





ANUARIO DE DERECHO DE FUNDACIONES
2015



ANUARIO DE DERECHO DE FUNDACIONES 2015



1.ª edición, 2016

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.

© 2016, 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

Preimpresión y producción: Dagaz Gráfica, s.l.u.
28224 Pozuelo de Alarcón (Madrid)
Printed in Spain - Impreso en España

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



Sumario (*)

Presentación

JAVIER NADAL ARIÑO
Presidente de la Asociación Española de Fundaciones

ESTUDIOS

El Registro Único de Fundaciones de competencia estatal

JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO
Director General de los Registros y del Notariado. Encargado del Registro único de fundaciones de competencia estatal

El Protectorado de Fundaciones

JOSÉ CANAL MUÑOZ
Secretario General Técnico
Ministerio de Educación, Cultura y Deporte
MERCEDES MUÑOZ SÁNCHEZ-CAPUCHINO
Subdirectora General del Protectorado de fundaciones
Ministerio de Educación, Cultura y Deporte

Las fundaciones privadas de las administraciones públicas a la luz de la Ley 40/2015

MIGUEL NAVAJAS REBOLLAR
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Oviedo

Fundaciones privadas y subvenciones públicas: ámbito, procedimiento, justificación, control y libertad

ROBERTO FERNÁNDEZ CASTILLA
Abogado del Estado

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

Situación actual y propuestas de futuro para las fundaciones autónomas de la Iglesia Católica

REMIGIO BENEYTO BERENGUER

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

El convenio colectivo sectorial estatal de intervención social: situación del sector tras la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 17 de mayo de 2016

DAVID MARTÍNEZ SALDAÑA

Abogado. Asociado coordinador de Uría Menéndez

CRÓNICA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Andalucía. Novedades en materia de fundaciones, asociaciones de utilidad pública y cooperación al desarrollo en 2015

MANUEL RODRÍGUEZ PORTUGUÉS

Profesor Contratado Doctor (acreditado TU)
Universidad de Córdoba

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

La fundación pública local en la nueva Ley de Municipios de Canarias. Algunos aciertos y demasiadas lagunas

LUIS F. PRIETO GONZÁLEZ

Doctor en Derecho
Secretario General del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife
Profesor Asociado de Derecho Administrativo de la Universidad de La Laguna

Fundaciones en Castilla-La Mancha

JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha

ALMA PATRICIA DOMÍNGUEZ ALONSO

Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo la Universidad de Castilla-La Mancha

Implantación de un sistema de gestión y calidad dentro del Protectorado y Registro de Fundaciones de Castilla-La Mancha

INÉS PELÁEZ PELÁEZ

Coordinadora de Finanzas y Logística de la Fundación Atenea Grupo GID
Máster en Administración y Dirección de Asociaciones, Fundaciones y Entidades No Lucrativas
Universidad Autónoma de Madrid

El sector fundacional en Extremadura durante 2015

ENRIQUE HERNÁNDEZ DIEZ

Presidente del Consejo de la Juventud de Extremadura

La regulación del mecenazgo cultural y deportivo en las Islas Baleares

JOANA M. SOCIAS CAMACHO

Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de las Islas Baleares

VICENTE JUAN CALAFELL FERRÁ

Profesor Asociado de Derecho Constitucional
Universidad de las Islas Baleares

Las fundaciones en la Región de Murcia

PILAR JUANA GARCÍA SAURA

Departamento de Derecho Administrativo
Universidad de Murcia

Las fundaciones en la Comunidad Foral de Navarra

MARTÍN MARÍA RAZQUIN LIZARRAGA

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Pública de Navarra

El Derecho de Fundaciones en la Comunidad Autónoma del País Vasco

E. COBREROS MENDEZONA

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad del País Vasco (UPV/EHU)

CRÓNICA DE LA UNIÓN EUROPA

El estado actual del Derecho de fundaciones alemán

BIRGIT WEITEMEYER
Professora
Bucerius Law School

La fundación en el Derecho holandés

W. J. M. VAN VEEN
Doctor en Derecho
Catedrático Derecho de Sociedades y Personas Jurídicas
Universidad Libre de Ámsterdam

CRÓNICA DE IBEROAMÉRICA

Recursos privados para la transformación social. Filantropía e inversión social privada en América Latina

RODRIGO VILLAR GÓMEZ
Investigador Asociado al Centro de Investigaciones y Estudios sobre Sociedad Civil. A. C. México

Amenazas y restricciones a la libertad de asociación en Venezuela

CIVILIS DERECHOS HUMANOS

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia sobre fundaciones

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

Presentación

Son ya varios los números del Anuario de Derecho de Fundaciones que he tenido oportunidad de presentar y, una vez más, al hacerlo, compruebo que el Derecho fundacional está muy vivo y sigue acaparando el interés y la atención de los expertos.

Las fundaciones continúan siendo un activo muy importante de nuestra sociedad y, lejos de reducirse su presencia en los distintos campos de interés general, su papel se refuerza. Asimismo desde la AEF observamos una tendencia creciente en la creación de nuevas fundaciones.

No sólo se consolida la actividad fundacional sino que la sociedad, los ciudadanos y las empresas, continúan acudiendo a la figura fundacional como forma para articular proyectos sociales o expresar y desarrollar su compromiso social, por lo que en los últimos tiempos se han constituido nuevas y significativas fundaciones. No es la única forma, sin duda, pues también se afianza la responsabilidad social empresarial y la participación directa de los ciudadanos y empresas en proyectos sociales, pero sí parece la más adecuada pensando en el medio y largo y plazo y en la estabilidad que proporcionan estas entidades a muchos fines de interés general. Consideramos que es muy importante actualizar y consolidar en nuestro país, y también en el entorno europeo, un marco propicio al desarrollo de la filantropía y a la colaboración entre particulares en las iniciativas de interés general, lo cual no sólo significa que sea necesario contar con un marco regulatorio adecuado sino también que se apoye y se ponga en valor cualquier iniciativa, por pequeña sea, que pueda contribuir a ello. Pequeños y grandes donantes hacen posible multitud de proyectos. Pequeñas organizaciones, y otras que no lo son tanto, emprenden iniciativas que responden a necesidades sociales que fácilmente detectan por su proximidad a ellas y a sus potenciales beneficiarios. Pequeños donantes de tiempo y dinero colaboran y grandes donantes y medianas y grandes organizaciones sociales permiten escalar iniciativas. Todos ellos conforman un ecosistema que debe colaborar y articularse. A ello pretende contribuir la Asociación Española de Fundaciones.

Si en la presentación del Anuario 2014 señalaba que podíamos estar cerca de cumplir por fin, veinte años después, con lo previsto en la legislación

fundacional de 1994 —la puesta en funcionamiento un protectorado y de un registro único de fundaciones de competencia estatal— en la presentación de este nuevo número, podemos afirmar que así ha sido. En este período de tiempo el sector fundacional español ha cambiado, pero esta medida seguía siendo necesaria. Como en todos los inicios, la implantación de la medida no está siendo sencilla pero beneficiará a todos los operadores y representa un primer paso para la transformación de la función del protectorado en un regulador moderno.

Por ello, este número del Anuario de Derecho de Fundaciones no podía dejar de prestar atención a ambas medidas, para lo que hemos contado con la inestimable colaboración de sus responsables, representados por el Director General de los Registros y del Notariado y por el Secretario General Técnico del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. A ellos y a sus equipos quiero agradecer particularmente su colaboración en este número y su generosa y comprometida participación en algunas jornadas celebradas a lo largo de 2016 en nuestra Asociación.

Las fundaciones, como otras organizaciones del denominado Tercer Sector, transitan entre el ámbito de lo público y lo privado: en unas ocasiones actúan como canales de transmisión de recursos privados puestos al servicio del motor del interés general y en algunas otras, son ejecutores y desarrolladores de recursos públicos destinados a finalidades sociales. Sea como fuere, su colaboración con el sector público es necesaria. No es por tanto extraño que, como sucede en este número del Anuario, sean objeto de estudio tanto desde las áreas de Derecho privado como desde el Derecho administrativo. Así, se analiza en este número el régimen de control y justificación de las subvenciones públicas, como medida de fomento, y su adecuado equilibrio con el ámbito de libertad que las fundaciones representan. Tampoco podía dejar de ser analizada este año la nueva Ley de Régimen Jurídico del Sector Público y a ella está dedicado uno de los estudios.

Se analizan asimismo cuestiones de gran interés para el funcionamiento de estas organizaciones, como los efectos de la aplicación del nuevo convenio colectivo de acción e intervención social. Se estima que el sector fundacional emplea a 213.683 personas, habiendo mantenido el empleo, frente a otros sectores, en las fases más profundas de la crisis, lo que le convierte en un sector anti cíclico y le hace acreedor de una atención específica en el ámbito de los recursos humanos.

Por primera vez desde que iniciara la publicación del Anuario de Derecho de Fundaciones, en el apartado correspondiente a *Crónica Europea* no se hace mención al Estatuto de Fundación Europea, de cuya paralización dio cuenta

el Anuario de 2014. Se trata, lamentablemente, de una iniciativa fallida, que no consiguió la unanimidad requerida en el Consejo y que la Comisión postergó junto con otras iniciativas. Sin embargo, se recogen en la *Crónica Europea* dos interesantes trabajos de los profesores Van Veen y Weitemeyer, sobre el estado actual del Derecho de Fundaciones en Holanda y en Alemania, respectivamente. Resulta de gran utilidad contar con este tipo de contribuciones que nos permitan, a las fundaciones, los expertos y el legislador, conocer el marco legal de las fundaciones en otros países de nuestro entorno que puedan así inspirar y contar un marco comparado en caso de que se produjera alguna reforma legislativa. Tanto Holanda como Alemania son países de referencia prolíficos en lo que a las fundaciones de utilidad pública se refiere.

La Crónica Iberoamericana se hace eco de un relevante trabajo liderado por Rodrigo Villar, sobre la filantropía y la inversión social en América Latina, en el que se analizan sus principales magnitudes y se formulan los retos y desafíos para el futuro. Además, el trabajo profundiza en las definiciones de filantropía e inversión social, partiendo de los conceptos habitualmente utilizados por las principales asociaciones de fundaciones de América Latina: el Grupo de Institutos, Fundaciones y Empresas (GIFE) de Brasil, el Grupo de Fundaciones y Empresas (GDEF) de Argentina, Asociación de Fundaciones Empresariales (AFE) de Colombia, y Centro Mexicano para la Filantropía (CEMEFI) de México. Si bien se señalan las diferencias conceptuales de unos países a otros, así como la aparente dicotomía entre filantropía e inversión social privada, por lo que son muchas las voces que reivindican la filantropía y la inversión social como «parte de un continuo», «las definiciones de las diferentes asociaciones de fundaciones comparten un interés común: promover prácticas estratégicas y de largo plazo de la inversión social y de la filantropía. Sus conceptos son aspiracionales y pretenden elevar los estándares de las intervenciones del sector fundacional».

También la Crónica Iberoamericana incluye este año una contribución especialmente valorada, la de Venezuela, con un título tan significativo como revelador de la crítica situación de las organizaciones de la sociedad civil en este país: «Amenazas y restricciones a la libertad de asociación en Venezuela», informe elaborado por Civilis Derechos Humanos, una asociación civil sin fines de lucro, fundada en el año 2010, independiente, pluralista y autónoma, dedicada al apoyo de la labor que realizan grupos y organizaciones de la sociedad civil en el campo de los derechos humanos.

Al cerrar estas líneas se acaba de celebrar el XIII Encuentro Iberoamericano de la Sociedad Civil con el encabezamiento general «Iberoamérica 3.0,

Juventud y Sociedad Civil», en tres sedes de forma simultánea, en Caracas (Venezuela), Santo Domingo (República Dominicana) y Medellín (Colombia). Para esta cita bienal, que organiza y convoca una red de redes del sector no lucrativo en el espacio iberoamericano, se han introducido nuevas dinámicas, reformulando la manera de conectar a la sociedad civil y bajo una idea capaz de concentrar y vincular las experiencias del sector no lucrativo. En esta ocasión el tema elegido ha sido la juventud: el 48% de la población de Iberoamérica es menor de 40 años. Dentro de este contexto el papel de la sociedad civil es promover la mejora en sus condiciones de vida y generar oportunidades de avance como clave para su desarrollo y el de nuestros países.

Por último, pero no menos relevante, el Anuario cuenta con su reseña de jurisprudencia, de gran utilidad para conocer la interpretación que los distintos tribunales, audiencias y juzgados realizan de la normativa fundacional.

Obligado es cerrar estas líneas agradeciendo a todos los autores su magnífico trabajo que permite cerrar esta nueva edición del Anuario de Derecho de Fundaciones, así como a sus directores, siempre dispuestos a colaborar en esta y otras iniciativas de la asociación, los profesores Santiago Muñoz Machado y José Luis Piñar Mañas, y también a los miembros del consejo de redacción, que a lo largo de estos años han contribuido a que esta publicación revista la calidad que hoy podemos apreciar.

Javier NADAL ARIÑO
Presidente de la Asociación Española de Fundaciones

ESTUDIOS



El Registro Único de Fundaciones de competencia estatal

Javier Gómez Gáligo

Director General de los Registros y del Notariado. Encargado del Registro único de fundaciones de competencia estatal

SUMARIO: I. CONCEPTO DE FUNDACIÓN.—II. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LAS FUNDACIONES.—III. DIFERENCIAS DE LAS FUNDACIONES CON LAS ASOCIACIONES Y SOCIEDADES MERCANTILES.—IV. DIFERENCIAS POR SUS FORMALIDADES DE CONSTITUCIÓN.—V. CONSTITUCIÓN DE LA FUNDACIÓN.—VI. CONTROL DE LAS FUNDACIONES: 1. *Protectorado*. 2. *El registro único estatal de fundaciones*.—VII. FUNCIONAMIENTO DEL REGISTRO DE FUNDACIONES.—VIII. PRINCIPIOS POR LOS QUE SE RIGE EL REGISTRO DE FUNDACIONES.—IX. FUNCIONES DEL REGISTRO.—X. FUNCIONES DEL PROTECTORADO QUE NO CORRESPONDEN AL REGISTRO.—XI. PROBLEMAS PRÁCTICOS EN ACTOS DE COMPETENCIA DEL REGISTRO ÚNICO DE FUNDACIONES DE COMPETENCIA ESTATAL: 1. *Constitución de fundaciones y certificaciones negativas de denominación*. 2. *Órganos de gobierno y representación*. 3. *Otros*.—XII. CONCLUSIÓN.

