A pesar de que en el régimen de incompatibilidades de la carrera judicial se habla de funciones de intervención directa administrativa o económica en sociedades o empresas mercantiles, distinguiéndose de estas las fundaciones puesto que carecen de ánimo de lucro, se vulneraría la finalidad sustancial de la norma, que es preservar la independencia del Juez. Con independencia de que la entidad fundacional no sea una sociedad mercantil, tiene una indudable conexión —tanta, que le da nombre— con una entidad de esta naturaleza, estando, por tanto, las funciones del Presidente de la Fundación, en cuanto representante de la misma, íntimamente relacionadas con una importante entidad mercantil de la provincia en la que ejerce sus funciones jurisdiccionales. Esta situación encaja en el supuesto de las incompatibilidades en la medida en que puede ser apreciada por la sociedad como inconciliable con la neutralidad e imparcialidad propia de la función jurisdiccional.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), de 14 de julio de 2009

[Ref. Iustel: §294464]

JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: IMPUGNACIÓN DE ACTO DE APROBACIÓN DE PRESUPUESTO MUNICIPAL Y PLANTILLA DE FUNDACIÓN: ACTO ADMINISTRATIVO: JURISDICCIÓN COMPETENTE.

El Tribunal Supremo entiende competente a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para conocer del recurso interpuesto por la *Fundación Deportiva del Ayuntamiento de Valencia* contra el acto de aprobación del presupuesto municipal y la plantilla correspondiente a dicha entidad. A pesar de versar sobre pretendidas vulneraciones de los derechos de los trabajadores, el acto impugnado es un acto administrativo, teniendo las cuestiones que se plantean en relación con la legislación laboral un mero carácter prejudicial.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8.ª), de 12 de mayo de 2009

[Ref. Iustel: §291611]

RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DE MAGISTRADOS: ACCIÓN EJERCITADA POR UNA FUNDACIÓN: NO RELEVANTE LA AUTOATRIBUCIÓN DE UN ABSTRACTO DERECHO A LA DEFENSA DE LA JUSTICIA: LEGITIMACIÓN INEXISTENTE.

No tiene legitimación la *Fundación Jurei (Justicia Responsable e Independiente)* para ejercitar una acción solicitando la responsabilidad disciplinaria de los magistrados que resuelven acerca de un procedimiento de separación, sin que tenga relevancia el hecho de que la entidad se atribuya en sus estatutos un abstracto derecho a la defensa de la Justicia.

II. Sentencias de la Audiencia Nacional

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), de 4 de mayo de 2011

[JUR 2011\165370]

JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: CONVOCATORIA DE SUBVENCIONES POR FUNDACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO ESTATAL: ENTIDAD DE DERECHO PRIVADO: JURISDICCIÓN INCOMPETENTE.

Se considera incompetente la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de los requisitos establecidos para participar en una convocatoria de subvenciones llevada a cabo por la *Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales*, fundación del sector público estatal. Tal y como establece la Ley General de Subvenciones, las entregas dinerarias sin contraprestación que realicen las fundaciones del sector público se regirán por el Derecho privado. Dado que se está en presencia de una entidad de

Derecho privado y no de una Administración que actúa potestades administrativas, la actuación cuestionada tampoco se encuentra sometida al Derecho administrativo.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 14 de octubre de 2010

[JT 2010\1383]

IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES: ENAJENACIÓN DE ACTIVOS ADQUIRIDOS MORTIS CAUSA: INNECESARIEDAD DEL REFLEJO DE LA VOLUNTAD EXPLÍCITA DEL TESTADOR DE SUJETAR LOS BIENES A UNA FINALIDAD ESPECÍFICA: PRESUNCIÓN POR INSTITUIR HEREDERO A UNA FUNDACIÓN: BIENES NO IDÓNEOS PARA EL CUMPLIMIENTO DIRECTO DEL FIN FUNDACIONAL: APLICACIÓN DEL PRODUCTO DE LA VENTA EN LA ADQUISICIÓN DE BIENES QUE SATISFACEN EL OBJETIVO SOCIAL: EXENCIÓN PROCEDENTE.

Se entiende amparada por la exención en el Impuesto sobre Sociedades la adquisición *mortis causa* de participaciones indivisas en la propiedad de diversos inmuebles por parte de la *Fundación Cultural Catalana*, a pesar de la enajenación de dichos activos apenas dos meses después de su adquisición, sin que este hecho contradiga la afectación a la finalidad fundacional. Partiendo de que la confusa expresión del artículo 48.1 de la Ley 30/1994 —en relación con la exención de los incrementos patrimoniales «en cumplimiento de su objeto o finalidad específica»— puede interpretarse como exención en las adquisiciones *para* colaborar en los fines de la entidad, considera la Audiencia innecesario que deba reflejarse en el testamento la voluntad explícita del testador de sujetar a modo o carga la herencia deferida, debiendo presumirse esa finalidad por el mero hecho de instituir heredero, en una parte de sus bienes, a una fundación. Asimismo, y dado que la afectación de los bienes al cumplimiento de los objetivos sociales puede ser directa o indirecta, constituye un ejemplo de esta última colaboración la acaecida en el supuesto de hecho: enajenación de los activos adquiridos *mortis causa* (objetivamente no idóneos para la directa consecución de los fines docentes de la fundación) sin ganancia ni revalorización alguna y su posterior aplicación a la adquisición de terrenos donde se encontraban ya previamente ubicadas distintas dependencias y servicios académicos.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª), de 27 de junio de 2008

[JT 2008\1377]

(Véase STS de 31 de marzo de 2011)

IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO: SUBVENCIONES A FUNDACIÓN: NO CONTRAPRESTACIÓN SINO DOTACIÓN PARA ASEGURAR SUFICIENCIA FINANCIERA DEL ENTE PÚBLICO: NO INCLUSIÓN EN BASE IMPONIBLE.

La Sala estima el recurso interpuesto por la *Fundación Juegos Mundiales Universidad Palma de Mallorca* por considerar que las subvenciones o dotaciones que la misma recibe de una serie de Instituciones Públicas —fundadores de la entidad— no forman

parte de la base imponible del IVA. Dichas cantidades no pueden considerarse contraprestaciones vinculadas directamente a la prestación de servicios por la entidad, pues la causa jurídica de la «contraprestación» es la realización de unos servicios de interés general. Por tanto, tales cantidades se tienen que entender como una dotación global necesaria para el equilibrio económico financiero de la Fundación, así como para asegurar su suficiencia financiera como consecuencia de un déficit de explotación derivado de unos objetivos y fines que no obedecen a un planteamiento de estricta rentabilidad económica sino de defensa del interés público, como lo fue la celebración de los Juegos Mundiales Universitarios en Palma de Mallorca en 1999.

III. Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 27 de mayo de 2011

[JUR 2011\224307]

NATURALEZA DE LA FUNDACIÓN UNIVERSIDAD-EMPRESA: NO ADMINISTRACIÓN PÚBLICA SINO ENTIDAD PRIVADA.

Entiende el Tribunal que no es valorable a efectos del cómputo de méritos en un concurso-oposición el máster realizado en la Escuela de Negocios dependiente de la *Fundación Universidad-Empresa* de la Región de Murcia, en cuanto que no cumple dicho curso con lo dispuesto en las bases de la convocatoria, que exige que la entidad organizadora sea parte de las Administraciones Públicas. Dado que la *Fundación Universidad-Empresa* es una fundación docente privada, queda acreditado que no es Administración Pública y que el máster es, por tanto, un título privado.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 20 de abril de 2011

[JUR 2011\208297]

FUNDACIONES SANITARIAS GALLEGAS: TITULARIDAD Y NATURALEZA PÚBLICA.

Al hilo de la valoración de los méritos para el reconocimiento de trienios, niega el Tribunal que el tiempo trabajado en un hospital privado pueda computar en la medida en que la normativa hace alusión a los servicios prestados en cualquiera de las Administraciones Públicas. No cabe equiparar los servicios realizados en un hospital que pertenece al sector privado de atención sanitaria con los que se pudieran prestar en las fundaciones sanitarias gallegas, plenamente integradas en la red Sergas desde 2009 y que tienen carácter de fundación de titularidad y naturaleza pública.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 14 de abril de 2011

[JUR 2011\185608]

JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: CONVOCATORIA PARA ADJUDICACIÓN DE CONTRATO POR FUNDACIÓN DEL

SECTOR PÚBLICO: ENTIDAD PRIVADA: TEMPORALMENTE INAPLICABLE LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: JURISDICCIÓN NO COMPETENTE.

Se desestima el recurso de apelación por considerar que el Tribunal carece de jurisdicción para conocer de la convocatoria para la adjudicación de un contrato de suministro por parte de la *Fundación para el Desarrollo Sostenible de les Illes Balears*, organización privada de carácter fundacional constituida por el Gobierno de las Islas Baleares. Al tiempo de la convocatoria, le era aplicable el artículo 46.5 de la Ley 50/2002 pero no así el artículo 2.1 del Real Decreto Legislativo 2/2000, sobre contratos de las Administraciones Públicas, que excluía de su ámbito de aplicación a las entidades que no fuesen de derecho público. No cabe considerar que, en ese momento, se estuviera ante un contrato administrativo ni ante cuestión relativa a actos de preparación o adjudicación de contrato sujeto a la legislación en materia de contratos de las Administraciones Públicas.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), de 16 de marzo de 2011

[JUR 2011\202079]

LEGITIMACIÓN ACTIVA: NO ACREDITACIÓN DEL ACUERDO DEL ÓRGANO COMPETENTE.

Inadmite el Tribunal el recurso contencioso-administrativo ante la falta de acreditación por parte de la *Fundación Privada Foment de la Comunicació en Catalá* de los requisitos exigidos para accionar: a pesar de la necesidad de adjuntar un documento que acredite que el órgano competente de la persona jurídica en nombre de la cual actúa —el Patronato sería el facultado para ejercitar toda clase de actuaciones judiciales o extrajudiciales en defensa de los legítimos derechos de la referida Fundación, según lo dispuesto en los Estatutos de la misma—, la entidad no ha probado la cumplimiento de dichos requerimientos.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 2 de marzo de 2011

[JUR 2011\180917]

FUNDACIÓN PÚBLICA SANITARIA: SOMETIMIENTO AL ORDENAMIENTO Y FINANCIACIÓN PÚBLICOS.

La *Fundación Pública Escola Galega de Administración Sanitaria*, como fundación pública adscrita a la Consellería de Sanidade, no puede basarse en la finalización de un convenio suscrito con una entidad privada para dejar de cumplir con las obligaciones administrativas contraídas con el beneficiario de una beca por ella convocada, por ser este un hecho ajeno a los administrados participantes en la convocatoria y por tener que ser siempre los fines de la Fundación de interés general, corriendo a cargo de sus propios presupuestos las convocatorias y ejecución de becas para la promoción de las actividades que le son propias.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), de 25 de noviembre de 2010

[JT 2011\10]

IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO: ARRENDAMIENTO DE INMUEBLE A FUNDACIÓN COMO VIVIENDA PARA EXTRANJEROS SIN RECURSOS: EXENCIÓN PROCEDENTE.

La Sala anula la resolución del TEAR de Madrid por estimar exento del Impuesto sobre el Valor Añadido el arrendamiento de una vivienda a la *Fundación San Juan del Castillo*, entidad sin fin de lucro entre cuyas actividades se encuentra la de proveer de vivienda a personas inmigrantes con dificultades para la integración social. Dado el uso del arrendamiento —para vivienda—, la ausencia de ánimo de explotar el bien inmueble por parte de la Fundación para obtener un beneficio económico y la no existencia de una contraprestación por parte de las personas que residen en la vivienda, se concluye que concurren los requisitos exigidos para aplicar la exención tributaria.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 18 de noviembre de 2010

[JUR 2011\41240]

JURISDICCIÓN COMPETENTE: FUNDACIÓN SUJETA A DERECHO PRIVADO PERO PARTE DEL SECTOR PÚBLICO: ÁMBITO DEL TRLCAP: JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.

La Sala entiende que la jurisdicción competente para conocer de la resolución de un contrato de seguridad y vigilancia entre una entidad mercantil y la *Fundación Cidade da Cultura de Galicia* es la Contencioso-Administrativa. Aunque la referida Fundación está sujeta a Derecho privado y no es una administración pública, sí que forma parte del sector público de tal forma que, tras la nueva redacción del artículo 2.1 del TRLCAP, se incluye en su ámbito de aplicación el supuesto de autos en la medida en que hace alusión a los contratos de servicios de cuantía igual o superior a 206.000 euros que celebren las entidades de derecho público o de derecho privado, que hubiesen sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general, que no tengan carácter industrial o mercantil y que se encuentren financiadas mayoritariamente por las administraciones públicas o formadas en su mayor parte por miembros nombrados por estas, requisitos que cumple la Fundación y el contrato objeto de controversia.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 13 de septiembre de 2010

[JUR 2010\343575]

FUNDACIÓN PÚBLICA: CONTRATACIÓN PERSONAL LABORAL: ENTIDAD SOMETIDA AL DERECHO PRIVADO CON PERSONALIDAD

JURÍDICA PROPIA: NO ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: COMPETENTE JURISDICCIÓN SOCIAL.

La actuación de la *Fundación para la Enseñanza de las Artes en Castilla y León* en materia de contratación de profesores en régimen laboral para la Escuela Profesional de Danza debe ser enjuiciada, según el parecer del Tribunal, por el orden jurisdiccional social y no por el contencioso-administrativo. Aunque las fundaciones públicas formen parte del llamado sector público, carece de relevancia para la cuestión sobre la que se conoce el hecho de que esta entidad persiga fines de interés general y su financiación sea pública —ambos aspectos son intrínsecos a todas las fundaciones de naturaleza pública, en virtud del artículo 3 de la Ley 13/2000 de Fundaciones de Castilla y León—, que lleve a cabo actividades relacionadas con el ámbito competencial de la Comunidad Autónoma fundadora o que en el Patronato concurren determinados cargos de la misma. Estamos ante una entidad sometida al Derecho privado que ostenta personalidad y capacidad jurídica propia y que no puede calificarse de Administración Pública al margen de estar sujeta a la actividad fiscalizadora del Protectorado que, por otra parte, no participa en la selección de personal, competencia atribuida al Patronato. Este hecho no obsta para que, en tanto en cuanto forma parte del sector público, quede el proceso sometido a los principios genuinamente administrativos de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 24 de junio de 2010

[JUR 2010\337226]

LEGITIMACIÓN DE PRESIDENTE DE PATRONATO PARA ACTUAR EN JUICIO: NO APORTACIÓN DOCUMENTO ACREDITATIVO ACUERDO PATRONATO: INEXISTENTE.