I. Concepto de fundación

Las fundaciones o *universitas bonorum* son patrimonios dotados de personalidad jurídica propia que están afectos a la realización de un fin de interés general.

En las fundaciones lo esencial no es la colectividad, pues puede constituir las una sola persona; de hecho, es lo normal que se constituyan por un solo fundador, en actos *inter vivos* o de última voluntad. Lo esencial es la existencia de un patrimonio, hasta el punto de que algún autor como Ihering las califica como patrimonios personificados. En esto se diferencia de las asociaciones, como ahora veremos, donde lo importante es el sustrato personal.

II. Fundamento constitucional de las fundaciones

La Constitución española reconoce claramente la importancia de las fundaciones en su artículo 34, que sanciona «el derecho de Fundación para fines de interés general, con arreglo a la ley». Y establece que «regirá también para las fundaciones lo dispuesto en los apartados 2 y 4 del artículo 22».

Este precepto encuentra su desarrollo en la ley de Fundaciones de 26 de diciembre 2002, que sustituye a la de 24 de noviembre de 1994, que señala en su artículo 2.2, que las fundaciones se rigen por la voluntad del fundador, por sus estatutos, y en todo caso, por la presente ley.

Este reconocimiento constitucional del derecho de fundación para fines de interés general, pone de manifiesto el notable dinamismo y el destacado papel que las fundaciones están llamadas a desempeñar en la sociedad actual. Además, las fundaciones constituyen un apoyo esencial para las instituciones públicas, en el desarrollo de los derechos propios del Estado Social de Derecho, y canalizan la contribución de los particulares al bienestar de todos los ciudadanos.

III. Diferencias de las fundaciones con las asociaciones y sociedades mercantiles

El artículo 22 de la Constitución reconoce el derecho de asociación. A diferencia de las Fundaciones las asociaciones o *universitas personarum* son personas jurídicas que surgen por la unión de una pluralidad de individuos para realizar un fin. El concepto amplio de asociación se encuentra integrado por diversas figuras, todas ellas contempladas en el artículo 35 del Código Civil, a saber:

—Las corporaciones, que son asociaciones de Derecho público que tienen su origen en la ley (art. 37).

—Las sociedades, que son asociaciones con ánimo de lucro.

—Las asociaciones en sentido estricto, que podemos definir como una persona jurídica privada formada por una pluralidad de personas que se agrupan para conseguir un fin común, que puede ser público o particular, pero en todo caso lícito y no lucrativo.

No cabe confundir las asociaciones con las fundaciones, puesto que:

a) La asociación es una unión de personas mientras que la fundación es un patrimonio afecto a un fin.

b) La fundación debe perseguir siempre un fin de interés social, mientras que las asociaciones pueden perseguir un fin privado.

c) De las sociedades mercantiles se diferencian además que éstas persiguen un interés lucrativo, mientras que las fundaciones son siempre sin ánimo de lucro. Las fundaciones pueden realizar actividades mercantiles complementarias —que no consistan en la participación en sociedades que no limiten

la responsabilidad de los socios—, pero siempre el fin debe ser de interés general.

d) La asociación está sometida a un principio de libertad de forma no constitutiva de su personalidad jurídica, a diferencia de la Fundación que es de inscripción constitutiva.

IV. Diferencias por sus formalidades de constitución

Pueden constituir asociaciones y formar parte de las mismas, las personas físicas y jurídicas, públicas o privadas. En esto no se diferencian de las fundaciones. Pero en las asociaciones rige un principio de libertad de constitución, mientras que las fundaciones están sometidas a forma pública e inscripción constitutiva. Esto es así, como veremos, como vías de control de su finalidad de interés general.

En efecto las asociaciones se constituyen mediante acuerdo de tres o más personas, 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. El acuerdo, que incluirá la aprobación de los Estatutos, se formalizará en Acta fundacional, en documento público o privado.

Con el otorgamiento del Acta de constitución adquirirá la asociación su personalidad jurídica y la plena capacidad de obrar. La Inscripción en el Registro de asociaciones (*ex art. 10*) no es así constitutiva. Las asociaciones deberán inscribirse en el Registro General de Asociaciones, o, en su caso, en el correspondiente registro autonómico, pero a los solos efectos de su publicidad. La inscripción en el Registro de asociaciones se limita a hacer pública la constitución y los Estatutos y es garantía tanto para terceros como para sus propios miembros. Los promotores están obligados a procurar la inscripción, respondiendo de las consecuencias de la falta de la misma. En concreto, sin perjuicio de la responsabilidad de la asociación, los promotores de asociaciones no inscritas responderán, personal y solidariamente, de las obligaciones contraídas con terceros, en nombre de la asociación.

Las fundaciones se rigen, sin embargo, por un principio de constitución formal e inscripción constitutiva en el Registro de Fundaciones, de lo que ya se va apreciando una mayor importancia de este último. En efecto, la fundación nace como consecuencia de la celebración de un negocio jurídico unilateral, no recepticio, gratuito, e irrevocable, por el que el fundador manifiesta su intención de constituir la fundación, dotándola de los bienes ne-

cesarios para cumplir el fin fundacional, que debe inscribirse en el Registro de fundaciones para adquirir personalidad jurídica.

V. Constitución de la fundación

En el estudio del negocio fundacional debemos distinguir entre los elementos personales, formales y reales.

1.º Elementos personales. Pueden constituir fundaciones las personas físicas, que requerirán la capacidad para disponer gratuitamente, *inter vivos* o *mortis causa* de los bienes y derechos de la dotación; y las personas jurídicas, tanto públicas (salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario), como privadas (cuando lo acuerde su órgano competente para disponer gratuitamente de sus bienes).

2.º Elementos reales. Son la dotación y los fines. La dotación puede consistir en bienes y derechos de cualquier clase, pero debe ser adecuada y suficiente al cumplimiento de los fines, lo cual se presume si alcanza los 30.000 euros, pudiendo rebajar el protectorado dicha cantidad en atención a los fines específicos de cada fundación, previa presentación de un estudio económico que garantice su viabilidad. Si la aportación es dineraria puede hacerse en forma sucesiva, en cuyo caso el desembolso inicial será al menos del 25% y debiendo hacerse efectivo el resto en un plazo no superior a cinco años desde el otorgamiento de la escritura de constitución. Si la aportación no es dineraria, deberá incorporarse a la escritura de constitución la tasación realizada por un experto independiente. En uno y otro caso deberá acreditarse o garantizarse la realidad de la aportación ante el notario autorizante.

Por lo demás, tienen la consideración de dotación los bienes y derechos que durante la existencia de la Fundación se afecten de modo permanente a los fines fundacionales por el fundador o patronato; el compromiso de aportaciones de terceros siempre que estuvieran garantizadas. En ningún caso se podrá considerar como dotación el mero propósito de recaudar donativos.

En cuanto a los fines, es necesario que sean fines de interés general, es decir, beneficiar a colectividades genéricas de personas. No será admisible la creación de una fundación cuyos beneficiarios sean el fundador, su cónyuge o sus parientes hasta el 4.º grado, con ciertas excepciones si se cumple la normativa del patrimonio histórico-artístico. También se admiten las fundaciones laborales, cuya finalidad sea beneficiar a colectivos genéricos de trabajadores y sus familias.

3.º Elementos formales La Fundación podrá constituirse:

—Por acto *inter vivos* mediante escritura pública.

—*Mortis causa*, testamentariamente. Si el testador se hubiera limitado a establecer su voluntad de crear una Fundación y de disponer los bienes y derechos de la dotación, la escritura pública en la que se contengan los demás requisitos exigidos por la Ley se otorgará por el albacea testamentario, en su defecto, por los herederos testamentarios y en caso de que éstos no existieran o no lo hicieran, por el Protectorado, previa autorización judicial.

Se impone al Notario la obligación de remitir al Protectorado, copia de Escritura o la Cláusula Testamentaria para que éste tenga conocimiento de la existencia de la fundación.

La escritura de constitución deberá contener:

1. Los datos de identificación y NIF de los fundadores, sean personas físicas o jurídicas.
2. La voluntad de constituir una Fundación.
3. La dotación, su valoración y la forma y realidad de su aportación.
4. Los Estatutos de la Fundación.
5. La identificación de las personas que integren el órgano de gobierno, así como su aceptación, si se efectúa en el momento fundacional.

En los Estatutos debe hacerse constar:

—La denominación, conforme al artículo 5, que introduce una normativa que pretende evitar duplicidades e inscripciones abusivas.

—Los fines fundacionales.

—El domicilio y el ámbito territorial de sus operaciones.

—Las reglas básicas para la aplicación de los recursos al cumplimiento de los fines fundacionales y para la determinación de los beneficiarios.

—La composición del patronato, reglas para la elección y sustitución de sus miembros y formas de deliberar y adoptar acuerdos.

—Cualesquiera otras disposiciones y condiciones lícitas que se establezcan.

Toda disposición de la Escritura o los Estatutos, contraria a la Ley, se tendrá por no puesta, salvo que afecte a la validez constitutiva de la fundación, en cuyo caso no procederá su inscripción en el Registro de Fundaciones.

VI. Control de las fundaciones

La legitimidad que le otorga la Constitución a la labor de las fundaciones, y su finalidad de interés general y no meramente privado, debe estar también cubierta por un sistema de garantías:

- Garantías de que las fundaciones trabajan fundamentalmente para los fines para los que fueron concebidas.
- Garantías de igualdad de trato y criterio de inscripción de datos registrales.
- Garantías de veracidad de la información e individualidad de la denominación, para evitar confusiones en sus operaciones en el tráfico.
- Garantías de que la publicidad de su actividad de manera homogénea.

Estas garantías se exigen por la Administración General del Estado a través del Protectorado y del Registro.

1. *Protectorado*

El Protectorado es el órgano de control que corresponde ejercitar a la Administración General del Estado, o a las CC.AA. en caso de que su ámbito sea meramente autonómico. Las Comunidades Autónomas también llevan a cabo labores de protectorado y registro para las fundaciones que operan dentro de su ámbito territorial, si bien están obligadas a coordinarse con los demás registros autonómicos y con el estatal para que no se utilicen denominaciones previamente registradas.

El protectorado por tanto facilita el recto ejercicio del derecho de Fundación, y asegura la legalidad de su constitución y funcionamiento. Incluso está previsto legalmente que mediante autorización judicial pueda intervenir temporalmente las fundaciones cuando haya graves irregularidades en la gestión económica o su actividad se aparte gravemente de sus fines.

2. *El registro único estatal de fundaciones*

El Registro de Fundaciones es también órgano de control de la legalidad en la constitución y funcionamiento de las fundaciones.

Es así importante destacar, que la Inscripción en el Registro de Fundaciones es constitutiva de su personalidad jurídica. En esto se diferencia radicalmente del Registro de Asociaciones como se ha visto.

La escritura debe inscribirse en el Registro de fundaciones, previo el informe favorable del Protectorado. La personalidad jurídica de la fundación se adquiere por la inscripción.

La creación del Registro Único de Fundaciones de Competencia Estatal ya figuraba en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, que dispuso la existencia de un Registro de fundaciones de competencia estatal dependiente del Ministerio de Justicia, en el que se inscribirán los actos relativos a las fundaciones que desarrollen su actividad en todo el territorio del Estado o principalmente en el territorio de más de una Comunidad Autónoma.

La Ley se desarrolló mediante el Reglamento de Fundaciones de Competencia Estatal, de 2005 y el Reglamento del Registro de Fundaciones de Competencia Estatal, aprobado por el Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, que ya dispuso que este Registro dependiera orgánicamente del Ministerio de Justicia y estuviera adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Sin embargo, la llevanza efectiva de este Registro en la Dirección General de los Registros y del Notariado no se ha producido hasta la publicación de la Orden PRE/2537/2015, de 26 de noviembre (BOE 1 de diciembre de 2015), por la que se dispone la entrada en funcionamiento y la sede del Registro de Fundaciones de Competencia Estatal.

Esta Orden entró en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE y dispuso que desde su misma entrada en vigor el Registro de Fundaciones de Competencia Estatal depende orgánicamente del Ministerio de Justicia y estará adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado. Establece que el Registro de Fundaciones de Competencia Estatal se ubicará en la sede de la Dirección General de los Registros y del Notariado, situada en la plaza de Jacinto Benavente, número 3, en Madrid. Además, prevé que las medidas contenidas en esta orden se atenderán con los medios personales y materiales existentes que hasta el momento realizaban tareas de registro de fundaciones de competencia estatal en los departamentos ministeriales, y que se incorporarán al Ministerio de Justicia, de acuerdo con lo contemplado en la disposición final segunda del Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Fundaciones de Competencia Estatal. En ningún caso podrán generar incremento de gasto público. Finalmente establece la extinción de los registros ministeriales existentes al disponer que en virtud de lo establecido en la disposición transitoria primera del Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Fundaciones de Competencia Estatal, los regis-

tros ministeriales de fundaciones actualmente existentes quedarán extinguidos a partir de la entrada en funcionamiento del Registro de Fundaciones de Competencia Estatal.

Esta Orden del Ministerio de la Presidencia de 26 de noviembre de 2015, promovida por el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Hacienda conjuntamente, de puesta en Funcionamiento del Registro de Fundaciones de Competencia Estatal, es una de las medidas derivadas de la Comisión de Reforma de la Administración General del Estado (CORA) que tienen el objetivo de mejorar la eficiencia y la eficacia de las instituciones. En efecto en «CORA» la medida denominada «Puesta en Funcionamiento del Registro Único de Fundaciones de competencia Estatal» se describió como una medida de simplificación, conforme a los criterios de agrupación de actuaciones.

Esta medida contemplaba igualmente la creación de un protectorado único de fundaciones, aspecto que la reforma de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público ha previsto sentando las bases legales para la unificación de las funciones de protectorado en un único órgano para el ámbito de la Administración General del Estado. Este protectorado único se crea efectivamente por el Real Decreto 1066/2015, de 27 de noviembre, por el que se modifica el Real Decreto 257/2012, de 27 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, con la única excepción de las fundaciones bancarias que siguen bajo supervisión del Ministerio de Economía.