Se confirma la sentencia de instancia, que acuerda la retirada de un monumento y contra la que la *Fundación María Eugenia Yagüe Martínez del Campo* interpone un recurso de apelación. No se puede admitir la argumentación según la cual el Presidente es el que determina las actuaciones e iniciativas del Patronato, compartiendo ambas funciones de representación, sino que hay que entender que el órgano de gobierno y representación de la Fundación es únicamente el Patronato. A la vista de la normativa aplicable, la Ley 13/2002, de Fundaciones de Castilla y León, y de los Estatutos de la Fundación, el Presidente del Patronato no puede acudir a la vía judicial sin el previo acuerdo de este órgano —es más, según los Estatutos, parece que resultarían indelegables las facultades relativas al otorgamiento de poderes—. En cualquier caso, no se ha aportado documentación alguna que acredite el cumplimiento de los requisitos exigidos para que las personas jurídicas puedan entablar acciones con arreglo a las normas o estatutos que son de aplicación.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), de 10 de junio de 2010

[JT 2010\926]

IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS: DONATIVOS A FUNDACIÓN QUE REALIZA ACTIVIDADES PREPARATORIAS

PARA CUMPLIMIENTO DEL FIN: INCUMPLIMIENTO DE REQUISITOS PARA BENEFICIOS FISCALES: DEDUCCIÓN IMPROCEDENTE.

La donación hecha a una fundación no es susceptible de estar sujeta a beneficios fiscales ya que la propia persona jurídica receptora de los donativos no cumple con los requisitos necesarios para tener derecho al beneficio fiscal en el momento de producirse estos: desde la constitución desarrolla actividades preparatorias para el fin fundacional pero no es hasta la creación de un museo cuando debe estimarse que cumple el fin para el que fue constituida.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9.^a), de 18 de mayo de 2010

[JUR 2010\229140]

OBLIGACIONES CONTABLES: DEPÓSITO DE LA DOCUMENTACIÓN COMPLETA EN EL REGISTRO: INSUFICIENCIA: DENEGACIÓN PROCEDENTE.

Considera la Sala ajustada a Derecho la resolución de la Consejería de Educación por la que se deniega el depósito de la documentación contable de la *Fundación Estudio*. Aunque no se aprecia causa de inadmisibilidad del recurso en la medida en que se acredita la existencia del acuerdo del Patronato en virtud del cual se confiere a un representante el poder para pleitos, no corren las pretensiones de la entidad la misma suerte respecto del fondo de la cuestión. No se puede entender que la falta de presentación de la documentación contable de la Fundación citada sea consecuencia de la actuación de la Administración. El artículo 21 de la Ley 1/1998, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, recoge las obligaciones que recaen sobre estas personas jurídicas respecto a formulación de cuentas anuales, auditoría e información sobre actividades económicas, así como su preceptivo depósito en el Registro correspondiente, obligaciones sobre las que la Fundación fue reiteradamente advertida con un especial celo por parte de la Administración.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a), de 8 de abril de 2010

[JUR 2010\254283]

IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES: ACTIVIDAD ECONÓMICA COMO ACTIVIDAD PRINCIPAL DE LA FUNDACIÓN: ARRENDAMIENTO DE INMUEBLES Y ACTIVIDADES FINANCIERAS: NO REINVERSIÓN EN FINES DE INTERÉS GENERAL: RÉGIMEN FISCAL DE LAS ENTIDADES SIN FINES LUCRATIVOS IMPROCEDENTE.

El Tribunal entiende, alineándose con la resolución del TEARC, que la actividad principal realizada por la *Fundación Privada Cuna* excluye la aplicación del régimen especial previsto para el Impuesto sobre Sociedades. Resulta probado que esta entidad, entre cuyos fines perseguidos se encuentran la ayuda al tercer mundo en todas sus vertientes o proteger, promover y financiar a cualquier otra fundación, asociación o colectivo de similares características a las propias, realiza como actividades principa-

les el arrendamiento de inmuebles así como una labor financiera mediante la concesión y obtención de préstamos o la suscripción de acciones y creación de sociedades mercantiles —siendo incluso cuestionado por la Administración que se trate, no de una entidad sin ánimo de lucro, sino una sociedad creada para la obtención de un patrimonio y su protección frente a terceros—. Si bien la ausencia de ánimo de lucro resulta compatible con la realización de explotaciones económicas en las que se obtengan beneficios, la aplicación de los privilegios fiscales tiene su fundamento en que se apliquen esos fondos a los fines de interés general objeto de la entidad, circunstancia que no se produce en el supuesto de hecho: la Fundación no sólo realiza de forma principal una actividad económica sino que la mayor parte de los fondos obtenidos se destinan a una finalidad privativa. A ello se suma que a las partidas contabilizadas como «ayudas» no se les pueda atribuir esa naturaleza ya que se hicieron a entidades que no cumplían los requisitos para ser calificadas como personas jurídicas sin ánimo de lucro y que los patronos de la entidad poseen un evidente interés económico en los resultados de la actividad en la medida en que son fundadores, administradores y trabajadores de otras fundaciones o entidades de las que reciben financiación. En lo que a las sanciones impuestas por comisión de infracción tributaria grave respecta, niega el órgano jurisdiccional la procedencia de las mismas al faltar la indispensable motivación y pruebas en torno a la culpabilidad o negligencia de la entidad, pudiéndose haber aplicado el régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos en la creencia de que se reunían los requisitos para tal aplicación.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 15 de enero de 2010

[JUR 2010\169984]

IMPUESTO SOBRE BIENES INMUEBLES: EXENCIÓN EN LA LEY 49/2002 MÁS AMPLIA QUE LA PREDECESORA: AFECTADOS POR EL IMPUESTO SOLO LOS BIENES VINCULADOS A EXPLOTACIONES ECONÓMICAS NO EXENTAS DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES: REALIZACIÓN DE EXPLOTACIÓN ECONÓMICA NO PROBADA: EXENCIÓN PROCEDENTE.

El Tribunal confirma la sentencia de instancia por la que se excluye del Impuesto sobre Bienes Inmuebles a la *Fundación Religiosa Instituto Piadoso Eclesiástico Jesús Sacramento*. Si bien el artículo 58.1 de la Ley 30/1994 excluía la exención en tres supuestos, la exención prevista en la Ley 49/2002 es mucho más amplia puesto que hace referencia, en general, a los bienes de los que sean titulares las entidades sin fines lucrativos, excepto los afectos a explotaciones económicas no exentas del Impuesto de Sociedades. Dado que no se ha probado que la Fundación en cuestión realice explotación económica alguna, en el sentido de disponer 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 (artículo 3.3 de la mencionada Ley), entraría dentro del ámbito de aplicación de la exención del impuesto.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), de 18 de mayo de 2009

[JUR 2009\421503]

[En el mismo sentido: STSJ Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), de 24 de septiembre de 2010]

ADQUISICIÓN DE PERSONALIDAD JURÍDICA DE FUNDACIONES DE INTERÉS GALLEGO: NO NECESARIA INSCRIPCIÓN EN REGISTROS AUXILIARES: ADQUISICIÓN DESDE INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE FUNDACIONES DE LA JUNTA.

Aprécia el órgano jurisdiccional una incorrecta valoración de la puntuación en las pruebas selectivas para ingresar en el Cuerpo Superior Facultativo de Instituciones Sanitarias, por el no cómputo de ciertos méritos consistentes, concretamente, en una serie de cursos impartidos por la *Fundación de Estudios y Formación Sanitaria*, entidad que se consideró no debidamente inscrita según exigencias del baremo de la convocatoria. Esta Fundación estaba, sin embargo, inscrita desde 1999 en el Registro Único de Fundaciones de Interés Gallego sin que se advierta la necesidad de que la inscripción válida a efectos de la convocatoria sea la que la entidad obtenga en el Registro auxiliar de cada Consejería. Es desproporcionado exigir la inscripción en un determinado Registro auxiliar a tenor de lo dispuesto en la Ley 7/1987, de régimen de las Fundaciones de Interés Gallego, que establece que la fundación se entenderá válidamente constituida como de interés gallego desde el otorgamiento de la carta fundacional en escritura pública, siempre que, una vez reconocida por la Junta de Galicia, se inscriba en el Registro de Fundaciones de la misma, teniendo personalidad jurídica desde ese momento.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), de 29 de octubre de 2008

[JUR 2009\63921]

IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES: BENEFICIOS FISCALES: NECESARIO RECONOCIMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN: INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DEL DESTINO DEL PATRIMONIO: APLICACIÓN IMPROCEDENTE.

Se desestima el recurso interpuesto por la *Fundación Cultural Banesto* contra la resolución administrativa que confirma la improcedencia de aplicar a la entidad los beneficios fiscales relativos al Impuesto sobre Sociedades. Es conforme a Derecho entender que para el disfrute de los beneficios contenidos en el artículo 42 de la Ley 30/1994, no solo se precisa la previa acreditación o presentación de documentación de las entidades sin fines lucrativos ante la Administración, sino que es necesario un reconocimiento por parte de la misma, no siendo posible, además, en el supuesto de hecho porque existe constancia expresa del no cumplimiento del requisito del artículo 42.1.e) del citado texto, esto es, aplicar su patrimonio en caso de disolución a la realización de fines de interés general análogos a los realizados por las mismas.

IV. Sentencias de las Audiencias Provinciales

Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 2.^a), de 25 de abril de 2011

[JUR 2011\197338]

VULNERACIÓN DE LA LEY 1/1982: TRATAMIENTO INFORMATIVO DE UN ACTO DE LA FUNDACIÓN DE LA GUARDIA CIVIL: LOS FINES DE LA ENTIDAD NO JUSTIFICAN UNA INTROMISIÓN: VULNERACIÓN EXISTENTE.

Entiende el Tribunal que el tratamiento informativo del acto organizado por la *Fundación de la Guardia Civil* vulnera los derechos a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de las personas que aparecen en las imágenes, perfectamente nítidas e identificativas de dos menores y con referencia a su edad y su estado emocional, así como de una persona mayor que carece de notoriedad y de proyección pública sin que pueda considerarse, por otra parte, como imagen accesorio. Junto a otros argumentos al hilo de la LO 1/1982, no cabe considerar que el hecho de que la *Fundación de la Guardia Civil* tenga entre sus finalidades la sensibilización social o la proyección de la imagen de la Guardia Civil o que tenga como objetivo acercar a esta institución al ciudadano y abrir sus puertas al público, justifique cualquier tratamiento informativo de los actos por ella organizados, pues el evento se podría haber cubierto sin afectar a los derechos anteriormente referidos.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 4.^a), de 13 de diciembre de 2010

[JUR 2011\54392]

IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS DEL PATRONATO: CESE DEL PRESIDENTE: NO CONCORRE CAUSA: ACUERDO ADOPTADO CONFORME A QUÓRUM Y MAYORÍAS EXIGIDOS EN ESTATUTOS: IMPUGNACIÓN IMPROCEDENTE.

Desestima el órgano jurisdiccional el recurso que solicita la nulidad del acuerdo del Patronato de la *Fundación Rubió Tudurí Androómaco*, acuerdo por el que se produce el cese de la presidenta del órgano de gobierno y representación. Tras la modificación de Estatutos, acordada por unanimidad, se posibilita la presentación de una moción de censura contra el presidente o cargos vigentes en la Fundación, siempre que la misma fuera suscrita por patronos que representaran las dos terceras partes de los miembros del Patronato, sin hacer referencia a la necesidad de una causa y separándose, así, del régimen establecido en la Ley 50/2002 para el cese de los patronos. Dado que una cosa es cesar a un patrono —deja de formar parte del órgano de gestión— y otra al presidente del Patronato —que cesa únicamente en su cargo pero sigue formando parte del órgano de gobierno—, el cese del presidente, de la misma manera que su elección, puede ser adoptado por acuerdo del Patronato en la forma que se regula en los Estatutos con lo que, en el caso concreto, resulta irrelevante el motivo o causa de la moción de censura, puesto que se trata de la adopción de un acuerdo conforme al

quórum y mayorías exigidos en el artículo correspondiente de los estatutos, que no tiene carácter causal alguno.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18.ª), de 2 de diciembre de 2010

[AC 2011\190]

[En el mismo sentido: SAP Ciudad Real (Sección 2.ª), de 29 de abril de 2011; SAP La Rioja (Sección 1.ª), de 8 de abril; SAP Burgos (Sección 2.ª), de 31 de marzo de 2011; SAP Barcelona (Sección 18.ª), de 31 de marzo; SAP Pontevedra (Sección 6.ª), de 8 de marzo de 2011; SAP Tarragona (Sección 1.ª), de 3 de marzo de 2011; SAP Ávila (Sección 1.ª), de 14 de octubre de 2010; SAP Barcelona (Sección 18.ª), de 22 de febrero de 2010; SAP Madrid (Sección 22.ª), de 7 de julio de 2009; SAP Madrid (Sección 22.ª), de 27 de diciembre de 2007; SAP Madrid (Sección 24.ª), de 7 de febrero de 2007].

NOMBRAMIENTO DE TUTOR: DESIGNACIÓN DE FUNDACIÓN TUTELAR PREFERIBLE FRENTE A FAMILIARES.