La razón de unificar los órganos de supervisión en un único Protectorado y en un único Registro de Fundaciones de competencia estatal ha sido fundamentalmente ganar en eficiencia, ahorro y simplificación administrativa de los ciudadanos. Se trata de conseguir una mayor eficiencia de los recursos públicos. En este caso la unificación y simplificación de los procedimientos en un único órgano supone una mejor relación entre recursos y sus costes, es decir una mejor optimización del personal y los medios. En definitiva, se considera que con un Registro único se consigue:

- a) Centralización de la información para un mejor servicio a los ciudadanos. Evita el peregrinaje de las fundaciones en búsqueda del registro correspondiente.
- b) Más transparencia al sector y mejor información al ciudadano.
- c) Una mayor coordinación con el Protectorado único.
- d) Mejor coordinación de las denominaciones con las Comunidades Autónomas y con el Registro Mercantil Central.

e) Elaboración de estadísticas y mejor conocimiento del sector fundacional.

f) Posibilita un adecuado control de la legalidad de la constitución de fundaciones, nombramiento de patronos, fusiones de fundaciones y disoluciones al contar la DGRN con funcionarios especializados en la calificación de actos inscribibles en Registros jurídicos.

El Registro único estatal pretende ser un órgano eficaz en términos de prestaciones, como un órgano al servicio de las fundaciones, no sólo de la administración. Debe ser un órgano, en definitiva, que ofrezca credibilidad interna y externa, y que dé garantías: garantía de independencia, garantía de igualdad de trato y garantías de transparencia en la actuación de las fundaciones.

Para optimizar su gestión, se han analizado los servicios que presta el registro y por tanto sus procedimientos. Los procedimientos han sido analizados también desde la labor que lleva a cabo el protectorado de fundaciones, de manera que se delimite la competencia entre estos dos órganos.

También se quiere facilitar y modernizar los trámites que se llevan a cabo. Sin abandonar la gestión presencial o por correo de las gestiones, éstas se podrán hacer a partir de ahora, electrónicamente con certificado digital. Todas estas reformas (objetivas y sustantivas) hacen que el registro deje de ser un elemento residual o auxiliar de la supervisión que lleva a cabo el protectorado, para convertirse además en un verdadero registro jurídico.

Es decir, en un registro que ostenta una «doble naturaleza»: órgano administrativo, con caracteres de registro jurídico:

- Que revele de manera oficial y homogénea las situaciones jurídicas de las fundaciones de competencia estatal, con independencia del sector económico en el que operen.
- Especializado en la materia, creado y organizado por el Estado.
- Que brinde a los terceros la necesaria certeza requerida para la consolidación de las diferentes relaciones jurídicas con las fundaciones.
- Además, su carácter jurídico deriva de la atribución de la personalidad jurídica a las fundaciones inscritas, así como de presunción de adecuación a la legalidad.

La publicidad que ofrece la existencia de este registro facilita el cumplimiento para las fundaciones, de lo dispuesto en la Ley de Transparencia y Buen Gobierno. Es el propio Registro, cuando goza de esta naturaleza, el que

busca producir y dar a conocer la realidad de las entidades fundacionales respecto de terceros y la exteriorización sostenida e ininterrumpida de las situaciones jurídicas que le son propias, con la finalidad de tutelar, tanto los derechos de las fundaciones, como los de terceros que operan con ellas de buena fe.

Esta actuación no sólo ayuda a la seguridad en el tráfico, también a la transparencia, a la equidad y, en definitiva, a la creación de confianza y el prestigio de estas instituciones. No hay que olvidar que las garantías de un país se asientan sobre la credibilidad y la eficacia de sus instituciones, de todas sus instituciones, las del sector público y las del sector privado.

VII. Funcionamiento del registro de fundaciones

El Registro de Fundaciones se rige por el Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de fundaciones de competencia estatal. Ya hemos visto como ha sido la Orden PRE/2537/2015, de 26 de noviembre, la que dispone la entrada en funcionamiento y la sede del Registro de Fundaciones de Competencia Estatal, la que finalmente ha implementado la atribución reglamentaria de que sea llevado por la Dirección General de los Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia.

Por tanto, en el funcionamiento de las fundaciones cabe distinguir la siguiente normativa aplicable:

—Los *aspectos sustantivos y procedimentales* se regulan en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, desarrollada reglamentariamente por el Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal del que ahora se modifica el artículo 17.2 (actos sometidos a un régimen de comunicación).

—El *régimen fiscal* se encuentra sustancialmente en la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, que dicta el régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, desarrollada a su vez mediante el Real Decreto 1270/2003, de 10 de octubre, por el que se aprueba su Reglamento.

—El Reglamento del *Registro de fundaciones* de competencia estatal, se regulan en el Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de fundaciones de competencia estatal, que derogó el Real Decreto 384/1996, de 1 de marzo, que trataba sobre la materia.

Se apunta lo esencial de sus siete capítulos:

—El Capítulo I, dedicado a las disposiciones generales, alude, entre otras materias, a su ámbito de aplicación, objeto, naturaleza del Registro, procedimientos de inscripción, y principios registrales característicos de otros registros de personas. Los procedimientos de inscripción se ajustarán a lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y en el presente Reglamento.

—El Capítulo II es el relativo a la organización del Registro: organización administrativa, Encargado del registro, ámbito funcional y subjetivo del Registro, estructura con sistema de hoja personal; libros y asientos del Registro...

—El Capítulo III regula la inscripción de las fundaciones de competencia estatal, las delegaciones de fundaciones extranjeras y las fundaciones del sector público estatal; actos sujetos a inscripción (art. 24), títulos inscribibles (normalmente escritura o testamento), plazos y requisitos formales de la documentación, calificación registral, subsanación, notificación de actuaciones y publicación de los actos inscritos en el «Boletín Oficial del Estado».

—En el Capítulo IV se regulan otras funciones del Registro, como la legalización de los libros obligatorios, el nombramiento de auditores de cuentas o el depósito y publicidad del plan de actuación y de las cuentas anuales.

—El Capítulo V regula la Sección de denominaciones del Registro.

—El Capítulo VI regula el ejercicio de la publicidad formal que corresponde a un Registro público, previéndose la expedición de certificaciones, notas simples informativas o copias de los asientos y documentos depositados. El Registro es público para quienes tengan interés en conocer su contenido. La publicidad del Registro no alcanza a los datos referidos a los domicilios de las personas, estado civil y otros datos de carácter personal que consten en la documentación de cada fundación.

—El Capítulo VI se dedica a la colaboración de este Registro con los registros de fundaciones creados en las comunidades autónomas, con los Protectorados y con el Consejo Superior de Fundaciones.

En cuanto al depósito de cuentas está regulado en la Disposición transitoria tercera: A partir del 20 de enero de 2008, los registradores mercantiles debieron proceder al traslado, en formato electrónico, de los depósitos de cuentas anuales consolidadas de fundaciones de competencia estatal que obren a su cargo. Tras la puesta en funcionamiento del Registro de fundaciones de competencia estatal, el Protectorado depositará las cuentas anuales de las fundaciones en dicho Registro, una vez examinadas y comprobada su adecuación formal a la normativa vigente, sin perjuicio de lo dispuesto en el

artículo 29.2 del Reglamento de fundaciones de competencia estatal respecto del depósito de las cuentas anuales consolidadas (se depositarán en el Registro Mercantil con envío de copia al de Fundaciones).

En este Registro de Fundaciones de competencia estatal se inscriben los actos relativos a las fundaciones que desarrollen su actividad en todo el territorio del Estado o principalmente en el territorio de más de una comunidad autónoma, delegaciones de fundaciones extranjeras que tengan el mismo ámbito de actuación y todas las fundaciones del sector público estatal.

Ya se ha visto que radica en Madrid y tiene carácter único para todo el territorio del Estado. Depende orgánicamente del Ministerio de Justicia y estará adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado. En concreto el *Encargado del Registro será el Director General de los Registros y del Notariado*. Contra sus resoluciones se podrá interponer recurso de alzada ante la Subsecretaría del Ministerio de Justicia que es quien en la actualidad depende la DGRN (y no por tanto la Secretaria de Estado de Justicia).

Es importante destacar que es un Registro jurídico, bastante cercano al Registro Mercantil y presenta, según la Exposición de Motivos, una naturaleza doble: mientras por un lado las fundaciones adquieren personalidad jurídica desde el momento de la inscripción registral de la escritura pública de su constitución, por otro el registro se configura como un instrumento al servicio de la Administración, y dentro de ella de los diferentes Protectorados, a los que pretende proporcionar información para el desarrollo de sus actividades y el ejercicio de sus funciones.

VIII. Principios por los que se rige el registro de fundaciones

Los principios registrales por los que se rige son:

— *Titulación pública*: la inscripción en el Registro se practicará, con carácter general, en virtud de documento público (escritura o testamento).

— *Legalidad*: el Encargado del Registro calificará la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad y legitimación de los que los otorguen o suscriban y la validez de su contenido, por lo que resulte de ellos y de los asientos registrales.

— *Legitimación*: el contenido del Registro se presume exacto y válido. Los asientos del Registro están bajo la salvaguarda de los tribunales y producirán sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial o, en su caso, reso-

lución administrativa, de su inexactitud o nulidad. La inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes.

—*Fe pública*: la declaración de inexactitud o nulidad de los asientos del Registro no perjudicará los derechos de terceros de buena fe adquiridos conforme a Derecho.

—*Prioridad*: inscrito cualquier título en el Registro, no podrá inscribirse o anotarse ningún otro de igual o anterior fecha que resulte opuesto o incompatible con él.

—*Tracto sucesivo*: 1.º Para inscribir actos o contratos relativos a un sujeto inscribible será precisa la previa inscripción del sujeto. 2.º Para inscribir actos o contratos modificativos o extintivos de otros otorgados con anterioridad será precisa la previa inscripción de estos. 3.º Para inscribir actos o contratos otorgados por apoderados o administradores será precisa la previa inscripción de éstos.

—*Publicidad formal*: El Registro es público y corresponde al Encargado del Registro el tratamiento del contenido de los asientos registrales, de modo que se haga efectiva su publicidad directa y se garantice, al mismo tiempo, la imposibilidad de su manipulación o televaciado.

IX. Funciones del registro

Son funciones del Registro de Fundaciones de competencia estatal:

—La inscripción de las fundaciones con ámbito en todo el Estado o en más de una Comunidad Autónoma y de los actos relativos a ellas. Ya hemos visto que la inscripción dota de personalidad jurídica a la fundación.

—Inscripción de las delegaciones en España de fundaciones extranjeras.

—Inscripción de modificación de los estatutos de la fundación.

—Inscripción de los órganos de Gobierno y Representación, en particular la inscripción del nombramiento de patronos.

—Inscripción de cambios y ceses en el patronato.

—Inscripción de cambios en otros órganos contemplados en estatutos (por ejemplo auditores).

—Inscripción de apoderamientos. Estos poderes pueden ser generales o especiales, siendo necesario poder expreso para los actos de disposición (cfr. art. 1713 del Código Civil).

—Inscripción de la fusión. Al igual que en la constitución, la inscripción de la fusión es constitutiva de la nueva Fundación resultante.

—Inscripción del Acuerdo de extinción/liquidación y cancelación registral.

—La legalización de los libros obligatorios.

—El nombramiento de expertos independientes y auditores de cuentas.

—El depósito y publicidad del plan de actuación y de las cuentas anuales.

—La expedición de certificaciones sobre denominaciones, y de certificaciones y notas sobre los asientos y documentos que obren en el Registro.

—La evacuación de consultas de interés general que no supongan una precalificación de los actos, negocios o documentos.

—Información y coordinación con las Comunidades Autónomas.

En cuanto a las comunicaciones notariales, según el artículo 26.4. se estará a lo dispuesto en la legislación notarial en cuanto a las comunicaciones de los Notarios que autoricen documentos relativos a actos de última voluntad o manifestaciones de herencia en los que se constituya una fundación *mortis causa*. 5. Las comunicaciones notariales con el Registro serán telemáticas.

El plazo para la inscripción, está previsto en el artículo 28, según el cual, si no se apreciaran defectos, el Encargado del Registro practicará la inscripción en el plazo de *dos meses* a contar desde la fecha de presentación del título en el Registro.

El Encargado del Registro procederá a *calificar dentro del primer mes* a contar desde la misma fecha. El plazo máximo para notificar la resolución será de *seis meses* cuando se trate de la primera inscripción, modificación o nueva redacción de estatutos, fusión y extinción de la fundación y de *tres meses* para el resto, contados ambos plazos desde la fecha de recepción de la solicitud en el Registro de Fundaciones de competencia estatal. Transcurridos los plazos señalados sin notificación de la resolución, podrá entenderse estimada la solicitud de inscripción correspondiente. Aunque pueda resultar plazos amplios —en comparación con los plazos mucho más breves existentes para otros registros jurídicos, como los registros de la propiedad y mercantiles— se consideran justificados por el informe que ha de solicitarse al Protectorado, aunque conforme a las reglas generales de Derecho administrativo, la petición de informe suspende el cómputo del plazo.

Además, una vez practicada la inscripción serán publicadas en el BOE las resoluciones de inscripción registral que se refieran a: a) La constitución de fundaciones; b) la fusión de fundaciones; c) las modificaciones estatutarias; d) la cancelación de las fundaciones tras haber finalizado el procedimiento de liquidación.

X. Funciones del protectorado que no corresponden al registro

Son procedimientos cuya tramitación corresponde al Protectorado único del Fundaciones, que ostenta el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, y por tanto no tiene competencia sobre ellos el Registro Único, los siguientes:

- Autorización para contratar con patronos (autocontratación).
- Autorización para realizar actos de disposición de la dotación.
- Autorización anual para la enajenación anual de valores cotizados.
- Comunicación trimestral de valores cotizados.
- Comunicación de enajenación de bienes y derechos.
- Comunicación de herencias y donaciones.
- Comunicación de adquisición de participaciones en sociedades mercantiles.

XI. Problemas prácticos en actos de competencia del registro único de fundaciones de competencia estatal

En los primeros días de funcionamiento del Registro de Fundaciones de competencia estatal, tras la entrada en vigor del Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de fundaciones de competencia estatal, ya se han detectado los principales defectos en la formalización de actos inscribibles en el Registro, que paso a analizar con la finalidad de que las fundaciones en lo posible adecúen su actuación, para evitar observaciones y retrasos en el despacho de la documentación.

1. Constitución de fundaciones y certificaciones negativas de denominación

Antes de constituir una Fundación el trámite inicial que debe realizarse es reservar una denominación que no aparezca previamente registrada. Pero para la expedición de certificados negativos de denominación (fines, activi-

dades y ámbito territorial de actuación) es preciso que previamente conste informe favorable sobre el fin fundacional por parte del Protectorado Único, puesto que, el artículo 49.2 del Reglamento del Registro establece que: «2. *En la solicitud de certificación de denominación, se hará constar, además de la denominación con la que pretende inscribirse la fundación en el Registro, los fines, actividades y su ámbito territorial tal y como constarán en los Estatutos*».

Ir corrigiendo desde el principio estos aspectos, que al final se trasladan a los estatutos, puede permitir allanar el camino hacia la inscripción. En muchos casos, los fines, las actividades propias para cumplimiento de fines y el ámbito territorial de actuación de la fundación que se indican en la solicitud del certificado negativo de denominación, no se redactan de forma correcta.

Los fines definidos en los estatutos de la fundación deben constar de forma precisa, otorgando especial relevancia al interés general a proteger. Dentro de los fines establecidos en la solicitud, deben omitirse tanto actividades como formas de actuar, que deben ser trasladadas al apartado de actividades y al de desarrollo de los fines fundacionales, respectivamente.

Las actividades han de quedar expuestas de forma singularizada y estarán destinadas a la consecución de los fines de la fundación. Si bien es cierto que las fundaciones pueden desarrollar tanto actividades propias como mercantiles/económicas, son las actividades propias, las que se realizan sin ánimo de lucro, las que debe figurar como actividades para el cumplimiento de los fines fundacionales en la solicitud del certificado negativo de denominación. Las de carácter económico —con ánimo de lucro— no son fines fundacionales, aunque pueden figurar en los estatutos de la fundación en el apartado de régimen económico.

En ocasiones no se indica en la solicitud el ámbito territorial en el que la fundación va a desarrollar sus actividades. En este sentido, el artículo 11.1.c) de la Ley 50/2002, de Fundaciones, dispone que en los estatutos de la fundación se hará constar el ámbito territorial en el que va a desarrollar, principalmente, sus actividades. Hay que tener en cuenta que esta disposición tiene una doble finalidad: de una parte, determinar la competencia administrativa en materia de Protectorado y Registro de Fundaciones, dado que, corresponde la competencia al Protectorado Único y al Registro de Fundaciones del Ministerio de Justicia, en los supuestos de las fundaciones que desarrollen su actividad en todo el territorio nacional, o principalmente en el territorio de más de una comunidad autónoma, sin perjuicio de su posible actuación en el extranjero. Además, se debe acotar el ámbito de actuación en el extranjero, es decir, fijar los países o zonas en los que va a desarrollar su actividad en el exterior.

En cuanto a la inscripción de la Fundación, las fundaciones en proceso de constitución deben hacer un mayor uso al recurso del Protectorado o al Registro como órganos asesores de fundaciones que le atribuye la normativa en materia de fundaciones. Por ejemplo, en el caso de los estatutos de la fundación sería conveniente que utilizaran, en la medida de lo posible, el borrador de estatutos del Protectorado Único y que lo remitieran para revisión al citado Centro Directivo antes de elevar a escritura pública. Si bien es cierto que es una primera aproximación del texto final, puede ser el condicionante de una inscripción rápida posterior en la medida que el Registro de fundaciones cuando reciba la solicitud de inscripción, va a solicitar informe al Protectorado, preceptivo y vinculante, respecto de fines, actividades propias y dotación, así como, un informe no vinculante de estatutos fundacionales. En definitiva, utilizar el recurso del Protectorado Único como órgano asesor. Por lo tanto, si se afina el contenido de fines y actividades, ámbito de actuación en el certificado negativo de denominación y se concreta con el Protectorado el contenido de los estatutos, se va allanado el terreno hacia una inscripción rápida.

Las inscripciones se presentan en el Registro, no obstante, requieren previo informe de fines, dotación y estatutos del Protectorado que se solicita por el Registro con paralización de plazo para resolver.

En cuanto a la dotación debe quedar claro en el cuerpo de la escritura, cuando se proceda al desembolso de la dotación inicial en forma dineraria mediante aportación sucesiva, el valor en el que se fija la dotación inicial, la parte correspondiente al desembolso inicial y fijar claramente el compromiso de aportación de la cantidad restante en el plazo de 5 años desde el otorgamiento de escritura. Además, hay que tener presente que cuando se realice este desembolso sucesivo, el Protectorado Único va a pedir a la fundación cuando haga este desembolso sucesivo que justifique la suficiencia dotacional mediante la aportación de un informe de viabilidad y el primer plan de actuación. La dotación debe ser además de suficiente (presunción de suficiencia dotacional cuando el valor económico alcance la cantidad de 30.000 euros) adecuada.

Las fundaciones deberían utilizar el recurso del Protectorado como órgano asesor porque en ocasiones la dotación puede ser suficiente pero no adecuada (para el caso de aportación de dotación en bienes con informe de tasación de experto independiente).

En cuanto a los fundadores personas físicas debe quedar claro en el cuerpo de la escritura la identidad de los fundadores y su voluntad para fundar. Tratándose de fundadores personas jurídicas, además, hay que tener en cuen-

ta que si el fundador es persona jurídica se necesita un acuerdo expreso de fundar adoptado por el órgano que corresponda de acuerdo con la naturaleza de la entidad para disponer gratuitamente de sus bienes o el acuerdo de dotar a la fundación de una aportación dineraria a la dotación inicial, que se debe protocolizar en la escritura matriz de constitución.

No deben olvidar la vigencia de las certificaciones negativas (3 meses) porque se deben incorporar a la matriz de la escritura de constitución. Tampoco deben olvidar la vigencia de las certificaciones bancarias (3 meses) que vayan a la escritura y que la certificación debe hacer mención que la cuenta se encuentra abierta a nombre de la fundación con la denominación que coincida exactamente con el certificado negativo de denominación. Las fundaciones deben hacer uso de su denominación exacta en todos los documentos que giren.

En la redacción de la escritura de constitución hay que tener en cuenta la naturaleza constitutiva del Registro respecto de la primera inscripción de la fundación y la adquisición de personalidad jurídica con el acto de inscripción en el registro. En tanto no se inscriba la fundación en el Registro, las fundaciones tienen una actividad limitada: propias de inscripción, defensa de su patrimonio y las que no admitan demora sin perjuicio para la fundación. En ocasiones las escrituras afirman la adquisición de personalidad jurídica antes de su inscripción, pero la plena personalidad se adquiere por la inscripción.

Finalmente, hay que acompañar a la solicitud de primera inscripción la siguiente documentación (en ocasiones se olvidan de algún documento): Copia autorizada, copia simple, constancia de haber sido presentada a liquidación Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (sellada), modelo 600 de autoliquidación del ITP y AJD y CIF provincial (fotocopia).

En definitiva, las observaciones que se formulan de manera habitual en las primeras inscripciones se refieren a fines, actividades, dotación, estatutos que son los aspectos que se pueden corregir desde un primer momento mediante el uso del recurso del Protectorado como órgano asesor en el proceso de constitución de la fundación. Respecto de la parte del Registro, debe reiterarse lo dicho para el tema de dotación, fundadores personas jurídicas, patronos personas jurídicas, vigencias de certificados que se incorporan a la matriz de la escritura y documentos que en ocasiones no se presentan.

2. *Órganos de gobierno y representación*

La Inscripción de modificaciones en el patronato (sea unipersonal o colegiado) suele plantear los problemas más frecuentes en la inscripción en el Registro.

Los principales defectos que se observan son los siguientes: cese de patrono sin identificar su causa y fecha, certificados que se presentan sin legitimar notarialmente, ceses por renuncia cuando el período de mandato del patrono se encuentra cumplido, no se aportan los datos identificativos de los nombramientos de patronos nuevos conforme el artículo 23 del Reglamento del Registro; en ocasiones no se formaliza la aceptación del cargo de los patronos y cargos estatutarios.

En cuanto a los patronos personas jurídicas: Debe constan en la escritura de constitución como documento protocolizado, el acuerdo del órgano competente aceptando el cargo de patrono y, en su caso, del cargo estatutario que corresponda. Debe además designar persona física que lo vaya a representar con aceptación. Todo con datos identificativos en los términos establecidos en el artículo 23 del Real Decreto 1611/2007.

La atribución a la Dirección General de los Registros y del Notariado de la competencia en la calificación de los actos inscribibles en el Registro, hace que los aspectos jurídicos ahora sean objeto de un análisis más riguroso del que existía hasta ahora. Debería en este sentido prestarse una mayor atención por parte de las fundaciones para contar con el patronato con cargos y miembros inscritos en el Registro de Fundaciones de manera correcta. Y para ello debe tenerse muy en cuenta lo previsto en los Estatutos de la Fundación, pero también las exigencias legales y reglamentarias.

Cabe la posibilidad de que la Fundación se dote de otros órganos, distintos del patronato. Para inscribir este tipo de órganos en el Registro, debe existir una previsión estatutaria al respecto regulando su composición y funciones, bien en el acta fundacional, ya sea mediante tramitación de una modificación estatutaria en el que se recoja su composición y funciones añadiendo algún artículo al documento estatutario.

El artículo 15 del Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de competencia estatal, en previsión de lo establecido en el artículo 16.2 de la Ley de Fundaciones, determina que: «1. *Los estatutos podrán prever la existencia de otros órganos distintos del patronato para el desempeño de las funciones que expresamente se les encomienden; en todo caso, deberán respetarse las funciones atribuidas legalmente al patronato como órgano de gobierno y administración al que corresponde el cumplimiento de los fines fundacionales y la administración del patrimonio de la fundación. En*

los estatutos se regulará la composición y las funciones de estos órganos. 2. Entre las facultades atribuidas a estos órganos no podrán comprenderse la aprobación de las cuentas y del plan de actuación, la modificación de los estatutos, la fusión y la liquidación de la fundación ni aquellos actos que requieran la autorización del protectorado, que son materias de competencia exclusiva del patronato. 3. En todo caso, la creación, modificación y supresión de estos órganos y el nombramiento y cese de sus miembros deberá inscribirse en el Registro de fundaciones de competencia estatal». Además, el artículo 24 del Reglamento del Registro de Fundaciones de competencia estatal, aprobado por Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, enumera los actos sujetos a inscripción en el precitado Registro, entre los que se cita en su apartado f) los siguientes: «La creación, modificación y supresión de los órganos previstos en el apartado 2 del artículo 16 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, así como el nombramiento, aceptación, renovación, sustitución, suspensión y cese de sus miembros».

En cuanto a la inscripción de poderes, delegación de facultades y apertura de delegaciones, debe cumplirse el tracto sucesivo. Un requerimiento que se realiza, en ocasiones, a las fundaciones es la necesidad de identificar, en la revocación de poderes, el documento público en el que fueron otorgados o bien que no se pueden recovar poderes que no se encuentren inscritos previamente en el registro. Debe recordarse al respecto la necesidad de cumplir el principio de tracto sucesivo, anteriormente analizado.

Además, a veces el contenido de los poderes no se ajusta a la Ley, como cuando se faculta a los patronos para «aceptar herencias simple y llanamente», cuando debería mencionarse la necesidad de aceptación «a beneficio de inventario», pues debe recordarse que la Fundación sólo puede aceptar herencias en tal modalidad.

Es importante destacar que la delegación de facultades, conforme establece el artículo 16.1 de la Ley 50/2002, es una competencia del patronato, salvo que los estatutos establezcan lo contrario. Las materias que no pueden ser objeto de delegación son: aprobación de cuentas, plan de actuación, modificaciones estatutarias, fusiones, extinción/liquidación y los que requieran autorización previa del Protectorado. En definitiva, la delegación de facultades del patronato se puede realizar en uno o más de sus patronos y respecto de facultades delegables legal o estatutariamente determinadas.

3. Otros

También surgen problemas prácticos en la inscripción de Modificaciones estatutarias, que deben disponer previamente del informe de no oposición

del Protectorado y en muchas ocasiones se elevan a público sin contar con el citado informe cuya solicitud es preceptiva por parte de la fundación.

Además, se mezclan con otros acuerdos, poderes, modificación de órgano de gobierno, etc, lo que dificulta la inscripción de todos los actos contenidos en el documento público o practicar inscripciones parciales del citado documento). Por lo tanto, en ocasiones se elevan a público las modificaciones estatutarias sin haber solicitado el pronunciamiento del Protectorado.

Debe recordarse al respecto también que la inscripción de Fusiones de fundaciones (deben disponer previamente del informe de no oposición del protectorado) y que la inscripción de extinción/liquidación o extinción deben disponer previamente del informe de ratificación del protectorado y en ocasiones se elevan a público sin contar con el citado informe.

Finalmente señalar que la presentación de las cuentas anuales y los planes de actuación, deben presentarse ante el Protectorado y es éste órgano el que insta la inscripción al Registro una vez comprobada la adecuación formal. En principio dado el deber de colaboración entre Protectorado y Registro se facilitará información sobre este tema y se procurará la remisión de documentación entre ambas instituciones, pero siempre es bueno que las Fundaciones conozcan este régimen de distribución de competencias.

XII. Conclusión

Desde la entrada en vigor el 2 de diciembre de 2015 de la Orden PRE/2537/2015, de 26 de noviembre, por la que se dispone la entrada en funcionamiento y la sede del Registro de Fundaciones de Competencia Estatal, viene funcionando en la Dirección General de los Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia, en la Plaza Jacinto Benavente 3, el Registro de Fundaciones de competencia estatal, cuya atribución estaba ya prevista en la Ley de Fundaciones de 2002 y en el Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de fundaciones de competencia estatal. El Protectorado único corresponde al Ministerio de Educación, Cultura y Deportes.

Con ello se va a conseguir una mayor eficiencia, abaratamiento de costes y simplificación administrativa frente a la dispersión de registros y protectorados hasta entonces vigentes.



El Protectorado de Fundaciones

José Canal Muñoz

Secretario General Técnico
Ministerio de Educación, Cultura y Deporte

Mercedes Muñoz Sánchez-Capuchino

Subdirectora General del Protectorado de fundaciones
Ministerio de Educación, Cultura y Deporte

SUMARIO: I. RAZÓN DE SER DEL PROTECTORADO.—II. EVOLUCIÓN DE LA FUNCIÓN DEL PROTECTORADO.—III. ANÁLISIS COMPARADO CON OTROS PAÍSES: 1. *Análisis de los ordenamientos jurídicos de diferentes países en materia de fundaciones.* 2. *Análisis de los modelos de fundaciones predominantes en los diferentes países.*—IV. EL PROTECTORADO EN LAS DIFERENTES COMUNIDADES AUTÓNOMAS: 1. *Modelo de organización del Protectorado.* 2. *Relación entre el Protectorado y Registro autonómicos.* 3. *Funciones encomendadas al Protectorado autonómico.*—V. EL PROTECTORADO ÚNICO EN LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO.—VI. FUNCIONES DEL PROTECTORADO DE FUNDACIONES DE COMPETENCIA ESTATAL: 1. *Nacimiento de la fundación.* 2. *Vida de la fundación.* 3. *Finalización de la fundación.* 4. *Ejercicio de acciones judiciales.*—VII. CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS DE FUTURO.