Se aprecia la concurrencia de causas que inhabilitan a la persona designada como tutora en la escritura otorgada por la incapaz. Haciendo uso de la excepción que posibilita, cuando el interés del incapaz lo requiera por concurrir circunstancias excepcionales, designar a persona distinta de la que conste en la escritura de autotutela y teniendo en cuenta la inviabilidad de una gestión del cargo por los parientes, se acuerda designar a una Fundación Tutelar para la administración patrimonial de la incapaz, por resultar más beneficioso para la misma.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 6.ª), de 26 de julio de 2010

[JUR 2010\349221]

NULIDAD DE ACTO CONSTITUTIVO DE FUNDACIÓN: NECESARIO INTERÉS LEGÍTIMO Y EXPECTATIVAS DE OBTENER ALGUNA VENTAJA LÍCITA: NO CONCURRE: INEXISTENCIA DE LEGITIMIDAD.

La Audiencia confirma la sentencia impugnada por entender que la apelante carece de legitimación activa para ejercitar la acción de nulidad del acto constitutivo de la *Fundación Francisco Balbastro Arnau*. Considera la parte que interpone el recurso que la Fundación, constituida más de cuarenta años después del fallecimiento del causante-fundador, que designaba a una serie de albaceas para tal fin, y por personas distintas a los mismos, lo ha sido de forma ilegal y, por tanto, no gozaría de título de propiedad de los inmuebles de los que dice ser titular, en cambio, la parte apelante, por compraventa verbal y, en todo caso, prescripción adquisitiva. Argumenta el órgano jurisdiccional que la nulidad absoluta y radical del acto de constitución de la Fundación solo puede sostenerse por quien tenga legitimación para impugnarlo o posea un interés legítimo y tenga expectativas de obtener algún beneficio lícito del resultado de su ejercicio en la jurisdicción, no siendo admisible el interés basado en que la declaración de nulidad del acto de constitución de la Fundación permitiría volver a plantear la cuestión relativa a la propiedad de los inmuebles ocupados en su día por la parte apelante.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1.^a), de 17 de febrero de 2010

[JUR 2010\146388]

DENOMINACIÓN DE FUNDACIÓN: NOMBRE DE PERSONA FALLECIDA: AUTORIZACIÓN NO REVOCADA: INEXISTENCIA DE VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN.

No existe intromisión ilegítima al derecho a la intimidad y a la propia imagen en la utilización por parte de la *Fundación Cultural Privada Horacio Fernández Inguanzo* de este nombre como denominación, perteneciente a un sujeto ya fallecido. Partiendo de la existencia de autorización inicial por parte de la demandante —esposa del difunto— para que esta Fundación vinculada a un partido político llevase dicho nombre, de que el poder otorgado por esta persona a su apoderado no hace referencia a la facultad de revocación de donaciones y de que del interrogatorio se deduce que la demandante presenta alteraciones cognoscitivas graves sin poder saber si está de acuerdo o no con dejar sin efecto el permiso para el uso del nombre de la Fundación, se concluye que no se produjo una revocación de la autorización del uso del nombre del fallecido por la Fundación.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 5.^a), de 9 de diciembre de 2009

[JUR 2010\34611]

[En el mismo sentido: SAP Granada (Sección 5.^a), de 11 de marzo de 2011; SAP Navarra (Sección 2.^a), de 30 de diciembre de 2008; SAP Barcelona (Sección 18.^a), de 17 de junio de 2008; SAP Burgos (Sección 2.^a), de 21 de mayo de 2008]

NOMBRAMIENTO DE TUTOR: PREFERIBLE PARIENTE CON VINCULACIÓN FRENTE A FUNDACIÓN.

Se falla a favor del nombramiento del esposo e hijos de una incapaz con preferencia a la *Fundación Murciana para la Defensa y Tutela Judicial de Adultos*, institución cuya designación debe reservarse para aquellos casos en los que el incapaz esté auténticamente desamparado, bien por la ausencia de parientes dispuestos a desempeñar el cargo de tutor, bien porque estos carezcan de la capacidad necesaria para ello o bien porque concurra cualquier causa de inhabilidad para el desempeño del cargo.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 18.^a), de 20 de mayo de 2009

[JUR 2010\269065]

AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA PARA ACTOS DE ENAJENACIÓN DE PATRIMONIO: ACCIÓN DE DESAHUCIO: NO SE DISCUTEN DERECHOS REALES: NO NECESARIA.

Se desestima el recurso de apelación contra la sentencia que declara resuelto el contrato de arrendamiento entre un particular y la *Fundación Doña Fausta Elorz* puesto que, al no estar ante un acto de enajenación onerosa o gratuita o un acto de grava-

men de bienes y derechos del patrimonio fundacional, sino ante un juicio de desahucio (en el que se discute simplemente la continuación o no del derecho obligacional derivado de un contrato de arrendamiento), la Fundación no necesita la autorización administrativa a la que hace referencia la Ley 50/2002. Tampoco prospera la alegación de violación del artículo 14 de la Constitución Española: el hecho de que la Fundación haya renunciado a ejercitar la acción de desahucio frente a otros arrendatarios no implica que se vulnere el principio de igualdad en la medida en que las personas jurídicas pueden tomar las decisiones que tengan por conveniente en la administración y gestión de su patrimonio.

Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4.ª), de 18 de enero de 2010

[JUR 2010\246940]

COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ARTÍCULO 1.902 CC: COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN CIVIL.

Rechaza la Audiencia que la pretensión aducida sea competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Se ejercita la acción de responsabilidad civil extracontractual del artículo 1.902 del Código Civil contra la *Fundación Deporte Galego*, entidad de Derecho privado creada por la Administración Autónoma de Galicia y regida por la Ley 7/1983, de Fundaciones de interés gallego, que ostenta personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar. Dado que la acción no deriva del normal o anormal funcionamiento de los servicios públicos sino de un acto culpable o negligente de la Fundación demandada —relacionado con la conservación de las instalaciones en las que el actor tiene un resbalón y sufre un accidente—, la competente para conocer del litigio es la jurisdicción civil.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1.ª), de 31 de marzo de 2009

[AC 2009\1149]

LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO: EL PROTECTORADO NO ES PROPIAMENTE UN ÓRGANO DE LA FUNDACIÓN: INEXISTENCIA. AUTORIZACIÓN DE CONDENAS EN COSTAS: SISTEMA PREVISTO PARA DECISIONES DEL PATRONATO: NO NECESARIA.

Al hilo de una demanda reconventional contra la *Fundación Benéfica Docente Colegio de Huérfanos de San José*, se concluye que no se ha infringido ninguna norma relativa a la existencia de litisconsorcio pasivo del Protectorado ni a la falta de reclamación previa en vía administrativa por cuanto aquel no es propiamente un órgano de la fundación y no representa a la misma ni desempeña un interés propio en la administración de la fundación, según se deduce del artículo 34 de la Ley 50/2002, siendo el patronato el legitimado para intervenir en juicio bajo la responsabilidad que le es propia conforme al artículo 17 de la misma norma. Asimismo, respecto a una hipotética condena en costas, no es necesaria una autorización previa del Protectorado del

artículo 21 ya que las autorizaciones en él recogidas están relacionadas con decisiones del patronato y no con las impuestas como consecuencia de una demanda judicial dirigida frente a la Fundación, sin que la imposición de costas en el juicio pueda estar condicionada a la autorización de un tercero ajeno al pleito.

V. Otras resoluciones

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 40, de 11 de enero de 2010

[AC 2010\1303]

DONACIÓN A FUNDACIÓN: EXCESO DE LA CUOTA DISPONIBLE POR EL CAUSANTE: INOFICIOSA: REINTEGRO HASTA CUBRIR DERECHOS LEGITIMARIOS.

El órgano jurisdiccional estima la demanda declarando, por una parte, la nulidad de dos contratos de cesión de derechos de explotación de la propiedad intelectual por entender que se trata de donaciones encubiertas con la finalidad de perjudicar los derechos legitimarios del actor; por otra, la inoficiosidad de lo donado a la Fundación *Camilo José Cela* por su fundador —padre del actor—, ya que el *relictum* más la donación previa de un cuadro no cubre los derechos legitimarios de este último, debiendo ser reducida la donación en el exceso de la cuota disponible por el causante.

Respecto de las aportaciones llevadas a cabo por parte del causante a la *Fundación Camilo José Cela*, continuas hasta su fallecimiento pero de las que prácticamente solo se especifica la realizada en la constitución de la persona jurídica, así como otra, por la que se da cumplimiento a lo dispuesto en la escritura de constitución de la misma, se consideran inoficiosas por perjudicar la legítima del actor, fallando a favor de su reducción en el exceso. Dado que la Fundación no ha aportado el inventario de los bienes donados y su valor, se tendrán que concretar en ejecución de sentencia los bienes que forman parte de dicha donación que han de ser reintegrados al actor, no procediendo, por el contrario, a condenar a la entidad fundacional al reintegro de los frutos producidos por tales bienes donados al actor.

Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 4 de Zaragoza, de 9 de febrero de 2007

[JUR 2008\120663]

COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: EXTINCIÓN DE FUNDACIÓN POR EL PROTECTORADO ASUMIENDO FUNCIONES DE GOBIERNO ANTE LA AUSENCIA DE PATRONATO: ACTO DE FUNCIONAMIENTO INTERNO DE LA FUNDACIÓN: INEXISTENCIA DE FUNCIONAMIENTO DEL SERVICIO PÚBLICO: JURISDICCIÓN CIVIL COMPETENTE.

Falla el Juzgado a favor de la competencia de la jurisdicción civil ante la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración que interpone una entidad bancaria

que había suscrito un contrato de préstamo con la *Fundación Consejo y Apoyo y Promoción de Viviendas Asistidas de Fami Aragón*, no siendo devueltas sus cantidades llegada la fecha de vencimiento. Tras la renuncia del Presidente del Patronato, asume el Protectorado correspondiente el gobierno de la fundación y se procede a su extinción por realización del fin fundacional, sin que conste bien alguno en su patrimonio. Entiende la entidad bancaria que existe responsabilidad patrimonial de la Administración por haber procedido el Protectorado a la extinción de la persona jurídica sin el procedimiento de liquidación en la materia y cediendo la utilización del inmueble y equipo inventariado que gestionaba la Fundación a otra entidad. No comparte este criterio el órgano jurisdiccional, para quien el espíritu de la normativa es relegar al Protectorado a un lugar subsidiario y no determinante en materia de extinción de las fundaciones, estando circunscritas sus atribuciones en relación al funcionamiento interno de este tipo de persona jurídica al control de su legalidad. Dado que se trata de impugnar un acto de funcionamiento interno de la fundación consistente en la actuación del órgano de gobierno que decide su cese, no estamos, pese a la intervención de un ente público, ante el funcionamiento del servicio público en el que se fundamenta la responsabilidad patrimonial de la actividad administrativa. Procede hacer valer dicha impugnación, por tanto, ante los órganos de la jurisdicción civil.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Propiedad), de 16 de julio de 2007

[Ref. Iustel: §602843]

ACEPTACIÓN DE HERENCIA A BENEFICIO DE INVENTARIO: CONSECUENCIA LEGAL: NO NECESARIA MENCIÓN EXPRESA.

No confirma la DGRN el criterio del Registrador, que había denegado la inscripción de la escritura de adjudicación de herencia a favor, entre otros, de dos fundaciones basándose en que el apartado primero del artículo 22 de la Ley 50/2002 establece que la aceptación de herencias por las fundaciones se entenderá hecha siempre a beneficio de inventario y, sin embargo, del documento calificado no resulta acreditado el cumplimiento de este requisito. A juicio de la DGRN, este precepto no exige que los representantes de estas instituciones expresen que la aceptación de la herencia se hace con esa limitación, pues esa consecuencia la impone directamente la Ley.

Dictamen de la Abogacía del Estado de 17 de septiembre de 2010

[JUR 2011\383]

AUTOCONTRATACIÓN ENTRE FUNDACIÓN Y FUNDADOR A TRAVÉS DEL REPRESENTANTE DE ESTE ÚLTIMO EN EL QUE CONCURRE CONDICIÓN DE PATRONO: ACTUACIÓN COMO REPRESENTANTE DE UN TERCERO (FUNDADOR) Y NO COMO PATRONO: NO CONFLICTO DE INTERESES: AUTORIZACIÓN RECOMENDABLE.

La Abogacía del Estado emite un dictamen acerca de la posibilidad de un supuesto de autocontratación y las correspondientes autorizaciones en el caso de convenios

entre la *Fundación General CSIC* y el CSIC, dado que, además de los conflictos de intereses entre representante y representado que pueden producirse en la autocontratación en el ámbito del Derecho civil, en el caso de las fundaciones se suma la posibilidad de estar retribuyendo de forma encubierta al patrono (representante y representado) y de estar vulnerando la prohibición de crear fundaciones cuya finalidad principal sea destinar sus prestaciones al fundador o patronos, entre otros.

En el caso concreto, a la vista del artículo 28 de la Ley 50/2002, y dado que el CSIC es fundador pero no patrono —con independencia de que cinco miembros del patronato lo sean en virtud de los cargos que ostentan dentro del propio CSIC y de que en la persona del Presidente de esta entidad concurra también la cualidad de Presidente del Patronato—, cuando el Presidente del CSIC contrate con la FGCSIC en su calidad de patrono, pero no actuando para sí sino en representación de un tercero (CSIC), no existe el conflicto de intereses que las normas tratan de evitar, pudiendo ser objeto tal situación de la pertinente autorización. A ello se suma que la finalidad con la que la Fundación fue creada es cooperar con el CSIC de cara a la obtención de la financiación de proyectos. Resulta, por tanto, aconsejable una autorización que, además, podrá ser concedida con carácter general por el Protectorado aunque precisando que solo es a los efectos de los negocios jurídicos que la FGCSIC celebre con el CSIC y no con la persona de su patrono-presidente, para los que precisará, en todo caso, autorización puntual.

Dictamen de la Abogacía del Estado de 26 de noviembre de 2007

[JUR 2007\368734]

(Con el mismo contenido: Dictamen de la Abogacía del Estado de 27 de marzo de 2007)

EXCLUSIÓN RECOGIDA EN EL ARTÍCULO 3.1.I TRLCAP: REQUISITOS SEGÚN INTERPRETACIÓN TJCE: LA INCORPORACIÓN DE NUEVOS PATRONOS —EMPRESAS PRIVADAS— NO ALTERA EL CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN SOBRE LA FUNDACIÓN: DIFERENCIAS ENTRE CAPITAL DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES Y DOTACIÓN DE LAS FUNDACIONES: EXCLUSIÓN PROCEDENTE.