I. Razón de ser del protectorado

La primera cuestión que se plantea cuando se aborda el estudio de las fundaciones como entidades privadas constituidas por voluntad de personas físicas o jurídicas privadas, es el porqué de la intervención de la Administración Pública, esto es, por qué es necesario que exista un control público sobre entidades que son propias del ámbito civil.

La respuesta debemos buscarla en los dos tipos de elementos que se mezclan en toda fundación: por un lado elementos propios de la esfera particular y privada del fundador en cuanto adopta la decisión de instituir una fundación y realiza las actuaciones pertinentes para que dicha decisión llegue a buen fin; de otro el interés general que persigue la creación de la fundación.

Ambos elementos requieren la intervención de una autoridad administrativa que por un lado garantice que se va a respetar la voluntad del fundador dado que una vez creada la persona jurídica se produce una auténtica desvinculación entre el fundador y la propia fundación pasando su control al patronato; y por otro lado vele por la realización del interés general que persigue la fundación y beneficia a la comunidad.

Por ello podríamos decir que la Administración a través del Protectorado realiza un control administrativo sobre entidades privadas de interés público.

Sin embargo, el concepto de interés general es un concepto jurídico indeterminado, dado que «no tiene un límite preciso, no traza sobre la realidad a que se refiere una línea clara»¹. La determinación del interés general se realiza por la acción de los poderes públicos a través de las normas y la aplicación e interpretación de las mismas.

En este sentido es preciso tener en cuenta que el interés general actúa no sólo como límite de los derechos o intereses legítimos de los particulares sino también como límite para la acción administrativa.

Podríamos identificar tres características del interés general: ha de ser relevante socialmente, los beneficiarios de las fundaciones deben ser colectividades genéricas de personas y la inexistencia de ánimo de lucro en las fundaciones².

De acuerdo con lo expuesto, la protección del interés general que persigue la fundación y la preservación de la voluntad del fundador dota de justificación la intervención del Protectorado. El interés general y la voluntad del fundador es la razón última de la existencia de un poder público que actúe sobre las fundaciones. Esta necesidad de procurar que el interés general promovido así como la voluntad del fundador se cumpla es el fin último del Protectorado.

«Lo cierto es que puede afirmarse que en el núcleo esencial del derecho de Fundación constitucionalmente garantizado cabe identificar la acción pública del Protectorado como un elemento no extraño al sistema»³.

Así se recoge en la exposición de motivos de la Ley catalana 21/2014, de 29 de diciembre, del protectorado de las fundaciones y de verificación de la actividad de las asociaciones declaradas de utilidad pública: «Lo que justifica la intervención de la Administración de la Generalidad por medio del Protectorado y del órgano de supervisión de las asociaciones de utilidad pública

¹ F. SAINZ MORENO, «Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad», Civitas Madrid, 1976, citado por Miguel Ángel Cabra de Luna, «La regulación y funcionamiento de las fundaciones. Las fundaciones de titularidad pública. Especial referencia a las fundaciones públicas sanitarias». *Revista Española de Control Externo*.

² Miguel Ángel CABRA DE LUNA, «La regulación y funcionamiento de las fundaciones. Las fundaciones de titularidad pública. Especial referencia a las fundaciones públicas sanitarias». *Revista Española de Control Externo*.

³ A. RUIZ OJEDA, «El protectorado de Fundaciones: situación actual y propuestas de reforma». *Manual de Fundaciones*. Civitas.

es el hecho de que todas estas entidades persiguen finalidades de interés general, circunstancia que aporta un elemento sustancial y diferenciador respecto a otras entidades privadas con intereses particulares, que tienen ánimo de lucro y están sujetas a reglas de mercado. Y de aquí proviene la relevancia de la función de dichos órganos, que, como integrantes de la Administración, deben servir con objetividad a los intereses generales, de acuerdo con los principios de eficacia, legalidad y objetividad y con pleno sometimiento a la ley y al derecho reconocido por la Constitución».

En este sentido la intervención de la Administración en la actividad fundacional «no solo se justifica en el control de la correcta aplicación de los beneficios fiscales, sino principalmente en la necesidad de garantizar que dichas entidades persigan fines de interés general. Ello habida cuenta que en la figura fundacional no existen mecanismos internos en virtud del juego de las mayorías —como ocurre en las asociaciones— que permitan el cese de los miembros del órgano de gobierno o pedir cuentas a sus gestores. De ahí la relevancia de la función del Protectorado, toda vez que como integrante de la Administración pública ha de servir con objetividad a los intereses generales, de acuerdo con los principios de eficacia, legalidad y objetividad, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho»⁴.

En esta reflexión sobre la razón de ser del Protectorado, cabe recordar también la Sentencia del Tribunal Constitucional, STC 49/1988, de 22 de marzo, en la que se señala que «la fundación nace, por tanto, de un acto de disposición de bienes que realiza el fundador, quien los vincula a un fin por él determinado y establece las reglas por las que han de administrarse al objeto de que sirvan para cumplir los fines deseados de manera permanente o, al menos, duradera. Tanto la manifestación de voluntad como la organización han de cumplir los requisitos que marquen las leyes, las cuales prevén, además, un tipo de acción administrativa (el protectorado) para asegurar el cumplimiento de los fines de la fundación y la recta administración de los bienes que la forman».

Una vez justificada la necesidad de que exista un Protectorado, podremos discutir sobre el grado de intensidad de esta intervención y el tipo de regulación que se precisa para que se mantenga el necesario equilibrio entre la libertad de actuación de las fundaciones, la iniciativa privada y el control que se ha de ejercer sobre su actuación al ser receptoras de importantes beneficios

⁴ Xabier MUÑOZ PUIG GROS, «Potestades administrativas del protectorado de fundaciones con especial referencia a la regulación de un posible régimen sancionador». *Diario la Ley* n.º 7003, septiembre 2008. La Ley.

fiscales, subvenciones y un prestigio social que hace que los ciudadanos depositen su confianza en ellas.

Esa libertad de actuación de las fundaciones «requiere un mayor margen de responsabilidad, lo que a su vez exige articular medios de control que garanticen el cumplimiento de los fines generales de acuerdo a la voluntad del fundador»⁵.

Por ello en cada época se han dotado de funciones diversas al Protectorado, desde la existencia de un poder público intervencionista y poco confiado de la labor que realizaban las fundaciones hasta corrientes que reducen al mínimo la intervención administrativa⁶.

II. Evolución de la función del protectorado

La institución del Protectorado nació de la necesidad de tutelar el interés general. Así en el caso de las fundaciones benéficas la necesidad de otorgar facultades al Estado surgió para salvar los establecimientos de beneficencia de las consecuencias de las leyes desvinculadoras y los graves problemas que generó para el país la aplicación de la misma. La Ley de beneficencia publicada el 20 de junio de 1849 reguló la acción del Estado en esta materia y de ella arranca y en ella se apoyan las sucesivas instrucciones que regulaban el Protectorado del Estado sobre los establecimientos de beneficencia.

La labor del Protectorado «comprenderá las facultades necesarias para lograr que sea cumplida la voluntad de los fundadores en lo que interese a colectividades indeterminadas», según rezaba el artículo 1 de la Instrucción aprobada por RD de 14 de marzo de 1899. En esta norma, el Protectorado se define como una garantía del cumplimiento de la voluntad de los fundadores⁷.

Desde entonces el Protectorado ha venido asumiendo una función no sólo de velar por la voluntad de los fundadores sino también de control de la entidad a fin de garantizar el cumplimiento del fin de interés general para el que nació.

⁵ José Luis PIÑAR MAÑAS citado por R. DE LORENZO GARCÍA, «Las fundaciones desarrollo reglamentario de la Ley». Dykinson.

⁶ Elixabete ETXANOBE, Discurso en Cursos de verano de la EHU-UPV, 11/07/2013

⁷ Maluquer DE MONTES, «La Fundación como persona jurídica en la Codificación Civil: De vinculación a persona (Estudio de un proceso)», citado por Alicia Lorenzo Cruz, «Algunas consideraciones jurídicas del Régimen de la Fundación». Anuario de la Facultad de Derecho, 1990.

Efectivamente, el Protectorado se configuraba como protector de la voluntad del fundador «de la cual se erige en representante *ministerium legis*, pretendiendo evitar la defraudación de la prohibición general de la constitución de nuevas fundaciones»⁸.

Sin embargo en la actualidad, las funciones del Protectorado «se plantean de una manera más amplia y más generosa. No solamente se trata de controlar o inspeccionar, sino que se trata también de ayudar, informar, arropar a las fundaciones y promover, por vía de fomento el desarrollo de sus actividades»⁹.

Pues, si bien era necesaria una especial atención que asegurara el cumplimiento de los fines de interés general para los que han sido creadas las fundaciones, también era necesario dotar al Protectorado de una función más positiva, de asesoramiento, apoyo, cooperación, ayuda...

Tras la aprobación de la Constitución Española, en cuyo artículo 34 reconoce el derecho de fundación para fines de interés general, ese rol del Protectorado como órgano meramente fiscalizador sobre la actuación de las fundaciones se ha visto modificado asumiendo un papel, «más centrado en el asesoramiento (función facilitadora) e impulso (función promotora o de publicidad y fomento) de las fundaciones que en el desarrollo de actividades de fiscalización y control». Si bien la función de control «no es inconstitucional, sino al contrario, una práctica generalizada y admitida por todos los ordenamientos, incluido el estadounidense, sobre todo respecto del cumplimiento de la legalidad vigente, particularmente en materia de fiscalidad y los posibles beneficios derivados de un tratamiento de estímulo y apoyo»¹⁰.

En relación a estas facultades de control, Garrido Falla¹¹ en un análisis sobre la naturaleza jurídica del Protectorado advirtió las diferencias entre las facultades de policía ordinaria y las del Protectorado, considerando las funciones de éste como más cercanas a la de vigilancia y sus conclusiones al respecto llegaron a recogerse en parte en la reforma de la Ley 30/1994.

⁸ Miguel Ángel CABRA DE LUNA, «La regulación y funcionamiento de las fundaciones. Las fundaciones de titularidad pública. Especial referencia a las fundaciones públicas sanitarias». *Revista Española de Control Externo*.

⁹ DEL CAMPO ARBULO, «Perspectivas de las fundaciones, Las Fundaciones y los Protectorados». Centro de Fundaciones, citado por Alicia Lorenzo Cruz, «Algunas consideraciones jurídicas del Régimen de la Fundación». Anuario de la Facultad de Derecho, 1990

¹⁰ Miguel Ángel CABRA DE LUNA, «La regulación y funcionamiento de las fundaciones. Las fundaciones de titularidad pública. Especial referencia a las fundaciones públicas sanitarias». *Revista Española de Control Externo*.

¹¹ GARRIDO FALLA, «La acción administrativa sobre la Beneficencia privada y en especial sobre las fundaciones de este carácter». Centenario Ley del Notariado, IV.

En este nuevo rol asignado al Protectorado, dicha ley —la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General— atribuía al Protectorado funciones no solo de control sino también de apoyo, impulso y asesoramiento, modernizando su perfil alejándolo de la noción de vigilancia y policía para configurarlo como facilitador y asesor de las fundaciones. Sin embargo en su desarrollo reglamentario se optó por un sistema rígido de control.

El camino abierto por la Ley 30/1994 ha sido continuado por la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones en cuya exposición de motivos se indica que «se reformulan las funciones del Protectorado, potenciando las del apoyo, asesoramiento a las fundaciones sobre las que ejerce su competencia, especialmente a las que se encuentran en proceso de constitución».

La Ley 50/2002, dio respuesta a las demandas de las propias fundaciones, «en un sentido general de superar ciertas rigideces de la anterior regulación, que, sin significar claras ventajas para el interés público, dificultaban el adecuado desenvolvimiento de la actividad fundacional».

Esta nueva regulación del derecho de fundación pretendía tres objetivos: en primer término, reducir la intervención de los poderes públicos en el funcionamiento de las fundaciones; en segundo lugar flexibilizar y simplificar los procedimientos, especialmente los de carácter económico y financiero; y por último, dinamizar y potenciar el fenómeno fundacional, como cauce a través del que la sociedad civil coadyuva con los poderes públicos en la consecución de fines de interés general¹².

En conclusión la ley actualmente vigente —la Ley 50/2002— ha permitido potenciar las funciones de asesoramiento y apoyo del protectorado, sin perjuicio de la facultad de control para garantizar el adecuado ejercicio del derecho constitucional a fundar.

Una vez analizada la evolución experimentada en las funciones otorgadas al Protectorado, interesa detenernos en exponer brevemente cómo se configura éste en otros países de nuestro entorno.

¹² Exposición de motivos de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones de competencia estatal.

III. Análisis comparado con otros países

1. Análisis de los ordenamientos jurídicos de diferentes países en materia de fundaciones

En un estudio comparado de los diferentes ordenamientos jurídicos nos encontramos con diferentes modelos jurídicos. Así, se observa que en los países con una tradición política social de corte liberal (Reino Unido, Suecia, Noruega, Holanda, Suiza, EEUU...) existe cierta libertad de creación de fundaciones mientras que en aquellos otros con una clara tradición intervencionista (como Alemania, Francia, Italia,,) la creación de una fundación no es libre, siendo necesario un acuerdo de la autoridad pública competente en esta materia¹³.

Estados Unidos: existe una enorme diversidad de clases de *nonprofit organizations* (entidades que no pueden distribuir el beneficio) y *charities* (que persiguen fines de interés general) procedente del modelo anglosajón. Suele distinguirse entre fundaciones privadas (generalmente financiados por un individuo, familia o corporación, por ejemplo la Fundación Rockefeller) y fundaciones de la comunidad o públicas, organizaciones sin fines de lucro que recaudan dinero del público en general, con un propósito de beneficencia pública (por ejemplo la Fundación Wikimedia). Las fundaciones privadas tienen más restricciones y menos beneficios fiscales que las de la beneficencia pública, las que, al mismo tiempo que están exentas de impuestos, otorgan a los donantes más control sobre el uso de sus donaciones.