El Dictamen gira en torno a la aplicación del artículo 3.1.I del TRLCAP (que excluye del sometimiento a este texto legal a las encomiendas de gestión que se realicen a las Entidades y a las sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración Pública) a la Fundación del sector público estatal «*Centro Nacional de Referencia de Aplicación de las Tecnologías de la Información y Comunicación Basadas en Fuentes Abiertas*», dada la incorporación al patronato de la misma de empresas privadas a las que se les requiere la aportación de una cuota anual.

Se concluye a favor de la aplicación de este precepto en la medida en que, aplicados a la figura fundacional, se cumplen los dos requisitos requeridos por el mismo según la interpretación establecida en la STJCE de 13 de enero de 2005. Por una parte, la fundación encomendaria realiza la parte esencial de su actividad con la Administración pública encomendante. Por otra, esta última ejerce sobre la fundación un

control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, afirmación indudable antes de la incorporación de los nuevos patronos —empresas privadas— pero que continúa invariable tras ella por las diferencias jurídicas y económicas existentes entre el capital de las sociedades mercantiles y la dotación de las fundaciones: al hecho de que las nuevas aportaciones estén destinadas a la consecución de los fines de interés general propios de la fundación y no a intereses privados, se le suma que dichas aportaciones no confieren el derecho a la participación en los rendimientos que puedan derivar de su actividad ni ningún otro derecho de índole económica que implique la posibilidad de obtención de lucro. Esta circunstancia y la cláusula de los estatutos según la cual los patronos representantes del sector público estatal siempre deberán ser más de la mitad del número total de patronos, eliminan cualquier posibilidad de privación a las Administraciones fundadoras del total control sobre la fundación.

Dictamen de la Abogacía del Estado de 23 de abril de 2007

[JUR 2007\368732]

FUNDACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO ESTATAL: CONVENIO DE COLABORACIÓN CON SOCIEDAD MERCANTIL: PROCEDENTE. REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS: RELACIONADAS CON FIN FUNDACIONAL: PROCEDENTE. VULNERACIÓN DE NORMAS DE LIBRE COMPETENCIA: INEXISTENTE.

Respecto a la posibilidad de que la «*Fundación Centro Nacional de Investigaciones Cardiovasculares Carlos III*», fundación del sector público estatal, lleve a cabo un convenio de colaboración con una sociedad mercantil por el que se pretende el desarrollo de un proyecto de investigación y, en su caso, la consecución de un fármaco cuya indicación clínica principal es la prevención secundaria de eventos cardiovasculares, se admite por no tener como objeto el convenio ninguno de los vetados por el TRLCAP —contrato de obras, de suministro, de consultoría y asistencia, de servicios—. Por otra parte, el hecho de que la referida Fundación participe no solo en la fase de investigación sino también en la de comercialización del producto farmacéutico, no es contrario a la prohibición de fin de lucro de este tipo de personas jurídicas. Efectivamente, según el artículo 24.1 de la LF 50/2002, se podrán desarrollar actividades económicas siempre que estén relacionadas con los fines fundacionales o sean accesorias o complementarias a las mismas, requisitos que cumple la anterior actividad comercial en la medida en que, a la vista de los estatutos, guarda una evidente relación con los fines de la entidad fundacional. Por último, estos vínculos con el sector privado no son susceptibles de vulnerar la legislación de competencia desleal así como tampoco la de defensa de la competencia.

La dotación fundacional. Consideraciones al hilo de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 40, de 11 de enero de 2010

María Natalia Mato Pacín

Profesora Ayudante de Derecho Civil
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: I. LA SENTENCIA.—II. NOTAS A LA SENTENCIA: 1. *La dotación*. 2. *Dotación y donación*.—III. APRECIACIONES FINALES.

I. La sentencia

El órgano jurisdiccional estima la demanda declarando, por una parte, la nulidad de dos contratos de cesión de derechos de explotación de la propiedad intelectual por entender que se trata de donaciones encubiertas con la finalidad de perjudicar los derechos legitimarios del actor; por otra, la inoficiosidad de lo donado a la Fundación *Camilo José Cela* por su fundador —padre del actor—, ya que el *relictum* más la donación previa de un cuadro no cubre los derechos legitimarios de este último, debiendo ser reducida la donación en el exceso de la cuota disponible por el causante.

Respecto a los derechos de explotación, son objeto de dos contratos de cesión, entre el titular de los mismos —causante— y una entidad mercantil constituida por él y su cónyuge, el primero, y entre esta entidad mercantil y otra, también constituida por ambos y participada prácticamente en su totalidad por el cónyuge del causante, el segundo. El hecho de que en ambos casos la cesión se realiza por un precio absolutamente ínfimo, que los negocios se llevan a cabo entre los cónyuges, actuando como representantes de cada una de las mercantiles en condición de administradores únicos y que se formalizan tras los desencuentros habidos entre el actor y su hijo —causante—, es claro que tales cesiones encubren dos donaciones cuya finalidad es perjudicar los derechos legitimarios del actor, debiéndose declarar la nulidad de ambos contratos y reintegrándose tales derechos de explotación, así como sus rendimientos, al caudal relicto de la herencia.

En cuanto a las aportaciones llevadas a cabo por parte del causante a la Fundación *Camilo José Cela*, continuas hasta su fallecimiento pero de las que

prácticamente solo se especifica la realizada en la constitución de la persona jurídica, así como otra, por la que se da cumplimiento a lo dispuesto en la escritura de constitución de la misma, se consideran inoficiosas por perjudicar la legítima del actor, fallando a favor de su reducción en el exceso. Dado que la Fundación no ha aportado el inventario de los bienes donados y su valor, se tendrán que concretar en ejecución de sentencia los bienes que forman parte de dicha donación que han de ser reintegrados al actor, no procediendo, por el contrario, a condenar a la entidad fundacional al reintegro de los frutos producidos por tales bienes donados al actor.

II. Notas a la sentencia

Dejando a un lado la cuestión de los contratos de cesión de los derechos de explotación y centrándonos en las aportaciones llevadas a cabo por parte del causante-fundador a la Fundación, cabe hacer unas breves apreciaciones en relación con uno de los elementos esenciales del negocio jurídico fundacional: la dotación.

A lo largo de la resolución se hace referencia reiteradamente a las aportaciones realizadas por el fundador a la entidad. A título de ejemplo, se habla de que esta «*inicialmente se constituye con la aportación que el Excmo. Don Jenaro hace a la Fundación*» [FJ 3.º, párr. 3.º]; que está acreditada tal «*donación*» (en referencia a las aportaciones de bienes llevadas a cabo por el causante desde la constitución de la persona jurídica hasta el momento del fallecimiento del fundador) [FJ 5.º, párr. 1.º]; que en el *donatum*, de cara a la legítima, «*han de considerarse como incluíbles [...] los bienes donados por Don Jenaro a la Fundación en el momento de su institución así como los ulteriores donados en vida*» [FJ 5.º, párr. 3.º]; o, en el fallo, que «*la donación efectuada por el finado a la Fundación [...] es inoficiosa, debiendo ser reducida en el exceso*».

A primera vista, lo que se observa es que todos los bienes aportados por el fundador son encuadrados por la sentencia dentro del concepto de «donación», simplificación criticable. De los datos proporcionados en los antecedentes de hecho y en los fundamentos jurídicos acerca de la constitución y sucesivas aportaciones de bienes por parte del fundador, no se pueden identificar los bienes en concreto ni saber en qué condición se incorporan al patrimonio de la Fundación. Solo en dos casos parece poder deducirse con certeza el acto por el que se vinculan los bienes: la Fundación se constituye en junio de 1986 con la aportación de la denominada *Casa de los Canónigos*, instituida como domicilio de la persona jurídica y que figura en la escritura de constitución, junto con «*los manuscritos, libros, objetos, obras de arte y cualquier otra suerte de riqueza*

que se relacionan en el correspondiente anejo». Aunque en este anejo solo consta la voluntad de reunir en la citada casa un determinado patrimonio ¹, en octubre de 1990, mediante escritura pública y «concretando la manifestación 5.^a de la escritura de constitución de la Fundación Camilo José Cela», tanto el causante como su cónyuge (ya que se trata de bienes gananciales) adjudican a la persona jurídica una serie de bienes que, en principio, se identifican con los referidos en la escritura de constitución.

Pues bien, la aportación de estos bienes en concreto, ¿cabe ser subsumida dentro del negocio jurídico de donación? Aunque se trate en ambos casos de una atribución gratuita, el acto por el cual el fundador atribuye los bienes y derechos que destina a la fundación para la consecución del fin fundacional conforma una institución propia: la dotación. El hecho de que a la dotación le sean de aplicación, como tendremos ocasión de ver, ciertas normas del régimen jurídico de las donaciones, no justifica que estas dos figuras se confundan entre sí. De ahí que, aunque la conclusión a los efectos del supuesto de hecho que nos ocupa no se vería alterada, nos parece pertinente, aprovechando esta resolución, detenernos brevemente a hacer una serie de precisiones. Para ello, será conveniente referirnos de forma somera al concepto de dotación para poder, a continuación, proceder a examinar el paralelismo entre este acto y el negocio jurídico de la donación.

1. La dotación

Como se sabe, la dotación es un elemento esencial del negocio jurídico de fundación. Esto es, sin una disposición de bienes y derechos del patrimonio del fundador al crear la fundación no podría considerarse perfecto el proceso de constitución de este tipo de persona jurídica ². Pero, aunque sea esta acep-

¹ En el Anejo se hace referencia a «1. Todos los manuscritos de sus obras que están actualmente en poder del autor, así como aquellos que pasen a estarlo en el futuro. 2. Ejemplares de todas las ediciones de sus libros, así como de todas las traducciones de los mismos a diferentes lenguas. 3. El archivo del escritor, que comprende no sólo los libros, tesis doctorales y de licenciatura y artículos de revistas especializadas que se han publicado sobre su producción literaria, sino también diverso material de prensa a él referido. 4. Aquellos volúmenes de su biblioteca de trabajo directamente relacionados con su obra. 5. Aquellos cuadros de su pinacoteca vinculados asimismo en concreto a la personalidad y la literatura del escritor. 6. Gran número de recuerdos artísticos y recuerdos personales. 7. La colección particular que el escritor conserva de su revista *Papeles de Son Annadans*. 8. El epistolario de Jenaro».

² J. CAFFARENA LAPORTA, *El régimen jurídico de las fundaciones: estudio para su reforma*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1992, pp. 43 y ss.; «Comentario al artículo 7», en R. DE LORENZO, M. A. CABRA, J. CAFFARENA *et al.*, *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Marcial Pons, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1995, pp. 58-59; «La constitución de las fundaciones», en S. MUÑOZ MACHADO, M. CRUZ AMORÓS, R. DE LORENZO GARCÍA, *Comentarios*

ción de dotación como acto por el que se dispone de los bienes para crear la fundación la que vaya a centrar estas líneas, no podemos dejar de apuntar que la Ley de Fundaciones alude también a la dotación para hacer referencia al conjunto de bienes y derechos afectados al cumplimiento de los fines fundacionales. Unas veces, en el sentido de los bienes y derechos de los que dispone el fundador inicialmente para constituir la fundación (como ejemplo, los arts. 10 y 12.1 LF), otras, en la acepción de dotación inicial más aquellos bienes y derechos de contenido patrimonial que durante la existencia de la fundación se aporten en tal concepto por el fundador o por terceras personas, o que se afecten por el Patronato, con carácter permanente, a los fines fundacionales (arts. 12.4, 19.1, 21.1 LF) ³.

De esto se desprende, *sensu contrario*, que puede haber bienes que, no integrándose en la dotación, formen parte igualmente del patrimonio de la fundación. Y es que patrimonio y dotación son dos elementos entre los que hay interferencias pero que no deben confundirse ⁴. Los bienes que forman parte de la dotación se caracterizan por la afectación permanente y la vinculación especial con el fin fundacional, mientras que el patrimonio, en virtud del artículo 19.1 LF, es el conjunto de bienes y derechos que forman parte de la dotación más los que adquiera la fundación por cualquier medio con posterioridad a su constitución, se afecten o no a la dotación.

a las *Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, Iustel y Fundación Once, Madrid, 2005, pp. 97-98; M. T. CARRANCHO HERRERO, *La constitución de fundaciones*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 207; M. L. FERRANDO VILLALBA, «Comentario al artículo 12», en J. OLAVARRÍA IGLESIA, *Comentarios a la Ley de fundaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 296; A. NIETO ALONSO, «Aspectos sustantivos relevantes y controvertidos de las fundaciones», en R. DE LORENZO, J. L. PIÑAR, T. SANJURJO (dirs.), *Tratado de fundaciones*, Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 172-173.

³ Señalando las diferentes acepciones del término dotación, J. CAFFARENA LAPORTA, «La dotación», en S. MUÑOZ MACHADO, M. CRUZ AMORÓS, R. DE LORENZO GARCÍA (dirs.), *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, Iustel y Fundación Once, Madrid, 2005, pp. 213-215; M. L. FERRANDO VILLALBA, «Comentario al artículo 12...», ob. cit., p. 296; A. NIETO ALONSO, «Aspectos sustantivos relevantes...», ob. cit., p. 173. Respecto de los bienes aportados con posterioridad por el fundador o terceros, puntualiza M. J. SANTOS MORÓN, «El patrimonio de la fundación. Régimen de gestión patrimonial», en S. MUÑOZ MACHADO, M. CRUZ AMORÓS, R. DE LORENZO GARCÍA (dirs.), *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, Iustel y Fundación Once, Madrid, 2005, p. 290, que estos pasarán a formar parte de la dotación en dos casos: porque se indique, bien específicamente la voluntad de que integren la dotación o bien, simplemente, que han de quedar vinculados directamente al cumplimiento del fin fundacional.