En general se trata de modelos abiertos y flexibles de creación y gobierno fundacional. No obstante existe también un sistema de supervisión pública de cierta intensidad que controla el funcionamiento de estas entidades: el control de las fundaciones es ejercido en la mayoría de los Estados por el Fiscal General (que puede revisar sus cuentas, ejercer acciones ante los Tribunales...) sin olvidar el IRS, organismo similar a la AEAT española que tiene un importante papel en materia de inspección fiscal, realizando entre otras funciones, auditorías anuales.

De cualquier modo, las fundaciones en Estados Unidos presentan un notable tamaño y alcance en su actuación debido a la capacidad de la economía americana de generar riqueza, el sistema fiscal que favorece el empleo de la riqueza personal para fines caritativos y una cultura que hace énfasis en el

¹³ BADENES GASSET, citado por Miguel Ángel Cabra de Luna y Rafael de Lorenzo García, «El Protectorado». Comentarios a las leyes de fundaciones y de mecenazgo. Fundación ONCE, Iustel

logro y realización personal, pero que al mismo tiempo anima a utilizar la riqueza en beneficio de la sociedad más que para construir fortunas familiares¹⁴.

Reino Unido: el modelo anglosajón se centra en las *charity* o *charitable* del que se desarrolló el modelo americano, en las que pueden tener forma de asociación, corporación,...Se somete en su funcionamiento a una intervención pública intensa a través de la «Charity Commission».

La *Charity Commission* decide la admisión de los estatutos de la *charity* en función de los objetivos declarados por la entidad, poderes, medios y actividades. Recibido el informe favorable de la misma y de la Administración tributaria puede inscribirse en el Registro Central de las *Charities*, que no tiene carácter constitutivo sino declarativo a efectos de publicidad, si bien con dicha inscripción se obtienen los privilegios jurídicos y fiscales.

La *Charity Commission* es una institución singular regulada por la *Charities Act*, está compuesta por cinco miembros designados por el Ministerio del Interior pero ni éste ni el Parlamento puede interferir en las actuaciones y decisiones de la *Charity Commission* sobre los temas particulares que trata. Es por tanto un órgano que goza de una cierta autonomía e independencia en su actuación, siendo sólo responsable ante el High Court de sus actuaciones. No obstante puede ejercer un verdadero poder jurisdiccional a instancias del Procurador General llevando a cabo un plan de gestión que mejore el funcionamiento de una *charity*, y asimismo puede nombrar y relevar nuevos administradores de una *charity* en caso de malversaciones o graves problemas de su gestión.

Es la encargada de tener un Registro General de *Charities*, posee un poder general de información sobre el funcionamiento de las *charities*¹⁵, analiza las cuentas anuales, autoriza las transacciones inmobiliarias y mobiliarias entre *charities* y realiza un papel de asesoramiento con respecto a los gestores de dichas entidades.

Ejerce no sólo un control de legalidad sino también un control de oportunidad: trata de medir la eficacia de las *charities*, el nivel de confianza que

¹⁴ OCDE. Fundaciones Filantrópicas y Cooperación al Desarrollo. Extracto del Diario del CAD (Comité de Ayuda al Desarrollo) de 2003, Volumen 4, N.º 3, <https://www.oecd.org/dac/stats/31670558.pdf>.

¹⁵ El Directorio de Fundaciones de la «Charities Aid Foundation» incluye alrededor de 2500 organizaciones distribuidoras de fondos, con activos de casi 2 billones de dólares. 571 millones de libras esterlinas se atribuyen mediante subvenciones en las áreas de salud y medicina principalmente, luego juventud, humanidades y ayuda a ciertos sectores sociales. Un caso interesante son las fundaciones comunitarias (*community trusts*), creadas por iniciativa mixta pública/privada, algunas de las cuales continúan siendo financiadas mayoritariamente por el gobierno.

generan en la opinión pública, 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 sociedad¹⁶.

Dinamarca: Una de las características del sistema danés es el importante número de fundaciones existentes: 10.300 en 1986. Una de las razones es el capital relativamente bajo que se aporta. Numerosas empresas han creado fundaciones autónomas; otras han atribuido a fundaciones la totalidad o una parte de su patrimonio industrial, lo cual les permite contar con elevados ingresos (por ejemplo la Fundación Egmont H. Petersen, creada en 1920, que recibió de su fundador un grupo de imprentas y de editoriales que la fundación ha desarrollado ampliamente).

Alemania: en el sistema alemán la competencia legislativa corresponde a los *Länder* aunque deben respetar lo establecido en el Código civil alemán. Las fundaciones alemanas son herederas de la tradición histórica en la que «desde la Edad Media, la Iglesia y la Nobleza adoptaron esta forma jurídica para poner su patrimonio al abrigo de las requisas que ejercían y acordaban los Príncipes alemanes»¹⁷.

Actualmente han adquirido gran importancia las llamadas «fundación-empresa», fundaciones para coordinar la gestión y el control de un grupo de empresas (como por ejemplo la Fundación Volkswagen, la Fundación Bosch...). Existen también otros tipos de fundaciones como las fundaciones Trust, fundaciones públicas sujetas al derecho privado, fundaciones institucionales, fundaciones corporativas, fundaciones comunitarias, fundaciones familiares, fundaciones públicas, fundaciones operativas, ...

Las fundaciones alemanas son básicamente organizaciones privadas pues aunque existen fundaciones públicas éstas se rigen por las mismas normas que las que las privadas¹⁸ y se encuentran bajo la tutela administrativa que controla el interés público, estando las autoridades competentes facultadas incluso para transformar el fin de la fundación.

Aunque cada *Länder* establece su regulación normativa, en términos generales, la intervención administrativa de las fundaciones se dirige a realizar

¹⁶ Carlos PARAMÉS MONTENEGRO, «Diversidad de fundaciones en Europa». Anuario de Derecho de Fundaciones, 2011. Asociación Española de Fundaciones. Iustel.

¹⁷ Miguel Ángel CABRA DE LUNA y Rafael DE LORENZO GARCÍA, «Comentarios a las Leyes de fundaciones y de mecenazgo», Fundación ONCE. Iustel.

¹⁸ En 1988, la República Federal de Alemania contaba con 5.030 fundaciones privadas, un quinto de las cuales se encontraban en Nordrhein-Westfalden, comparado con 471 fundaciones financiadas con fondos públicos.

un control jurídico para garantizar la conformidad con el ordenamiento jurídico y evitar todo perjuicio a la fundación, así como sobre los aspectos contables aunque su actuación es *a posteriori* con lo que se reduce el intervencionismo público de manera notable.

Italia: el elemento diferenciador del sector fundacional italiano está constituido por las fundaciones de origen bancario que nacen a partir de las Cajas de Ahorros. En la última década del siglo xx, se optó por transformar el sector bancario administrado por el Estado en fundaciones bancarias, que no podían ejercitar directamente actividad bancaria y sus dividendos debían ser renta instrumental de una actividad institucional que tenga fines de interés público y utilidad social. En la Ley 41 de 1998 se ratifica la idea según la cual estas fundaciones debían operar en el mundo *non-profit* pero conservando una cierta vocación económica¹⁹.

Las fundaciones bancarias italianas deben actuar sólo en un número limitado de sectores que previamente hayan escogido. Asimismo 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 es el Ministerio de Economía.

En Italia hay también grandes fundaciones privadas como la Fundación Adriano Olivetti, ligada a la famosa marca comercial, la Fundación Agnelli, la Cariplo, la Accenture,....., dedicadas a fines diversos.

Francia: El grado de intervención en el sistema francés es intenso. La fundación es considerada como un establecimiento privado dotado de personalidad jurídica en virtud de un acto de poder público que tiene por objeto la realización de la obra concebida por el fundador en la aplicación de los recursos provenientes principalmente del capital constituido por el mismo y administrado por un Consejo de administración cuya composición está establecida en los estatutos²⁰.

La autoridad administrativa impone, incluso, entre varias propuestas, los modelos de sus estatutos, lo que muestra que las fundaciones se conciben como una institución de derecho privado sujeta a una rigurosa tutela administrativa. Asimismo es precisa la autorización administrativa para enajenar bienes de la dotación y para modificar los estatutos de la fundación.

¹⁹ Carlos PARAMÉS MONTENEGRO, «Diversidad de fundaciones en Europa». Anuario de Derecho de Fundaciones, 2011. Asociación Española de Fundaciones. Iustel.

²⁰ Miguel Ángel CABRA DE LUNA y Rafael DE LORENZO GARCÍA, «Comentarios a las Leyes de fundaciones y de mecenazgo». Fundación ONCE. Iustel

Existen en Francia tres tipos principales de fundaciones²¹:

1. Las fundaciones de reconocida utilidad pública que son creadas por un individuo, una familia, asociación, grupo de personas... pero hace falta un Decreto del Ministerio del Interior con el informe favorable del Consejo de Estado para su reconocimiento de utilidad pública y de personalidad jurídica. Asimismo se precisa una importante dotación inicial y están sometidas a una amplia tutela administrativa. Pueden recibir subvenciones, donativos ayudas, recurrir a la filantropía. Además cuando realiza determinados actos jurídicos como la enajenación o gravamen de bienes de la dotación, precisa el consentimiento público.

2. Las fundaciones tuteladas: creadas en el seno de la Fundación de Francia u otras fundaciones tutelares. La tutelada no tiene personalidad jurídica y la tutelar gestiona sus presupuestos. Son fundaciones subordinadas, de segundo nivel, aunque activas en temas relacionados con el patrimonio cultural y el medio ambiente.

3. La fundación-empresa puede ser constituida por las sociedades civiles o comerciales, las cooperativas y las mutuas, entre otras entidades. El objeto de estas fundaciones es permitir realizar acciones temporales de mecenazgo por sociedades mercantiles con medios financieros más débiles que los de las fundaciones tradicionales. La diferencia con las fundaciones ordinarias consiste en que en ellas se puede utilizar no solo los rendimientos de la dotación inicial para realizar las actividades previstas sino también la dotación misma. Esta se compone de aportaciones periódicas de los fundadores. Su rasgo caracterizador es su programa de actuación plurianual de duración determinada (mínimo cinco años), que ha de tener un importe mínimo de 150.000 €, que debe aportar la empresa fundadora repartidos en el tiempo que dure el programa. No pueden recurrir a la generosidad pública ni recibir ayuda pública del Estado ni donativos o legados.

Caso significativo de fundación de utilidad pública es la Fundación de Francia, establecida por el gobierno francés en un esfuerzo para estimular y fomentar el crecimiento de la filantropía privada y fundaciones privadas. Su origen se encuentra en los años 60, en que el Gobierno Francés inició una investigación para averiguar las razones del escaso desarrollo de la filantropía en Francia en comparación con otros países. El Presidente Charles de Gaulle y el Ministro de Cultura, André Malraux, crearon en 1969 la Fundación de

²¹ Carlos PARAMÉS MONTENEGRO, «Diversidad de fundaciones en Europa». Anuario de Derecho de Fundaciones, 2011. Asociación Española de Fundaciones. Iustel.

Francia como una «gran fundación» que sirviera como catalizador e intermediario entre el gobierno y la filantropía privada.

La Fundación de Francia, con sede en París, obtiene fondos directamente del público, hace donaciones a actividades altruistas de interés público, ofrece asistencia técnica para constituir asociaciones altruistas y subvenciona la investigación de la filantropía privada. Actúa como una fundación paraguas que administra, gestiona, tutela y se ocupa de numerosas fundaciones tuteladas, pues debido al importante capital que se requiere para la constitución de una fundación de utilidad pública o fundaciones-empresa, el número de fundaciones en Francia es relativamente pequeño, siendo mayor el número de fundaciones tuteladas.

Otra figura, semejante a las fundaciones que desde el 2008 en que fue creada hasta ahora ha crecido de forma espectacular son los «fondos de dotación». Su definición es muy parecida a la de 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 el fin lucrativo». Se crean por una o más personas físicas o jurídicas con un procedimiento muy sencillo. No se fija una cantidad mínima a esas dotaciones, tienen máxima libertad de creación, finalidad de interés general y anualmente tienen que presentar cuentas. Se rigen por un Consejo de administración y tienen un comisario de cuentas que vigila directamente el funcionamiento del fondo²².

2. *Análisis de los modelos de fundaciones predominantes en los diferentes países*

Para completar este análisis comparado sobre la regulación de las fundaciones y la autoridad supervisora de las mismas, debe distinguirse distintos tipos de fundaciones, según el origen de los fondos, el modo de funcionamiento y la capacidad legal, a saber:

—Fundaciones *grant-marking*: se trata de una fundación patrimonial que tiene unos recursos importantes, se financia principalmente de las rentas de esos recursos y su actividad principal es la concesión de ayudas a terceros.

²² Carlos PARAMÉS MONTENEGRO, «Diversidad de fundaciones en Europa». Anuario de Derecho de Fundaciones, 2011. Asociación Española de Fundaciones. Iustel.

—Fundación operacional: no suelen tener un gran patrimonio y gestionan actividades, proyectos, programas, centros o actividades propias.

—Fundación comunitaria, en la que una institución local es la que colecta y distribuye fondos en una zona geográfica delimitada.

—Fundación de empresa, en la que el mecenazgo se realiza a través de este marco legal.

—Fundación albergada o tutelada: que se encuentra incorporada a otra fundación que la tutela (fundación paraguas) y se encuentra habilitada legalmente para realizar esta función.

Atendiendo a la tipología de fundaciones predominantes, Helmut Anheir²³ realiza la siguiente clasificación según los modelos seguidos por los distintos países:

—El modelo social-democrático seguido por los países nórdicos, en los que se dispone de un número elevado de fundaciones, de las cuales la mayoría son fundaciones operativas, y las fundaciones *grant-marking* son, fundamentalmente, las de las grandes empresas.

—El modelo centrado en el Estado, como en el caso de Francia, Bélgica, Luxemburgo, en el que el número de fundaciones es reducido y el Estado ejerce una intensa facultad de supervisión y control, hay pocas fundaciones *grand-marking*, y algunas de ellas actúan como fundaciones paraguas.

—El modelo corporativo, como Alemania, Holanda, Austria u Suiza, que funciona sobre el principio de subsidiaridad, y en el que no existen muchas fundaciones *grant-marking* aunque sí muchas fundaciones mixtas en las que destinan una parte de sus recursos a subvencionar las necesidades de terceros (por ejemplo concediendo ayudas o becas) y con la otra parte realizan proyectos propios.