⁴ Llamando la atención sobre la separación conceptual de dotación y patrimonio, M. T. CARRANCHO HERRERO, *La constitución de fundaciones...*, ob. cit., pp. 120, 208; M. J. SANTOS MORÓN, «El patrimonio de la fundación...», ob. cit., p. 282; T. MARTÍN GARCÍA DE LEONARDO, «Comentario al artículo 19», en J. OLAVARRÍA IGLESIA, *Comentarios a la Ley de fundaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 499.

El especial vínculo con el fin fundacional de los bienes y derechos que conforman la dotación tiene su reflejo en diversos aspectos a lo largo del texto de la Ley de Fundaciones, que aquí dejaremos tan solo anotados. Por una parte, a la dotación, a diferencia del patrimonio, se le exige que sea «*adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales*» (art. 12.1 LF). Por otra, y quizás la más evidente, el régimen de enajenación y gravamen de los bienes varía en función de que formen parte de la dotación —o estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales— o no, siendo más restrictivo en el primer caso, en la medida en que se requiere autorización previa y preceptiva del Protectorado, que se concederá «*si existe justa causa debidamente acreditada*» (art. 21.1 LF *in fine*), mientras que respecto del resto de los bienes será suficiente con una comunicación del Patronato al Protectorado en el plazo de treinta días (art. 21.3 LF) ⁵.

La dotación, por tanto, tiene la trascendencia propia de ser un elemento constitutivo del negocio jurídico fundacional. Apuntado esto, podemos volver sobre la idea de la que traen causa estas líneas: la relación entre el acto de dotación y el típico negocio de carácter gratuito, esto es, la donación.

2. Dotación y donación

El negocio jurídico fundacional es un acto de disposición de bienes, por un lado, y de constitución de una persona jurídica, por otro. A pesar de este doble efecto, la doctrina mayoritaria sostiene, argumentando que la dotación es elemento constitutivo del negocio jurídico y que sin ella no podría considerarse creada la fundación, la unidad del mismo ⁶. Unidad y también gratuidad, rasgo no controvertido de este negocio jurídico en la medida en que supone una atribución de bienes y derechos sin contrapartida ⁷.

⁵ Acerca de la necesidad de autorización, M. J. SANTOS MORÓN, «Algunas cuestiones sobre la gestión patrimonial de la Fundación», en AA.VV., *Fundaciones: Problemas actuales y reforma legal*, Fundación María Cristina Masaveu y Aranzadi, 2011, pp. 226 y ss.

⁶ Sobre la unidad del negocio fundacional ver J. J. LÓPEZ JACOISTE, «La fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones», *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 1965, p. 597, para quien el negocio aparece informado por una causa única, de lo cual resulta una figura negocial unitaria. Defendiendo la unidad del negocio fundacional, también J. CAFFARENA LAPORTA, *El régimen jurídico de las fundaciones...*, ob. cit., pp. 43 y ss., 109; C. VATTIER FUENZALIDA, «Observaciones sobre la M. J. constitución, modificación y la extinción de las fundaciones», *La Ley*, 1998, núm. 3, pp. 1456, entre otros.

⁷ Así, F. DE CASTRO Y BRAVO, *La persona jurídica*, Civitas, Madrid, 1981, p. 297; J. CAFFARENA LAPORTA, *El régimen jurídico de las fundaciones...*, ob. cit., pp. 48, 110; M. T. CARRANCHO HERRERO, *La constitución de fundaciones...*, ob. cit., pp. 220 y ss.; L. DíEZ-PICAZO, *Sistema de Derecho civil*, vol. I, 11.ª ed., Tecnos, 2003, Madrid, p. 619; J. L. LACRUZ, F. DE ASÍS, A. LUNA *et. al*, *Elementos de Derecho Civil*, I, vol. II, 6.ª ed., Dykinson, Madrid, 2010, p. 321.

El hecho de que se trate de un negocio con causa liberal ha llevado a vincularlo con la donación, con la que no cabe duda presenta similitudes. La más importante, esta eficacia traslativa con ánimo de liberalidad, a lo que podemos añadir la importancia de la forma en ambos negocios, siendo requisito *ad solemnitatem* que el negocio fundacional conste en escritura pública, afirmación evidente a la vista de la Ley de Fundaciones, que dedica su artículo 10 para regular el contenido mínimo de esta escritura de constitución. Sin embargo, no en todos los aspectos coinciden ambas instituciones. Además de un negocio jurídico unitario y gratuito, el negocio fundacional es también unilateral y no recepticio, esto es, no es necesaria la aceptación para que surta efectos la voluntad del fundador o fundadores, lo que lo distancia de la donación, que requiere de la aceptación del donatario y que ésta llegue a conocimiento del donante para su perfección. Por otra parte, se ha apuntado que los destinatarios del negocio jurídico fundacional no son personas determinadas sino, como requisito expreso recogido en el artículo 3.2 LF, «colectividades genéricas»⁸.

Tomando en consideración esto, se revela como acertada la afirmación realizada por algunos autores, tanto antiguos como más recientes, definiendo el negocio jurídico de fundación como un negocio *sui generis* ya que, aunque tanto la donación como la fundación entrañan una disposición patrimonial gratuita que provoca un enriquecimiento del destinatario, «sus estructuras se diferencian dando lugar a dos figuras típicas distintas»⁹. Además de las diferencias señaladas en el párrafo anterior, han sido apuntadas como razones para concluir que el negocio fundacional no encaja en otros tipos de negocio —en concreto, la donación—, la «conexión sustantiva con el destino de servir al fin para el que la fundación se ha creado», así como el hecho de que «no hay lugar para la aceptación dado su carácter de interés público, reconocido por la ley»¹⁰.

Sin embargo, una vez sentado que el acto de la dotación, como parte del negocio fundacional, y el negocio jurídico de la donación son dos institucio-

⁸ Sobre el paralelismo entre ambos negocios, J. J. LÓPEZ JACOISTE, «La fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones», *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 1965, p. 583; M. T. CARRANCHO HERRERO, *La constitución de fundaciones...*, ob. cit., pp. 222 y ss.; M. L. FERRANDO VILLALBA, «Comentario al artículo 12...», ob. cit., p. 301; J. CAFFARENA LAPORTA, «Las fundaciones: fines de interés general, beneficiarios y cláusulas de reversión», *Anuario de Derecho de Fundaciones*, 2009, pp. 34 y ss.

⁹ J. J. LÓPEZ JACOISTE, «La fundación y su estructura...», ob. cit., pp. 583, 592.

¹⁰ F. DE CASTRO Y BRAVO, *La persona jurídica*, Civitas, Madrid, 1981, p. 297. En el mismo sentido, J. CAFFARENA LAPORTA, *El régimen jurídico de las fundaciones...*, ob. cit., p. 110, resalta esta naturaleza *sui generis* del negocio fundacional ya que si bien la dotación hace del mismo un negocio gratuito, «siendo también unilateral, no cabe que sea confundido, cuando se realiza en acto inter vivos, con la donación en la que se exige la aceptación del destinatario».

nes diferentes, no se ha visto inconveniente en aplicar ciertas previsiones legales que rigen para esta última—negocio jurídico gratuito por excelencia— a la dotación. Entre las normas del régimen jurídico de las donaciones que se entienden aplicables por analogía al negocio fundacional cabe señalar, precisamente, las relacionadas con el supuesto de hecho de la sentencia a la que hacemos referencia: la defensa de los derechos de los legitimarios ¹¹.

Admitida de forma unánime por la doctrina la aplicación al negocio fundacional de las disposiciones legales establecidas para las donaciones, en lo que a reglas generales de computación de legítimas y reducción de donaciones inoficiosas se refiere ¹², «al producirse el fallecimiento del fundador deberá computarse para el cálculo de la legítima los bienes que hubieren formado parte de la dotación, así mismo deberá imputarse a la porción correspondiente para averiguar si es inoficiosa» ¹³. Por consiguiente, no habiendo legados o habiéndose reducido estos ya, si las aportaciones realizadas en concepto de dotación exceden de la cuota de la que podría disponer el causante sin perjudicar la legítima de sus legitimarios, tendrán que reducirse aplicando los artículos 820 y 821 del Código Civil, por remisión del artículo 654 del mismo texto legal. Se verán afectadas primero las más recientes y solo se retrocederá en la medida en que no quede cubierta la

¹¹ Además de la defensa de los derechos de los legitimarios, la doctrina ha defendido la aplicación de los principios que regulan las donaciones en materia de protección de acreedores, responsabilidad del donante o preceptos correspondientes a la institución de heredero o al legado, respecto del negocio fundacional *mortis causa*, tal y como expone J. CAFFARENA LAPORTA, *El régimen jurídico de las fundaciones...*, ob. cit., pp. 110-112; «La constitución de las fundaciones...», ob. cit., p. 98. En cuanto a la posibilidad de aplicar analógicamente las normas sobre revocación de donaciones, hay autores que defienden su viabilidad. Así, J. L. LACRUZ, F. DE ASÍS, A. LUNA *et al.*, *Elementos...*, ob. cit., p. 308; L. Díez-PICAZO, *Sistema...*, ob. cit., p. 620; M. L. FERRANDO VILLALBA, «Comentario al artículo 12...», ob. cit., p. 303. Por su parte, M. T. CARRANCHO HERRERO, *La constitución de fundaciones...*, ob. cit., pp. 227 y ss., si bien rechaza la posibilidad de que los supuestos de revocación de donaciones por incumplimiento de cargas o por ingratitud puedan funcionar como causas de revocación de la dotación, no concluye lo mismo respecto de la revocación por superveniencia o supervivencia de hijos, supuesto en el que la autora se plantea y desarrolla la posibilidad de que pudiera aplicarse a la dotación ya que el supuesto de hecho encaja en el que se estructura para la revocación de donaciones. Opción esta última que le resulta «harto discutible» a J. CAFFARENA LAPORTA, *El régimen jurídico de las fundaciones...*, ob. cit., p. 112, toda vez que «a la hora de plantearse la aplicación por analogía al negocio de fundación del artículo 644 C.C. afloran las peculiaridades de éste que desaconsejan tal aplicación a la dotación».

¹² J. J. LÓPEZ JACOISTE, «La fundación y su estructura...», ob. cit., p. 589; J. CAFFARENA LAPORTA, *El régimen jurídico de las fundaciones...*, ob. cit., p. 111; «La constitución de las fundaciones...», ob. cit., p. 98; C. VATTIER FUENZALIDA, «Observaciones sobre la constitución...», ob. cit., p. 1457; J. L. LACRUZ, F. DE ASÍS, A. LUNA *et al.*, *Elementos...*, ob. cit., p. 321; L. Díez-PICAZO, *Sistema...*, ob. cit., p. 620; M. L. FERRANDO VILLALBA, «Comentario al artículo 12...», ob. cit., p. 303.

¹³ M. T. CARRANCHO HERRERO, *La constitución de fundaciones...*, ob. cit., pp. 259-260.

cuota legitimaria. Para ello, se estará al valor de los bienes donados que corresponda al momento de la muerte pero calculándose según su estado en el momento en el que se hizo tal donación ¹⁴.

Nótese que esto puede afectar a la entidad fundacional más allá de una simple minoración del patrimonio: dado que la fundación es una persona jurídica de sustrato patrimonial y que este conjunto de bienes está adscrito al cumplimiento de un fin al que se le exige que sea de interés general (razón por la que, además, están sujetos a un régimen especial —de control, tributario, de destino tras la extinción de la persona jurídica, entre otros aspectos—), la merma del patrimonio tiene implicaciones con distintos matices a los que puede tener en cualquier otra persona jurídica. Es manifiesto que la finalidad a la que están afectados los bienes de una fundación —en general todos los que integran el patrimonio, pero, de forma especial, como hemos señalado en líneas anteriores, los que conforman la dotación— es una finalidad cualificada, tutelada expresamente por el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, cualquier perjuicio que sufra la dotación supone, en el mejor de los casos, un menoscabo para las actividades que, en aras de la consecución del interés general, desarrolla la persona jurídica respecto de los beneficiarios. En el peor, puede llevar a la extinción de la misma ¹⁵. Efectivamente, una de las causas de extinción de la fundación, en virtud del artículo 31 LF, hace referencia a la imposibilidad de la realización del fin fundacional, circunstancia que puede darse si la reducción de la dotación es tal que impide seguir adelante con el cumplimiento de los fines fundacionales.

Esto ha llevado a algún autor (Carrancho Herrero) ¹⁶ a plantearse la conveniencia de una aplicación no estricta de las normas acerca de las donaciones inoficiosas a la dotación. Sin negar la obligatoriedad de la reducción de la dotación si esta es considerada como inoficiosa, se sugiere la posibilidad de que,

¹⁴ Acerca del procedimiento de reducción de las donaciones inoficiosas, ver M. ALBALADEJO, «Comentario a los artículos 654 a 656», en M. ALBALADEJO; S. DÍAZ ALABART (dirs.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo VIII, vol. 2.º, Edersa, Madrid, pp. 482, 503 y ss.; J. L. MERINO Y HERNÁNDEZ, «Colación e inoficiosidad de donaciones en Derecho aragonés», en AA.VV., *Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 2.º, Bosch, Barcelona, 1993, pp. 1749 y ss.; R. GARCÍA PÉREZ, *La acción de reducción de donaciones inoficiosas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; J. LACRUZ, F. DE ASÍS, A. LUNA *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, V, 3.ª ed., Dykinson, Madrid, 2007, pp. 393 y ss.; A. DOMÍNGUEZ LUELMO, «Comentario al artículo 820», en A. DOMÍNGUEZ LUELMO (dir.), *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 938-940.

¹⁵ Debemos recordar, no obstante, la existencia de dos mecanismos por los que se intenta evitar la extinción de la persona jurídica y que son la modificación de los estatutos y la fusión, regulados en los artículos 29 y 30 LF respectivamente.

¹⁶ M. T. CARRANCHO HERRERO, *La constitución de fundaciones...*, ob. cit., pp. 265-266.

dando primacía a ese interés general que persiguen las fundaciones, pudiera optar la entidad por la entrega del valor de los bienes en lugar de la restitución *in natura* de los mismos. De esta forma, podrían seguir manteniendo su actividad si los bienes afectados por la reducción son esenciales para la fundación y, a la vez, no se estaría perjudicando a los legitimarios puesto que no se les priva de su cuota, sino solo de que la reciban en dinero ¹⁷. Por supuesto, se concluye, «*si la fundación no dispusiera de efectivo para cubrir el valor a que ascienden los bienes que deba entregar, no quedaría otra alternativa que restituir los bienes, aún cuando ello suponga tener que extinguir la fundación por falta de medios*» ¹⁸.

Esta idea de la restitución en valor en lugar de *in natura* ha sido planteada por algún autor aisladamente, no en sede de fundaciones sino de forma general para la reducción de donaciones inoficiosas. No hay una norma expresa al respecto pero la doctrina mayoritaria respalda que la reducción debe hacerse, como regla general, *in natura* ¹⁹, siendo excepciones los supuestos de fincas indivisibles o que no admitan cómoda división (art. 821 CC) o los de cosas destruidas o que hubieran pasado a manos de un tercero de buena fe, entre otros. Los argumentos que se han aportado tradicionalmente están vinculados con la remisión que realiza el artículo 654 CC a los artículos 820 y 821 de la misma norma para la práctica de la reducción de las donaciones, preceptos, estos últimos, que sientan el principio de la restitución material respecto de la reducción de los legados. A su vez, ni el artículo 818.2.º ni el 1.045.1.º CC han sido admitidos como apoyo para que la reducción no sea *in natura*: como manifiesta Albaladejo ²⁰, el primero porque «*cuando habla de agregar al valor líquido del re-*

¹⁷ *Ibidem*, ob. cit., pp. 265-266. Con anterioridad a centrarse en la reducción de la dotación de las fundaciones, la autora cuestiona que la restitución de los bienes, una vez declarada la inoficiosidad de una donación, deba hacerse en todo caso *in natura*, tal y como respalda la mayoría de los autores. Tal afirmación no se encuentra, a juicio de la autora, suficientemente fundamentada en la medida en que los presupuestos que dan lugar a la existencia de reducción de legados o revocación de donaciones —supuestos cuya regulación es la que se aplica para la reducción de donaciones inoficiosas— no son los mismos: «*la reducción de donaciones por inoficiosidad se produce respecto de un contrato en el que no inciden ni concurren circunstancias que dependan de la voluntad de donante o donatario, ni comportamientos que puedan considerarse contrarios a las indicaciones hechas por el donante al tiempo de realizar la donación, ni estamos ante un supuesto de nulidad que afectaría al contrato desde su inicio*».

¹⁸ *Ibidem*, ob. cit., p. 266; R. GARCÍA PÉREZ, *La acción de reducción...*, ob. cit., pp. 287 y ss.

¹⁹ M. ALBALADEJO, «Comentario a los artículos 654 a 656...», ob. cit., pp. 507-508; J. LACRUZ, F. DE ASÍS, A. LUNA *et al.*, *Elementos...*, ob. cit., p. 394; A. DOMÍNGUEZ LUELMO, «Comentario al artículo 654», en A. DOMÍNGUEZ LUELMO (dir.), *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 767.

²⁰ M. ALBALADEJO, «Comentario a los artículos 654 a 656...», ob. cit., pp. 507-508. Afirmando, asimismo, que el artículo 1.045 CC está previsto solamente para la colación sin que existe ninguna evidencia en otro precepto para defender su aplicación analógica a la inoficiosidad de liberalidades, J. L. MERINO Y HERNÁNDEZ, «Colación e inoficiosidad de donaciones en

lictum, el valor de las donaciones, no permite en absoluto que mediante la reducción se devuelva valor de éstas (el que exceda de la parte libre), sino que se refiere sólo a calcular el valor de la legítima»; el segundo, porque cuando habla de traer el valor, no se refiere a la aportación sino a la verdadera colación.

Diferente es la tesis sostenida por García Pérez ²¹, para quien existen ciertas dudas acerca de la necesidad de que la reducción deba ser *in natura*, como regla general. En primer lugar, alude al artículo 841 CC y la posibilidad de que el testador decida asignar todos los bienes o parte de ellos a algunos de los hijos o descendientes, ordenando que se pague en metálico la porción hereditaria de los demás legitimarios. Si extendemos esta idea a las donaciones realizadas a un hijo o descendiente, se concluiría que la propiedad de los bienes sobre los que recae la reducción pertenecería en exclusiva a los donatarios por voluntad expresa del donante, con lo que «*el principio debería ser la reducción en valor, salvo voluntad contraria del donante*» ²². Pero, junto con este argumento, que dejaría fuera, en cualquier caso, las donaciones realizadas a favor de no legitimarios —en nuestro caso, la Fundación—, la autora se cuestiona en general el fundamento y solidez del principio según el cual la reducción de las donaciones debe efectuarse materialmente: optando por la solución contraria se evitaría la división económica de bienes divisibles o la constitución de una comunidad, se preservaría el principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos y, como se ha apuntado también en otros trabajos ²³, se acabarían satisfaciendo los intereses de ambas partes, legitimario y donatario.

A ello se une el diferente matiz que podría predicarse de los bienes donados respecto a los que todavía permanecen estrictamente en el patrimonio del causante. Aun entendiendo la legítima como *pars bonorum* (lo que conlleva concebirla como una porción de bienes de la herencia que confiere al legitimario una especie de cotitularidad *sui generis*), Domínguez Luelmo ²⁴ apuntó

Derecho aragonés», en AA.VV., *Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis La cruz Berdejo*, vol. 2.º, Bosch, Barcelona, 1993, p. 1753.

²¹ R. GARCÍA PÉREZ, *La acción de reducción...*, ob. cit., p. 291. En el mismo sentido, como ya se ha apuntado, M. T. CARRANCHO HERRERO, *La constitución de fundaciones...*, ob. cit., pp. 264-266.

²² Esta idea fue apuntada en su momento también por A. DOMÍNGUEZ LUELMO, *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 238-240. El autor identifica dos requisitos para la extensión de los artículos 841 y siguientes a los supuestos de acción de reducción que consisten en la existencia de una disposición del testador al efecto y que los sujetos pasivos de la acción de reducción sean legitimarios.

²³ También hace esta observación respecto del supuesto de que una fundación pudiera optar por entregar el valor de los bienes y seguir manteniendo, así, su actividad; *ibidem*, ob. cit., p. 266.

²⁴ A. DOMÍNGUEZ LUELMO, *El pago en metálico...*, ob. cit., pp. 35-36, 238.

que los bienes sobre los que recae la reducción son ya propiedad exclusiva de los donatarios y que, por tanto, no parece que «se incorporen al caudal relicto, sino que más bien, como se ha dicho, van a parar directamente al legitimario reclamante y en la medida precisa para satisfacer la legítima». Sobre esta idea llama la atención García Pérez²⁵, cuestionando también que sobre los bienes objeto de las donaciones, aun cuando estas hayan sido declaradas inoficiosas y deba procederse, por tanto, a su reducción, pueda constituirse esa cotitularidad: dado que los bienes donados no se consideran automáticamente integrados en el momento del fallecimiento en el caudal relicto, «no son cotitulares, ni probablemente ostenten facultades sobre los mismos si se les abona en dinero su parte».

Si bien es cierto que nos parece difícil contrarrestar el argumento basado en la remisión que realiza el artículo 654 a los artículos 820 y 821 CC, al menos fuera de los supuestos de donaciones inoficiosas a sujetos legitimarios, no podemos dejar de advertir las situaciones perjudiciales a las que puede llevar la exigencia de restitución *in natura* en todos los casos. Ejemplo de ello sería, citando a Merino y Hernández²⁶, que el objeto de la liberalidad constituyese «la base esencial del desenvolvimiento económico del donatario». Circunstancia que, por volver a la materia de fundaciones, muy fácilmente podría darse en el caso de una persona jurídica de este tipo si, por ejemplo, se viera afectado por la reducción un bien inmueble aportado en el acto de constitución de la fundación y que constituye el domicilio o el centro de actividades de la misma, siendo el único bien de esa naturaleza en su patrimonio y quizá con un valor especial por la vinculación con el fin de interés general, más allá del económico.

En el caso de las fundaciones, ¿se podría aportar algún razonamiento más para defender la posibilidad actual de que la reducción de una donación inoficiosa se pudiera hacer en valor, al menos respecto de ciertos bienes que constituyen la esencia de la persona jurídica por un nexo particular con la misma? No nos lo parece. No hay ningún elemento en la regulación de las fundaciones con la entidad suficiente, a la luz de los textos legales vigentes, para anteponerse a lo dispuesto por el Código civil en materia de reducción de donaciones inoficiosas. Salvo en el caso de que la reducción recayese sobre un bien que no admita cómoda división, no nos encontraríamos en ninguno de los casos en los que, de forma excepcional, la restitución no es material. No se da, por ejemplo, pensando en la figura del beneficiario, el supuesto de que los bienes hayan pasado a manos de un tercero de buena fe. Efectivamente, si bien los beneficiarios de una fundación son uno de los elementos subjetivos que participan del derecho de fundación e, incluso, se

²⁵ R. GARCÍA PÉREZ, *La acción de reducción...*, ob. cit., pp. 296-297.

²⁶ J. L. MERINO Y HERNÁNDEZ, «Colación e inoficiosidad...», ob. cit., 1755.

ha llegado a acercar su posición jurídica a la del donatario, está claro que los deberes que surgen para la fundación respecto de sus beneficiarios les colocan a estos tan solo en una situación jurídica de interesados. Interesados que pueden oponerse a intromisiones de los poderes públicos o a actuaciones de la fundación que pudieran perjudicar sus intereses pero sin tener un derecho a prestaciones o a exigir la continuidad de la entidad ²⁷. Mucho menos, obviamente, se puede considerar que ostenten ningún tipo de titularidad sobre el patrimonio de la fundación: por la configuración de este tipo de personas jurídicas, es esta la titular indiscutible de los bienes que forman parte de su patrimonio.

En cualquier caso, el argumento más relevante sería la vía del ya apuntado interés general. No podemos olvidar la protección constitucional que se le otorga a este tipo de personas jurídicas precisamente por la finalidad que persiguen o esa función como «cauce a través del que la sociedad civil coadyuva con los poderes públicos en la consecución de fines de interés general», que señala la Exposición de Motivos de la Ley de Fundaciones de 2002. Sin embargo, aunque esta finalidad a la que se le exige una cierta elevación esté en la base de algunas limitaciones a la actuación privada —recordemos, por ejemplo, que el fundador no puede disponer cualquier destino para los bienes que aporta a la fundación una vez esta se extinga—, no supone que el patrimonio de la fundación no se vea afectado por las disposiciones jurídicas de forma general —véase el caso de la embargabilidad de los bienes fundacionales, por ejemplo ²⁸—.

²⁷ Acerca de la figura de los beneficiarios, ver J. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, «Objeto y alcance de la Ley de Fundaciones. Concepto de fundación», en S. MUÑOZ MACHADO, M. CRUZ AMORÓS, R. DE LORENZO GARCÍA (dirs.), *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, Justel y Fundación Once, Madrid, 2005, pp. 20-21, 56-57.

²⁸ Dado que, a pesar de la existencia de normativa previa que declaraba la inembargabilidad de los bienes de las fundaciones, las Leyes 30/1994 y 50/2002 no contienen mención alguna a esta cuestión, pudiera parecer que se dejaba abierto el interrogante de la responsabilidad patrimonial de las fundaciones. Sin embargo, y sin querer ahondar en la cuestión por resultar ajena al tema objeto del trabajo, nos resulta acertada la postura mantenida en la actualidad de manera mayoritaria por la doctrina, descartando la tesis de la inembargabilidad de los bienes de la fundación en la medida en que la misma responde en virtud del artículo 1.911 CC con todos sus bienes como cualquier persona física o jurídica, puesto que una cosa es tener en cuenta la finalidad de interés general para ciertos privilegios y otra realizar caridad a costa ajena. Acerca de este punto, F MORILLO GONZÁLEZ, *La fundación: concepto y elementos esenciales*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 154; M. J. SANTOS MORÓN, «El patrimonio de la fundación...», ob. cit., pp. 293-302. Defendiendo la posibilidad de embargo pero mediante un procedimiento especial, A. REBOLLO ÁLVAREZ-AMANDI, *La nueva Ley de fundaciones*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 1994, pp. 46-48; T. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, «El patrimonio de las fundaciones: su enajenación y gravamen. Comentario al artículo 19 de la Ley de Fundaciones de 24 de noviembre de 1994», *Revista General de Derecho*, n.º 619, abril 1996, pp. 3326-3327; «Comentario al artículo 19...», ob. cit., pp. 513-519.

III. Apreciaciones finales

En el supuesto de hecho, el órgano jurisdiccional declara inoficiosa la «donación» efectuada por el causante a la Fundación y ordena su reducción en la parte que excede de la cuota disponible. «Donación» entendida en estos términos imprecisos que se utilizan en la sentencia, comprendiendo tanto la dotación como las donaciones *stricto sensu*, en su caso. Esta reducción ha de hacerse mediante el reintegro de los bienes en concreto y no su valor, tal y como se deduce del requerimiento que se hace del inventario de los bienes donados, para determinar cuáles son los que deben ser restituidos al legitimario.