—El modelo liberal del Reino Unido, en el que las fundaciones tienen una enorme importancia. En Gran Bretaña existen pocas fundaciones operativas y predominan las fundaciones *grant-marking*, con una larga historia y una gran independencia.

—El modelo periférico es el seguido por Irlanda y Grecia, en el que hay pocas fundaciones, proveen servicios compensando las limitaciones del sector público y tienen vínculos históricos complejos con la religión dominante.

²³ Se sigue en este punto la exposición realizada por Carlos PARAMÉS MONTENEGRO, «Diversidad de fundaciones en Europa». Anuario de Derecho de Fundaciones, 2011. Asociación Española de Fundaciones. Iustel.

—El modelo mediterráneo, en el que se incluye a España, Italia, Portugal y Turquía, donde el sector fundacional tiene una importancia media encontrándose en fase de crecimiento.

—Finalmente, el modelo post-estatal, propio de la Europa Central y del Este, en el que las fundaciones tienen una importancia media, hay pocas *grant-making* nacionales, y tenían gran peso las fundaciones extranjeras.

Una vez analizado el escenario fundacional existente en los países de nuestro entorno, a continuación nos centraremos en nuestro país, España, y la configuración que en las distintas Comunidades Autónomas muestra la figura del Protectorado de fundaciones.

IV. El protectorado en las diferentes Comunidades Autónomas

Los Estatutos de autonomías de las Comunidades Autónomas asumieron competencias en materia de fundaciones respecto de aquellas que desarrollan principalmente sus funciones en sus respectivos territorios. En este sentido el Tribunal Constitucional en su STC 341/2005 de 21 de diciembre, afirma que al tratarse de una materia que no figura en los listados de los artículos 148.1 y 149.1 de la Constitución Española, la consagración del derecho de fundación en su artículo 34 no es norma atributiva de competencias, sino que debe acogerse en los respectivos Estatutos de autonomía²⁴.

La competencia estatal se limita a la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho de fundación, y a la competencia para disciplinar el régimen jurídico de las fundaciones en los aspectos civiles, mercantiles y procesales.

En concreto, el artículo 34.1 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones, «el Protectorado velará por el correcto ejercicio del derecho de fundación y por la legalidad de la constitución y funcionamiento de las fundaciones», es legislación básica según señala la disposición final primera de la citada ley por lo que constituye «las condiciones básicas para el ejercicio del derecho de fundación reconocido en el artículo 34, en relación con el 53, de la Constitución, y son de aplicación general al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.1.^a de la Constitución».

²⁴ J. BERMEJO LATRE, «La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de fundaciones». Tratado de Fundaciones. Aranzadi Thomson-Reuters.

En consecuencia en el desarrollo legislativo y reglamentario en materia de fundaciones que han realizado algunas Comunidades Autónomas (Andalucía, Aragón, Asturias, Baleares, Canarias, Castilla y León, Cataluña, Galicia, La Rioja, Madrid, Navarra, País Vasco y Comunidad Valenciana) deben respetar la existencia de la función del Protectorado sobre las fundaciones que desarrollan su actividad en el territorio autonómico.

1. *Modelo de organización del Protectorado*

Por lo que se refiere al modelo de organización del Protectorado autonómico, existe plena libertad de actuación. En este sentido existen distintas alternativas:

—Por un lado, un Protectorado único, que ofrece como ventaja la unidad de criterio en su actuación y la consecuente seguridad jurídica al ser un único órgano el que emite las resoluciones correspondientes. Asimismo permite una más racional utilización de los recursos materiales y humanos de las administraciones públicas y elimina el peregrinaje de tener que identificar el órgano al que corresponda el Protectorado en función de los fines perseguidos por la fundación.

—Por otro, un Protectorado múltiple, que permite la especialización al entender que los organismos administrativos más cercanos a los fines fundacionales pueden ejercer en mejores condiciones las funciones del Protectorado, especialmente las de asesoramiento.

Tras un análisis pormenorizado del modelo organizativo del Protectorado adoptado por las diferentes Comunidades Autónomas, podemos deducir lo siguiente:

—En la mayor parte de las Comunidades Autónomas existe un Protectorado autonómico único; tal es el caso de Andalucía, Aragón, Canarias, Cantabria, Castilla la Mancha, Castilla y León, Cataluña, Valencia, Extremadura País Vasco y La Rioja.

En cuanto al órgano administrativo en el que se ubica este Protectorado único, de forma mayoritaria lo hace en la Consejería de Presidencia con las distintas denominaciones que recibe en las diferentes Comunidades Autónomas (Presidencia; Presidencia y Justicia; Presidencia, Justicia e Igualdad; Presidencia y Administraciones Públicas,...). En otros casos, el Protectorado de Fundaciones se incardina en la Consejería de Justicia (como en las Comunidades Autónomas de Andalucía, Cataluña, Valencia), y en algún supuesto en la de Hacienda y administración pública (Extremadura).

Las ventajas que ofrece el modelo de Protectorado único respecto a la existencia de varios protectorados, en lo que se refiere a la uniformidad de criterios y concentración de los recursos personales y materiales disponibles explica que algunas comunidades autónomas, hayan cambiado de modelo de organización administrativa.

Así, en la Comunidad Autónoma de Andalucía, existió un Protectorado múltiple hasta el año 2008 en el que el Decreto 32/2008, de 5 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía acuerda su unificación. En la exposición de motivos de la norma citada se señala que «hay que destacar en el capítulo VII la regulación del Protectorado de Fundaciones de Andalucía, como órgano administrativo de asesoramiento y apoyo técnico de las fundaciones, que queda configurado como único sustituyendo a los diversos Protectorados actualmente existentes y como órgano de control de legalidad...».

—En otras Comunidades Autónomas, existen múltiples Protectorados como en Asturias, Galicia, Navarra, Región de Murcia y Baleares en donde el Protectorado se atribuye a la Consejería cuyas competencias estén relacionadas con los fines de la fundación autonómica.

Caso curioso es el de la Comunidad de Madrid, en el que el Decreto 20/2002, de 24 de enero, por el que se regula el Registro de Fundaciones de la citada Comunidad, establece en su disposición adicional segunda un Protectorado único, si bien en la disposición transitoria tercera prevé que hasta que se implante el mismo las fundaciones se adscribirán según su fin prevalente al Protectorado de la Consejería que corresponda por razón de la materia, existiendo en el momento presente principalmente dos Protectorados ubicados en las Consejerías con competencias en materia de política social y sanidad.

La opción seguida por la Comunidad de Madrid de un Protectorado único se justifica en la exposición de motivos de la norma mencionada «tanto porque facilita la especialización en las tareas de apoyo y control que le corresponden, como porque asegura una homogeneidad de criterios en el ejercicio de sus funciones, con independencia del sector de actividad donde operen las fundaciones. No obstante, transitoriamente, hasta que pueda implantarse efectivamente el Protectorado único, las fundaciones se adscribirán, según su fin prevalente, al Protectorado de la Consejería que corresponda por razón de la materia». Esperemos que pueda implantarse el Protectorado único próximamente.

En el cuadro que se expone a continuación, se intenta recoger de forma sistemática el modelo organizativo adoptado por cada Comunidad Autónoma y la Consejería en la que se ubica el Protectorado.

	PROTECTORADO	Consejería
ANDALUCÍA	Único	Justicia e interior
ARAGÓN	Único	Presidencia
ASTURIAS	Múltiple	Educación y cultura; Servicios y derechos sociales; Empleo, industria y turismo
BALEARES	Múltiple	La Consejería competente según el fin fundacional
CANARIAS	Único	Presidencia, justicia e igualdad
CANTABRIA	Único	Presidencia y justicia
CASTILLA Y LEÓN	Único	Presidencia
CASTILLA-LA MANCHA	Único	Hacienda y administraciones públicas
CATALUÑA	Único	Justicia
EXTREMADURA	Único	Hacienda y administración pública
GALICIA	Múltiple	La Consejería competente según el fin fundacional
LA RIOJA	Único	Políticas sociales, familia, igualdad y justicia
MADRID	Múltiple transitorio	La Consejería competente según el fin fundacional *
MURCIA	Múltiple	La Consejería competente según el fin fundacional **
NAVARRA	Múltiple	Los Departamentos según los fines fundacionales
PAÍS VASCO	Único	Administración pública y justicia
VALENCIA	Único	Justicia, administración pública, reformas democráticas y libertades publicas

* Consejería de Sanidad; Consejería de Políticas sociales y familia.

** Consejería de Cultura y turismo; Consejería de Educación, formación y empleo.

A la vista de lo expuesto puede concluirse que el modelo más común es el de un Protectorado único ubicado en la Consejería de Presidencia y/o Justicia, si bien existen, como hemos visto, otras modalidades organizativas.

2. *Relación entre el Protectorado y Registro autonómicos*

En cuanto a la vinculación entre el Protectorado y el Registro autonómicos, también merece atención especial algunas de las fórmulas empleadas:

—En la mayor parte de las ocasiones, Protectorado y Registro son diseñados como funciones diferenciadas que son desarrolladas en la misma Consejería, tanto si se trata de un Protectorado y Registro únicos (Andalucía, Aragón, Canarias, Cantabria, Castilla y León, Castilla La Mancha, Cataluña, Valencia), como si son varios Protectorados y Registros (Asturias).

—En otras ocasiones, más minoritarias, el Protectorado y Registro se encuentran ubicados en Consejerías diferentes de la Administración autonómica (Comunidad de Madrid, Región de Murcia).

—En varias Comunidades Autónomas se otorga al Protectorado la función de «llevar el Registro de fundaciones» como es el caso de Cataluña (art. 336-2 del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña), la Comunidad Valenciana (art. 29 de la Ley 8/1998, de 9 diciembre modificada por l Ley 9/2008, de 3 de julio) y el País Vasco (art. 36 de la Ley 12/1994, de 17 de junio).

—Un caso especial lo constituye el de la Comunidad Autónoma de Castilla y León. En la exposición de motivos del Decreto 63/2005, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de Castilla y León explica por qué se decidió «unificar en un solo órgano el ejercicio de todas las funciones y facultades de que dispone la Administración de Castilla y León en materia de fundaciones. Se pretende con ello facilitar en la mayor medida posible las relaciones del sector con la Administración, eliminando multitud de trámites y ofreciendo un interlocutor único, con lo que ello significa en orden a la unidad de criterio y a la posibilidad de instrumentar medidas de apoyo, asesoramiento y colaboración mucho más eficaces y de más fácil acceso para todos. La medida ha planteado innumerables dificultades técnicas para coordinar la diferente naturaleza de las funciones de Protectorado y de Registro en procedimientos unificados, pero se ha conseguido dar una respuesta satisfactoria que, sin duda, posibilitará la aplicación práctica de los principios que inspiran la Ley 13/2002, de 15 de julio, de Fundaciones de Castilla y León».

Como puede observarse, el supuesto más habitual es que Protectorado y Registro se ubiquen en la misma Consejería con el fin de facilitar las relaciones entre ellos, pudiendo tratarse de órganos diferentes, dependientes o unificados según los distintos modelos organizativos que hemos expuesto.

3. Funciones encomendadas al Protectorado autonómico

Por lo que se refiere a las funciones encomendadas al Protectorado, aquellas Comunidades Autónomas que poseen competencia legislativa en materia de fundaciones han aprobado su correspondiente ley y reglamento de fundaciones. En algunas de ellas, la regulación autonómica seguida se asemeja a la normativa estatal, en otras presenta diferencias notables. Si bien una exposición pormenorizada de la legislación autonómica excedería el objeto del presente estudio, no obstante se procederá a continuación a poner de relieve alguna de las características o funciones que se otorgan a los protectorados autonómicos, no contempladas a nivel estatal, que muestran el diferente grado de intensidad con la que se configura la función del Protectorado:

En la *Comunidad Autónoma de Navarra* la función del Protectorado presenta un muy reducido grado de intervención, justificado por su propia especialidad foral. La inscripción registral no es un elemento constitutivo de la personalidad jurídica de la fundación, por lo que no es obligatoria salvo cuando la fundación quiera optar a los beneficios fiscales, en cuyo caso debe estar inscrita en el Registro de fundaciones dependiente del Departamento de Presidencia y función pública. Es en el momento de la inscripción registral cuando a la fundación se le asigna un Protectorado en función de los fines recogidos en sus estatutos. Dicho Protectorado ejerce únicamente una función de asesoramiento y apoyo. El control económico financiero de la fundación lo realiza el Departamento de Economía y hacienda, al que deben presentar las cuentas anuales y es el competente para otorgar y retirar el régimen tributario especial a las fundaciones que deseen disfrutar del mismo.

La Ley Foral prohíbe asimismo la retribución por la fundación a los patronos, para aquellas fundaciones que deseen disfrutar de los beneficios fiscales.

En consecuencia, en Navarra, sólo las fundaciones que desean acceder a ese régimen tributario especial entran en la esfera de la intervención administrativa, que se ejerce a modo de asesoramiento por el Protectorado mientras que las facultades de control se encuentran atribuidas al Departamento de Economía y hacienda.

En la *Comunidad Autónoma del País Vasco*, la Ley 12/1994, de 17 de junio, implantó un Protectorado ágil y moderno diseñándolo como órgano de

asesoramiento, apoyo técnico y control de las fundaciones que facilitará y promoverá el recto ejercicio del derecho fundacional.

Posteriormente el Decreto 100/2007 de 19 de junio por el que se aprueba el Reglamento del Protectorado de Fundaciones del País Vasco y el Decreto 101/2007 de 19 de junio por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones del País Vasco provoca un cambio de paradigma unificando la actividad de los órganos de Registro y Protectorado atribuyendo al Protectorado la llevanza del Registro de fundaciones, estableciendo así una pertenencia del Registro al ámbito del Protectorado. Estableció una novedosa regulación de las funciones del Protectorado sobre la verificación de las actividades de las fundaciones que pretende ser respetuosa con su autonomía de funcionamiento pero a la vez eficaz en la salvaguarda del interés general al que las fundaciones están afectas²⁵.

Un mayor grado de intervención por el Protectorado se observa en la *Comunidad Autónoma de Andalucía*, en cuyo artículo 42.2 del Decreto 32/2008, faculta al Protectorado cuando sea indispensable para el ejercicio de sus funciones, a «realizar las visitas de comprobación, verificación o requerimientos de comparecencia de los miembros de los órganos de gobierno de la fundación, que deberán prestar en todo momento colaboración para el normal desarrollo de dichas funciones».