El hecho de que al acto de dotación, como se ha visto, se le apliquen por analogía las mismas normas que a la reducción de donaciones inoficiosas, hace que la solución a la que se llega en la sentencia sea la correcta en todo caso, teniendo que reducir igualmente la dotación en el exceso si hace falta para cubrir la cuota legitimaria. De los datos aportados sobre la valoración de los bienes «donados» se infiere que los bienes que se aportaron por el causante en el momento de constitución de la Fundación mediante el acto de dotación no se verían afectados, en principio, por la reducción, por ser los más antiguos en lo que respecta al momento de aportación. A estos efectos, nos referimos a la denominada *Casa de los Canónigos*, bien especialmente relevante por constituir —salvo modificación de los Estatutos, que no se menciona— el domicilio de la Fundación y cuya inclusión en las operaciones de reducción podría tener una gran repercusión negativa para la misma. En cuanto a los fondos bibliográficos y la pinacoteca, las otras dos partidas que se tienen en cuenta para valorar lo «donado» a la Fundación, entendemos que, a los bienes respecto de los que específicamente se aclara que se aportan en cumplimiento de lo dispuesto en la escritura de constitución de la Fundación, pero en un momento posterior —recordemos la adjudicación de octubre de 1990— y que, por tanto, formarían parte claramente del acto de dotación —mediante aportación sucesiva—, se han de sumar aquellos otros que han ido engrosando estas dos partidas, ya que la resolución es clara en cuanto que destaca que el causante-fundador «*estuvo realizando nuevas aportaciones a dicha Fundación hasta el momento de su fallecimiento, acontecido el día 17 de enero de 2002*». Respecto a estos últimos, cabe la duda de si forman parte del acto de dotación, por constituir también una aportación sucesiva, o bien son meras donaciones posteriores.

Por otra parte, tampoco parece que, una vez restituido al legitimario el exceso, vaya a peligrar la suficiencia del patrimonio restante para la consecución de los fines de interés general que viene persiguiendo la entidad desde su constitución. Además de los bienes aportados por el fundador, a lo largo de la resolución se hace referencia a otras adquisiciones. Así, se especifica que «*la*

Fundación fue adquiriendo nuevos fondos bibliográficos, siendo la más importante adquisición la del legado bibliográfico y diversos objetos del escrito Don José García Nieto que obtuvo por donación en el año 1997» [FJ 3.º, párr. 10.º]; que en el Balance de situación y en la Cuenta de pérdidas y ganancias auditadas en el año 1993, con una valoración del fondo fundacional de «184.966.000 pesetas», «no se han contabilizado los bienes recibidos a título gratuito, ya sea por aportación del fundador o donaciones posteriores» [FJ 3.º, párr. 12.º]; o que la entidad cuenta con cinco casas que «fueron adquiridas con posterioridad por la Fundación» [FJ 3.º, párr. 15.º].

Los concretos datos de la sentencia no permiten individualizar con claridad los bienes que han sido aportados por el causante una vez constituida la entidad fundacional, bienes que, como se ha dicho, o bien constituirían donaciones aunque se afectaran especialmente a la dotación, o bien formarían parte del acto de dotación mediante una aportación sucesiva. A la vista del valor determinado para todos los bienes «donados» por el causante-fundador, esto es, 7.573.130 euros, constituye el *donatum* a tener en cuenta para calcular el haber hereditario la mitad de este valor (3.768.565), por tratarse de aportaciones de bienes gananciales. De esta cantidad, excede de la cuota disponible por el causante 1.180.363, 25 euros. Tomando en consideración estas cifras, entendemos que tal reducción no perjudicaría a la Fundación hasta el extremo de tener que recurrir a las medidas previstas en los artículos 29 y siguientes LF.

Recapitulando, no obstante las no repercusiones en la práctica de las observaciones aquí vertidas y a pesar de ser un tema ya tratado por parte de la doctrina, parecía pertinente volver a incidir en los aspectos brevemente apuntados. Por una parte, la delimitación entre el acto de dotación, como parte del negocio fundacional, y el negocio jurídico de donación. Aunque el régimen aplicable en los aspectos aquí tratados sea el mismo para ambas instituciones, se quería poner de manifiesto la imprecisión de afirmar que todos los bienes aportados por el fundador a la entidad fundacional que ha constituido se pueden subsumir dentro de la figura de la donación. Por otra, en sede de reducción de donaciones inoficiosas, apuntar las diversas posturas acerca de la forma en que se puede producir esta reducción, así como aproximar la controversia al ámbito de las fundaciones.

Índice

Presentación	15
<i>Javier Nadal Ariño</i>	

ESTUDIOS

Diversidad de fundaciones en Europa	17
<i>Carlos Paramés Montenegro</i>	

I. INTRODUCCIÓN: EL MODELO ANHEIER DE TIPOLOGÍA FUNDACIONAL	17
II. LEGALIDAD Y REVOLUCIÓN EN LAS FUNDACIONES FRANCESAS	23
III. LAS FUNDACIONES DEL REINO UNIDO	28
IV. EL CASO ITALIANO.	31
V. EL MODELO SOCIALDEMOCRÁTICO Y EL COMPLEJO MUNDO DE LAS FUNDACIONES NÓRDICAS	33
VI. EL MODELO CORPORATIVO. ALEMANIA	37
1. <i>El concepto de fundación</i>	37
2. <i>Tipos de fundaciones</i>	38
3. <i>Informaciones varias sobre las fundaciones alemanas</i>	39
A) Número e implantación geográfica	39
B) El desarrollo de las fundaciones comunitarias.	39
C) Actividades, fundadores, Asociación Alemana de Fundaciones.	40
VII. HACIA UN ANÁLISIS GLOBAL	40

Fundaciones, instituciones, sociedad: el problema de la legitimación	43
<i>Marco Cammelli</i>	

I. LOS FUNDAMENTOS	43
II. EL CONTEXTO SE COMPLICA	44
III. EQUIPARSE PARA LA NAVEGACIÓN: UNA POSIBLE RUTA	48
1. <i>El dato cultural</i>	49
2. <i>Governance y régimen institucional</i>	50
3. <i>Relación con los bancos participados</i>	55
IV. CÓMO: LOS INSTRUMENTOS.	58

Reflexiones en torno a las fundaciones y propuestas de futuro	61
<i>Rafael de Lorenzo García</i>	
<i>José Luis Piñar Mañas</i>	
<i>Teresa Sanjurjo González</i>	
I. SOBRE LA NECESARIA REFORMA DE LA LEY 50/2002 DE FUNDACIONES .	61
II. EN TORNO AL DERECHO AUTONÓMICO SUSTANTIVO DE FUNDACIONES .	70
III. REFLEXIONES Y PROPUESTAS SOBRE LA FISCALIDAD DE LAS FUNDA- CIONES	77
IV. EL HORIZONTE JURÍDICO DEL TERCER SECTOR Y DE LAS FUNDA- CIONES	80
V. A PROPÓSITO DE LA NECESARIA ADOPCIÓN DEL ESTATUTO DE LA FUN- DACIÓN EUROPEA	84
VI. CAMBIOS SOCIALES Y ECONÓMICOS Y FUTURO DEL TERCER SECTOR.	85
 Asociaciones y fundaciones canónicas: confusión en su personalidad jurídica civil	 87
<i>Remigio Beneyto Berenguer</i>	
I. INTRODUCCIÓN	87
II. PERSONALIDAD JURÍDICA CIVIL DE LAS ASOCIACIONES Y FUNDACIONES CANÓNICAS	89
1. <i>Asociación canónica</i>	91
2. <i>Fundación canónica</i>	95
A) «Fundaciones pías» (Código de 1917) en relación a «Funda- ciones pías no autónomas» (Código de 1983)	95
B) «Beneficios» e «Institutos eclesiásticos no colegiados» (Có- digo de 1917) en relación a «Fundaciones pías autónomas» (Código de 1983)	96
a) «Beneficios» en relación a «Fundaciones pías autónomas» .	96
b) «Institutos eclesiásticos no colegiados» en relación a «Fun- daciones pías autónomas».	97
III. CLASIFICACIÓN DE LAS FUNDACIONES Y ASOCIACIONES CANÓNICAS COMO INSTITUCIONES DE BENEFICENCIA	102
IV. PROPUESTA DE ACTUACIÓN	116
 Claroscuros de la Ley 5/2011 de Economía Social	 117
<i>Manuel Ignacio Feliu Rey</i>	
I. INTRODUCCIÓN GENERAL	117
1. <i>Previo</i>	117
2. <i>Visión general de la Ley 5/2011</i>	118

II.	CUESTIONES AJENAS A LA LEY DE ECONOMÍA SOCIAL	121
1.	<i>Una ley que regula cuestiones ajenas a la Economía Social: otra vuelta de tuerca a la inseguridad jurídica.</i>	121
2.	<i>Una ley que regula cuestiones ajenas a la Economía Social: la defectuosa técnica jurídica empleada por el legislador en las referidas materias impropias</i>	122
III.	ECONOMÍA SOCIAL Y LEY DE ECONOMÍA SOCIAL	124
IV.	BREVE ANÁLISIS DE ALGUNAS «ENTIDADES» DE LA ECONOMÍA SOCIAL.	132
1.	<i>Fundaciones y Ley 5/2011</i>	132
2.	<i>Asociaciones y Ley 5/2011</i>	141
3.	<i>¿Cofradías de Pescadores y Ley 5/2011?</i>	146
4.	<i>Entidades y Entidades.</i>	148
V.	EL CONSEJO PARA EL FOMENTO DE LA ECONOMÍA SOCIAL	148
VI.	CONCLUSIONES	150

La autocontratación en el ámbito de las fundaciones. Supuestos y sistema de control 153

María Natalia Mato Pacín

I.	SUPUESTO DE HECHO Y PROBLEMÁTICA.	153
II.	LA AUTOCONTRATACIÓN EN LAS FUNDACIONES	155
1.	<i>Ámbito de aplicación que excede del autocontrato</i>	158
A)	Patronos que contraten con la fundación en su propio nombre o en nombre de un tercero	160
B)	Patronos que contraten con la fundación mediante personas físicas que actúen como representantes de los mismos	165
2.	<i>El papel del Protectorado: autorización o denegación del contrato</i>	167
3.	<i>Valoración del control: ¿es el sistema más adecuado?</i>	172
III.	EL DICTAMEN: EL SUPUESTO DE HECHO DE LA CONTRATACIÓN ENTRE EL CSIC Y LA FGCSIC	181
IV.	RECAPITULACIONES.	184

La Ley Geoespacial al servicio de las fundaciones. 185

Fernando Moreno Cea

Efrén Díaz Díaz

I.	LA TRANSPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL DE LA DIRECTIVA 2007/2/CE, DE 14 DE MARZO DE 2007	185
II.	LA GESTIÓN DEL PATRIMONIO INMOBILIARIO DE LAS FUNDACIONES	189
III.	LA TECNOLOGÍA GEOESPACIAL	192
1.	<i>Los Sistemas de Información Geográfica y la Infraestructura Nacional de Información Geográfica.</i>	194

2.	<i>Sistema Cartográfico Nacional</i>	195
3.	<i>Propiedad inmobiliaria y cartografía en el caso de fundaciones</i>	196
IV.	APLICACIONES JURÍDICAS EN CASOS CONCRETOS	200
1.	<i>Expediente administrativo ante el protectorado para la autorización previa relacionada con la constitución de un gravamen sobre un inmueble</i>	201
A)	Circunstancias del caso y hechos	201
B)	Gravámenes y cargas	201
C)	Documentación e información geoespacial	202
D)	Servicios geoespaciales	205
2.	<i>Determinación del ámbito territorial de un Plan de ordenación de un espacio natural</i>	205
A)	Un problema «de escalas»	205
B)	Descripción literaria ambigua, «en las nubes»	207
C)	Descripción geoespacial en escala adecuada	208
V.	BASES GRÁFICAS ACTUALES DEL PATRIMONIO INMOBILIARIO EN ESPAÑA.	209
1.	<i>El Registro de la Propiedad</i>	209
2.	<i>El Catastro Inmobiliario</i>	213
VI.	EFFECTOS JURÍDICOS DE LA INFORMACIÓN GEOESPACIAL	217
1.	<i>Las consultas y las certificaciones catastrales</i>	217
2.	<i>La información gráfica del geoportal Inspire</i>	226
VII.	APORTACIONES DE CARÁCTER JURÍDICO EN LA ELABORACIÓN DE LA LEY 14/2010, DE 5 DE JULIO.	230
VIII.	LA UTILIZACIÓN POR LAS FUNDACIONES DE LAS INFRAESTRUCTURAS GEOESPACIALES. CONCLUSIONES	235

CRÓNICA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

	Novedades en el Derecho andaluz de fundaciones. En especial, el personal al servicio de las fundaciones del sector público	241
	<i>Manuel Rodríguez Portugués</i>	
I.	LAS FUNDACIONES QUE GESTIONAN OBRA SOCIAL Y CAJAS DE AHORRO TRANSFORMADAS EN FUNDACIONES (LAS FUNDACIONES <i>DE CARÁCTER ESPECIAL</i>).	242
II.	ALGUNAS DETERMINACIONES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN DE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO ANDALUZ	244
III.	EL PERSONAL AL SERVICIO DE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO. NOVEDADES Y PROBLEMAS PLANTEADOS POR LA RECIENTE REORDENACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO ANDALUZ	245
1.	<i>Introducción. La reforma del sector público andaluz de 2010.</i>	245
2.	<i>Modificación de las previsiones sobre contratación del personal al servicio de las fundaciones del sector público andaluz</i>	248

3.	<i>El problema del personal de las fundaciones del sector público «absorbidas» por las nuevas agencias de la Junta de Andalucía.</i>	249
A)	La preferencia de la «fusión» sobre la mera extinción	250
B)	El régimen de incorporación del personal laboral de las fundaciones en las nuevas agencias previsto en la Ley 1/2011	255
C)	Problemas que plantea la «sucesión de empresas» desde el Derecho del Trabajo	260
D)	Problemas que plantea la «sucesión de empresas» desde el Estatuto Básico del Empleado Público	262
E)	Conclusión. Consecuencias de la indebida confusión entre Derecho privado y Derecho público	268

Novedades en materia de fundaciones en la Comunidad Autónoma de Aragón 271

José Luis Bermejo Latre

I.	EL TEJIDO FUNDACIONAL ARAGONÉS.	271
II.	LAS FUNDACIONES ARAGONESAS ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN.	273
III.	LAS FUNDACIONES PRIVADAS DE INICIATIVA PÚBLICA ARAGONESAS ANTE EL TRIBUNAL DE CUENTAS.	274
IV.	LA INCIDENCIA DE LA REFORMA FINANCIERA EN LA CONFIGURACIÓN FUNDACIONAL DE LAS CAJAS DE AHORRO ARAGONESAS	276

Las fundaciones en Asturias 279

Alejandro Huergo Lora

Javier García Luengo

I.	INTRODUCCIÓN	279
II.	NOVEDADES LEGISLATIVAS	279
1.	<i>La Propuesta de Ley de Fundaciones del Principado de Asturias</i>	279
A)	Introducción	279
B)	Propuestas para agilizar o levantar los controles administrativos.	283
C)	Propuestas en materia organizativa.	284
D)	La actividad económica de las fundaciones	285
E)	La regulación propuesta sobre las fundaciones del sector público asturiano	285
F)	Valoración de la Propuesta	288
2.	<i>La Ley 11/2010, de 17 de diciembre, de Cuarta Modificación de la Ley del Principado de Asturias 2/2000, de 23 de junio, de Cajas de Ahorro.</i>	289
III.	PRÁCTICA ADMINISTRATIVA DE LOS REGISTROS DE FUNDACIONES	291

Las fundaciones de Cantabria en 2010: la contención presupuestaria del sector público fundacional	293
<i>Marcos Gómez Puente</i>	
I. INTRODUCCIÓN: EL PANORAMA FUNDACIONAL EN LA REGIÓN	293
II. EL REAJUSTE PRESUPUESTARIO EN LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO AUTONÓMICO	295
III. LA REFORMA PENDIENTE DEL ORDENAMIENTO REGIONAL DE LAS FUNDACIONES	298
IV. LA RELACIÓN DE EMPLEO DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO	300
V. OTRAS NOVEDADES	304
Fundaciones en Castilla-La Mancha	307
<i>José Antonio Moreno Molina</i>	
<i>Alma Patricia Domínguez Alonso</i>	
I. FUNCIONAMIENTO ELECTRÓNICO DEL REGISTRO DE FUNDACIONES	307
II. LA FUNDACIÓN CAJA CASTILLA-LA MANCHA	308
III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA FUNDACIÓN «CASTILLA-LA MANCHA, TIERRA DE VIÑEDOS». LOS INGRESOS DEL FONDO DE PROMOCIÓN VITIVINÍCOLA	310
IV. FUNDACIÓN CAMPOLLANO DE ALBACETE Y AGRUPACIÓN SINDICAL DE PROPIETARIOS	313
V. CONSIDERACIÓN DE LAS CANTIDADES APORTADAS POR LOS CÓNYUGES RELATIVAS AL PRÉSTAMO CONCEDIDO A LA FUNDACIÓN DE LA QUE AMBOS ERAN FUNDADORES A EFECTOS DEL IMPUESTO DE SUCESIONES Y DONACIONES	315
Las fundaciones en Castilla y León.	317
<i>José Luis Martínez López-Muñiz</i>	
I. INTRODUCCIÓN	317
II. NOVEDADES SOBRE LAS FUNDACIONES EN GENERAL EN EL ÁMBITO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA	318
1. <i>Ausencia de innovaciones en su régimen jurídico.</i>	318
2. <i>Actividades de evaluación a cargo de fundaciones con efectos jurídicos reconocidos en la Administración autonómica</i>	320
3. <i>Papel activo de algunas fundaciones en la tutela ambiental</i>	321
4. <i>Otras actividades de fundaciones.</i>	321
5. <i>Canales de financiación autonómica de la actividad fundacional</i>	323
6. <i>Nuevas fundaciones.</i>	333
7. <i>El Consejo Autonómico de Fundaciones de Castilla y León, de la Asociación Española de Fundaciones</i>	337

III.	LAS FUNDACIONES DEL GOBIERNO AUTONÓMICO	337
	1. <i>Su integración en la Administración pública a determinados efectos</i> .	337
	2. <i>Sometimiento a reglas comunes de la Administración autonómica</i> . .	338
	3. <i>Intentos de descorrer el velo de la personalidad interpuesta de las fundaciones instrumentales de la Administración pública</i>	340
	4. <i>Continuidad de la sumisión de las aportaciones patrimoniales autonómicas a fundaciones a autorización de la Junta</i>	340
	5. <i>Continuidad en 2011 de las medidas de control del gasto ya establecidas por la Ley de Presupuestos para 2010</i>	340
	6. <i>Nueva fundación autonómica</i>	342
	7. <i>Participación de FOREMCyL en funciones administrativas</i>	342
	8. <i>Actuación de la Fundación «Siglo»</i>	344
	9. <i>Autorreconocimiento medioambiental para la Fundación Patrimonio Natural de Castilla y León</i>	346
	10. <i>Incierta situación de la Fundación ADEuropa</i>	346
	11. <i>Colaboración interadministrativa con participación de fundaciones del sector público</i>	346
IV.	OTRAS FUNDACIONES EN MANO PÚBLICA	348
	1. <i>Nueva fundación municipal</i>	348
	2. <i>Límites de la discrecionalidad organizativa de fundaciones locales</i> . . .	348
	3. <i>Colaboración entre la Comunidad Autónoma y las entidades locales a través de fundaciones públicas</i>	349
	4. <i>Fundaciones de las universidades públicas</i>	350
V.	RELEVANCIA FUNDACIONAL DE LAS TRANSFORMACIONES EN LAS CAJAS DE AHORRO	350
	Fundaciones en Cataluña 2010-2011	355
	<i>Joaquín Tornos Mas</i>	
	<i>María del Mar Martínez Martínez</i>	
	INTRODUCCIÓN	355
	I. MEDIDAS ANTE LA CRISIS: ESPECIAL INCIDENCIA SOBRE LAS FUNDACIONES «PÚBLICAS». MÁXIMO CONTROL, MÁXIMA EXIGENCIA. ¿DESAPARICIÓN DE FUNDACIONES?	356
	II. OTRAS MEDIDAS ANTE LA CRISIS: MÁS TRANSPARENCIA EN TODAS LAS FUNDACIONES.	366
	1. <i>Inspección de fundaciones para el año 2011</i>	366
	2. <i>Modificación del Plan de contabilidad de las fundaciones y asociaciones sujetas a la legislación de la Generalitat de Cataluña</i>	367
	Las fundaciones en Extremadura	369
	<i>Vicente Álvarez García</i>	
	I. INTRODUCCIÓN	369

II.	LAS COMPETENCIAS EN MATERIA DE FUNDACIONES EN EL NUEVO ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE EXTREMADURA	370
III.	EL PAPEL DE LAS FUNDACIONES EN LA VIGENTE NORMATIVA AUTONÓMICA EXTREMEÑA SOBRE CAJAS DE AHORROS	372
	1. <i>Planteamiento general: la reforma del sistema de Cajas de Ahorro propiciada por el Real Decreto-Ley 11/2010. El papel de las fundaciones en el nuevo modelo organizativo de las Cajas de Ahorro</i>	372
	2. <i>El desarrollo por la Comunidad Autónoma de Extremadura de la normativa básica estatal referida a las fundaciones contenida en el Real Decreto-Ley 11/2010.</i>	374
	3. <i>La posibilidad de administración y de gestión de la obra social de las Cajas de Ahorro con domicilio social en la Comunidad extremeña a través de fundaciones</i>	378
	Las fundaciones del sector público gallego	381
	<i>A. Javier Ferreira Fernández</i>	
I.	INTRODUCCIÓN	381
	1. <i>Evolución histórico-normativa</i>	381
	A) La Ley 10/1996, de 5 de noviembre, de actuación de entes y empresas participadas en las que tiene participación mayoritaria la Xunta de Galicia en materia de personal y contratación .	381
	B) La Ley 14/2004, de 29 de diciembre, de medidas tributarias y de régimen administrativo	383
	C) La Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de Fundaciones de Interés Gallego	384
	a) Concepto	384
	b) Creación y extinción	385
	c) Régimen jurídico	387
	2. <i>El sector fundacional en Galicia</i>	388
	A) Catálogo de Entidades integrantes del Sector Público autonómico de 2009.	388
	B) Catálogo de Entidades integrantes del Sector Público autonómico de 2010.	390
II.	LA REGULACIÓN DE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO EN LA LEY 16/2010	392
	1. <i>Concepto</i>	393
	2. <i>Creación y extinción</i>	393
	3. <i>Régimen jurídico</i>	395
III.	CONCLUSIONES	396

Las fundaciones en las Illes Balears. 399

Avelino Blasco Esteve

Joana M.^a Socías Camacho

- I. LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PRIVADO 399
- II. LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO AUTONÓMICO 400
 - 1. *Consideraciones generales en torno a las personificaciones instrumentales* . 400
 - 2. *Regulación autonómica de las fundaciones del sector público.* 404
 - A) Evolución y situación actual 404
 - B) Régimen jurídico 406
 - C) Fundaciones sanitarias 409
 - 3. *Fundaciones del sector público autonómico existentes en la Comunidad Autónoma* 411

Las fundaciones en la Comunidad de Madrid. En especial, las fundaciones de las Cajas de Ahorro, y el protectorado autonómico sobre las fundaciones de iniciativa pública del Estado según la STC 120/2011 . . 415

José Luis Piñar Mañas

Alicia Real Pérez

- I. SUPRESIÓN DEL CONSEJO DE FUNDACIONES Y DE LA COMISIÓN DE CLASIFICACIÓN DE FUNDACIONES 415
- II. REGULACIÓN DE LAS FUNDACIONES DE CAJAS DE AHORROS 417
 - 1. *Fundaciones de carácter especial* 417
 - 2. *Fundaciones para la gestión de la Obra Social de las Cajas de Ahorro.* . 420
- III. REFERENCIA A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 120/2011, DE 6 DE JULIO DE 2011 422

Las fundaciones en la Región de Murcia 437

Manuel Fernández Salmerón

Pilar Juana García Saura

- I. REESTRUCTURACIÓN Y RACIONALIZACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO REGIONAL E INCIDENCIA EN EL ÁMBITO DE LAS FUNDACIONES. 437
- II. ANÁLISIS ACUMULADO DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES RECAÍDAS EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LA REGIÓN DE MURCIA EN MATERIA DE FUNDACIONES 441

Las fundaciones en la Comunidad Foral de Navarra. 447

Martín M.^a Razquin Lizarraga

- I. JURISPRUDENCIA SOBRE FUNDACIONES 447
- II. CAJA NAVARRA, BANCA CÍVICA Y FUNDACIONES 450
- III. INFORMES DE LA CÁMARA DE COMPTOS SOBRE FUNDACIONES. 452

El Derecho de fundaciones en la Comunidad Autónoma del País Vasco	455
<i>Edorta Cobreros Mendazona</i>	
I. INTRODUCCIÓN	455
II. LA REGULACIÓN DE LAS SUBVENCIONES A FUNDACIONES CON DEPENDENCIA ORGÁNICA DE PARTIDOS POLÍTICOS	455
III. JURISPRUDENCIA	456
IV. INFORMES DEL TRIBUNAL VASCO DE CUENTAS PÚBLICAS	458

CRÓNICA DE LA UNIÓN EUROPEA

Crónica de la Unión Europea	465
<i>Rosa Gallego García</i>	
I. ESTATUTO DE FUNDACIÓN EUROPEA	465
II. IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO	471

CRÓNICA DE IBEROAMÉRICA

Panorama del sector de fundaciones y organizaciones de la sociedad civil en México	475
<i>Consuelo Castro Salinas</i>	
<i>Jorge V. Villalobos Grzybowicz</i>	
I. INTRODUCCIÓN	475
II. DIMENSIÓN DEL SECTOR DE ORGANIZACIONES DE LA SOCIEDAD CIVIL EN MÉXICO	477
III. PRINCIPALES FIGURAS ASOCIATIVAS PARA CONSTITUIR UNA ORGANIZACIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL EN MÉXICO	478
IV. ESTÍMULOS CON LOS QUE CUENTA UNA ORGANIZACIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL EN MÉXICO	479
1. <i>Estímulos fiscales para las organizaciones de la sociedad civil en México</i>	480
2. <i>Fondos gubernamentales a los que puede acceder una organización de la sociedad civil en México</i>	483
V. PRINCIPALES MECANISMOS DE TRANSPARENCIA Y DE RENDICIÓN DE CUENTAS DE LAS ORGANIZACIONES DE LA SOCIEDAD CIVIL EN MÉXICO	486
VI. DESAFÍOS PARA EL FORTALECIMIENTO DEL SECTOR DE FUNDACIONES Y ORGANIZACIONES DE LA SOCIEDAD CIVIL EN MÉXICO	487
VII. VISIÓN DEL SECTOR DE FUNDACIONES Y ASOCIACIONES	488
1. <i>Incrementar la cultura de la ciudadanía responsable</i>	488

2.	<i>Incrementar el número de asociaciones de ciudadanos</i>	488
3.	<i>Mejorar el marco legal</i>	489
4.	<i>Incrementar los recursos disponibles de tiempo, talento y dinero</i>	489
5.	<i>Profesionalización, transparencia y rendición de cuentas.</i>	490
6.	<i>Focalizar el aporte del sector a la superación de la pobreza</i>	491
7.	<i>Enfrentar las causas y no solo los efectos de los problemas.</i>	491
8.	<i>Profesionalización del trabajo y los servicios.</i>	491
9.	<i>Mayor «visibilidad» de las organizaciones ante la comunidad.</i>	492
10.	<i>Fortalecer al sector: reconocer liderazgos y hacer alianzas intersectoriales</i>	492
11.	<i>Incidencia en lo público.</i>	493
12.	<i>Reanimar la UTOPIA</i>	493
	<i>BIBLIOGRAFÍA.</i>	493

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia sobre fundaciones	497
<i>María Natalia Mato Pacín</i>	
La dotación fundacional. Consideraciones al hilo de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 40, de 11 de enero de 2010.	519
<i>María Natalia Mato Pacín</i>	
I. LA SENTENCIA	520
II. NOTAS A LA SENTENCIA	520
1. <i>La dotación.</i>	521
2. <i>Dotación y donación</i>	523
III. APRECIACIONES FINALES.	531