En esta misma línea, la *Comunidad Autónoma de la Rioja*, establece en su artículo 46. E de su Ley de Fundaciones de 2007 las mismas facultades de comprobación en la sede fundacional, siempre previa conformidad del Patronato de la Fundación.

En la *Comunidad Autónoma de Canarias*, se concibe el Protectorado como «el órgano administrativo competente para preservar la finalidad de interés general que fundamenta el reconocimiento y protección legal de estas entidades. En esta función tutelar, la propia Ley Territorial guarda un delicado equilibrio entre el respeto a la iniciativa particular que dinamiza el funcionamiento de estas instituciones y los controles administrativos necesarios para que los recursos públicos de que disfrutan, por vía de transferencias o de bonificaciones fiscales, sean aplicados adecuadamente»²⁶.

Este Protectorado se organiza en tres niveles: un primer nivel, el Pleno, con funciones generales y de la mayor responsabilidad, en el que se integran todos los órganos administrativos que, directa o indirectamente, puedan estar

²⁵ Elixabete ETXANOBE, Curso de verano de la EHU-UPV. San Sebastián 11 julio 2013.

²⁶ Decreto 188/1990, de 19 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento del Protectorado de las Fundaciones Canarias.

relacionados con la naturaleza, funcionalidad y finalidades de las fundaciones; un segundo nivel, la Comisión Ejecutiva, de responsabilidades gestoras, con composición reducida a efectos de una mayor operatividad, y un tercer nivel, el Consejo Asesor, de naturaleza consultiva, mediante el cual se da participación al sector afectado.

En particular se le otorgan a la Comisión Ejecutiva distintas facultades como la realización de visitas de inspección o requerimientos de documentación o de comparecencia de los miembros de los órganos de gobierno y dirección para investigar el cumplimiento de los fines fundacionales y la diligente administración de los bienes patrimoniales (art. 29), o la facultad para promover la extinción de la fundación, que resolverá el Pleno oído el Patronato de la fundación (art. 23).

El mayor grado de intensidad en la intervención del Protectorado corresponde a la *Comunidad Autónoma de Cataluña*. Inicialmente en dicha Comunidad se regulaban unas competencias muy básicas del Protectorado en el Código Civil catalán de 1982. Tras la aprobación de la Ley 4/2008, de 24 de abril que modifica el Libro Tercero del Código Civil se recogió en el Capítulo VI, entre otras medidas, el cierre parcial registral en caso del incumplimiento del deber de no presentación de las cuentas y la imposibilidad de obtención de subvenciones ni ayudas de la Administración de la Generalidad. Asimismo la disposición transitoria cuarta del libro tercero del Código Civil de Cataluña definió una serie de funciones, entre otras la potestad inspectora, que correspondían a este órgano mientras el Parlamento no aprobase una ley del Protectorado.

La Ley 21/2014, de 29 de diciembre, del protectorado de las fundaciones y de verificación de la actividad de las asociaciones declaradas de utilidad pública ha dotado al Protectorado de instrumentos normativos para contribuir a un funcionamiento más ágil de las fundaciones así como para aumentar su efectividad, así como «garantizar el uso y la destinación correctos de las ayudas y subvenciones públicas que a menudo perciben las entidades sin afán de lucro, así como de los fondos procedentes de la captación ciudadana y de los provenientes del mecenazgo privado. A tal fin, la presente ley articula una serie de medidas de fomento de los controles internos de las entidades y de responsabilidad de los patronos, y otras medidas que pretenden establecer una cultura de transparencia y regularidad de actividades en garantía de los financiadores públicos y privados de las actuaciones de estas entidades»²⁷.

²⁷ Exposición de motivos de la Ley 21/2014, de 29 de diciembre, del protectorado de las fundaciones y de verificación de la actividad de las asociaciones declaradas de utilidad pública.

Dicha ley incorpora dos nuevas potestades del Protectorado: la inspectora y la sancionadora.

La primera, ya recogida en la modificación del Libro Tercero del Código Civil del 2008 requería su desarrollo por una ley del protectorado. Esta función pretende velar por el recto ejercicio del derecho de fundación y por el mantenimiento de los requisitos en que se fundamenta la declaración de utilidad pública. Para ello, se contempla la posibilidad de aprobar un plan anual de las actuaciones inspectoras de acuerdo con criterios objetivos²⁸.

La segunda tiene como finalidad actuar «como mecanismo disuasivo de las conductas contrarias a las obligaciones administrativas y como medida generadora de confianza para quienes contribuyen a la financiación de estas entidades». Se tipifican las conductas infractoras en que más a menudo se aprecia que incurren las entidades «para evitar el uso de mecanismos de intervención más agresivos»²⁹.

Una vez analizado los diferentes modelos organizativos que sobre el Protectorado y sus funciones diseñan los diferentes sistemas autonómicos, nos centraremos en organización del Protectorado en la Administración General del Estado para aquellas fundaciones que realicen sus actividades en el territorio nacional o de más de una Comunidad Autónoma.

V. El protectorado único en la Administración General del Estado

Por lo que se refiere a la organización del Protectorado de las fundaciones de competencia estatal, la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, delegó al desarrollo reglamentario lo relativo a la forma en que debía configurarse, de tal manera que la actual ley permitía tanto la existencia de un único protectorado como de varios protectorados en la Administración General del Estado.

Esta segunda opción es la que adoptó el Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal, al disponer que el protectorado fuera ejercido a través de los

²⁸ «La Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas en el ejercicio de sus funciones de protectorado aprobó un plan de inspección de fundaciones para 2009 que selecciona entre las causas la no presentación de cuentas durante los dos últimos ejercicios». Marc-R. LLOVERAS FERRER, «El protectorado de fundaciones en el Código Civil de Cataluña». *Revista para el análisis del Derecho*.

²⁹ Exposición de motivos de la Ley 21/2014, de 29 de diciembre, del protectorado de las fundaciones y de verificación de la actividad de las asociaciones declaradas de utilidad pública.

departamentos ministeriales que poseían atribuciones vinculadas con los fines fundacionales, tal y como aparecían descritos en los estatutos de la fundación.

En consecuencia, en la Administración General del Estado existían hasta siete Protectorados, cada uno de los cuales realizaba las funciones correspondientes sobre las fundaciones a él adscritas en función de los fines por ésta perseguidos. Algunos de los Departamentos Ministeriales en los que se llevaban a cabo tareas de protectorado, disponían asimismo de los correspondientes Registros en los que se inscribían los actos correspondientes a tales fundaciones.

La Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA), incluyó entre sus medidas (la n.º 1.02.003) la implantación de un único Registro de Fundaciones y un único Protectorado de competencia estatal para las fundaciones que desarrollaban su actividad en todo el territorio del Estado o principalmente en el territorio de más de una Comunidad Autónoma.

Dicha medida pretendía hacer frente a la dispersión de recursos humanos, materiales y de conocimiento administrativo sobre el sector fundacional al existir, como ya se ha señalado siete Ministerios que dedicaban recursos a las tareas de Registro y Protectorado de Fundaciones:

Ministerio	N.º Fundaciones inscritas*	Funciones que ejerce
Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.	2.544	PROTECTORADO ** REGISTRO
Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.	1.353	PROTECTORADO REGISTRO
Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente.	149	PROTECTORADO REGISTRO
Ministerio de Empleo y Seguridad Social	44	PROTECTORADO REGISTRO
Ministerio de Industria, Energía y Turismo.	32	PROTECTORADO
Ministerio de Fomento.	13	PROTECTORADO REGISTRO
Ministerio de Justicia.	1	PROTECTORADO

* Con anterioridad a la implantación del Registro y Protectorado únicos.

** También ejercía por delegación las funciones de protectorado del Ministerio de Economía y Competitividad

Consecuentemente, la implantación de un único Protectorado dentro de la Administración General del Estado perseguía una utilización más eficiente de los recursos materiales y humanos al concentrar unidades dispersas de los citados Ministerios en un único órgano, y eliminar las dificultades que los ciudadanos o personas jurídicas encuentran en su relación cotidiana con la administración, habida cuenta de las diferencias de criterios y prácticas entre los distintos órganos gestores.

En este mismo sentido, el Consejo Económico y Social en el informe emitido en sesión ordinaria del Pleno el 24 de septiembre de 2014, en relación al anteproyecto de Ley de Fundaciones, valoró entre los aspectos positivos que aportaba la norma proyectada, «la puesta en funcionamiento del Registro de Fundaciones, como un registro único en el que estarán inscritas todas las fundaciones que desarrollen su actividad en el territorio del Estado español, así como la unificación del Protectorado de las fundaciones de competencia estatal en un único órgano de la Administración General del Estado. A juicio de este Consejo, ambas medidas contribuirán a mejorar la gestión de las fundaciones y a salvaguardar el fin de interés general al que sirven. En efecto, resulta innegable la potencial contribución de estos instrumentos a la mejora de la certeza, la claridad y la seguridad en la promoción y la actividad de las fundaciones».

Para la puesta en marcha del Protectorado único y el Registro de fundaciones de competencia estatal en la Administración General del Estado se adoptaron las siguientes medidas legislativas:

- Por un lado, la modificación del artículo 34.2 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones realizada a través de la disposición final cuarta de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público: «Las funciones de Protectorado respecto de las fundaciones de competencia estatal serán ejercidas por la Administración General del Estado a través de un único órgano administrativo, en la forma que reglamentariamente se determine».

- Por otro, la aprobación del Real Decreto 1066/2015, de 27 de noviembre, por el que se modifica el Real Decreto 257/2012, de 27 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, que atribuyó a la Secretaría General Técnica del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, a través de la Subdirección General de Fundaciones, el ejercicio de las funciones del Protectorado de las fundaciones de competencia estatal, sin perjuicio de lo establecido en la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias.

- Asimismo, se aprobó la Orden PRE/2537/2015, de 26 de noviembre, por el que se dispone la entrada en funcionamiento y la sede del Registro de Fundaciones de Competencia Estatal, el cual depende orgánicamente del Ministerio de Justicia y está adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Por lo que se refiere al Protectorado único, aunque se mantenga el protectorado de las fundaciones bancarias en el Ministerio de Economía, por la especificidad de este tipo de fundaciones, la implantación del mismo dentro de la Administración General del Estado para las fundaciones constituidas al amparo de la Ley 50/2002, está permitiendo:

—La utilización más eficiente de los recursos materiales y humanos al concentrar unidades dispersas en los citados Ministerios en un único órgano.

—La eliminación de las dificultades que los ciudadanos o personas jurídicas encontraban por la dispersión administrativa y la diferencia de criterios y prácticas de las diferentes unidades.

—Una unidad de criterios y prácticas en el órgano gestor.

—La centralización de datos e información sobre las fundaciones.

—El tratamiento informatizado de los datos (anteriormente sólo algunos Ministerios utilizaban alguna aplicación informática).

—La mejora en el acceso electrónico por los ciudadanos (pues no todos los Ministerios tenían incorporado estos trámites en su sede electrónica).

No obstante, la existencia de un Protectorado y un Registro ubicados en distintos Departamentos Ministeriales, obliga a incorporar un nuevo modelo de relación entre ambos organismos a fin de facilitar la gestión de las solicitudes y procedimientos en los que participan ambos, facilitando la comunicación del sector con la Administración. A estos efectos se ha firmado un Acuerdo entre el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte para definir los procedimientos administrativos y coordinar los portales web institucionales y sedes electrónicas, a fin de facilitar y agilizar la tramitación de las solicitudes que las fundaciones y ciudadanos presentan ante la Administración General del Estado.

En conclusión la implantación de un Protectorado único en la Administración General del Estado ha sido un importante avance en la unificación de criterios y utilización más eficiente de los recursos humanos y materiales existentes. Ello permitirá la mejora en el desempeño de las funciones que tiene encomendado el Protectorado, las cuales son objeto, a continuación, de estudio.

VI. Funciones del Protectorado de fundaciones de competencia estatal

A continuación presentamos las funciones atribuidas por la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, y desarrolladas en el Reglamento de fundaciones aprobado por el Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, al Protectorado de fundaciones de competencia estatal, clasificándolas en función del momento vital de la fundación. Por ello distinguimos tres momentos: el nacimiento de la fundación, la vida jurídica y económica de la fundación, y la extinción de la misma.

1. *Nacimiento de la fundación*

Las funciones que realiza el Protectorado en la fase de nacimiento de la fundación son las siguientes:

A) Asesorar a las fundaciones que se encuentren en proceso de constitución, en relación con la normativa aplicable a dicho proceso (art. 35.1.b. de la Ley 50/2002).

Esta función de asesoramiento constituye una de las actividades principales del Protectorado. Así es frecuente que las personas interesadas en constituir una fundación acudan al Protectorado a que se les informe sobre los trámites para ello, remitan un borrador de estatutos para revisar su adecuación a la legalidad, o formulen sus consultas y propuestas en torno a cualquier aspecto relacionado con ello (finés, patronato, dotación...).

Para facilitar esta labor de asesoramiento, además de las llamadas telefónicas o las citas personalizadas, se dispone de un buzón institucional (*juridico.fundaciones@mecd.es*) en el que diariamente se recibe las consultas y se contestan con agilidad.

B) Informar, con carácter preceptivo y vinculante para el Registro de Fundaciones, sobre la idoneidad de los fines y sobre la suficiencia dotacional de las fundaciones que se encuentren en proceso de constitución, de acuerdo con lo previsto en los artículos 3 y 12 de la presente Ley (art. 35.1.a. de la Ley 50/2002).

Se trata de un informe que debe emitir el Protectorado para el Registro de fundaciones que tiene carácter preceptivo y vinculante. El objeto de dicho informe es doble:

—Analizar la idoneidad de los fines de la fundación, esto es, si se pueden considerar fines de interés general, de acuerdo con lo previsto en el artícu-

lo 3.1 de la Ley. Es criterio de este Protectorado que estos sean definidos de manera clara, concisa y concreta, para lo que se realiza una función de asesoramiento a la fundación con objeto de que la redacción de los mismos sea adecuada.

—Analizar la suficiencia y adecuación de la dotación fundacional. A estos efectos el artículo 35.1.a) debe ponerse en relación con el artículo 12 de la Ley de acuerdo con el cual «la dotación, que podrá consistir en bienes y derechos de cualquier clase, ha de ser adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales. Se presumirá suficiente la dotación cuyo valor económico alcance los 30.000 euros».

Si la aportación no es dineraria, deberá incorporarse a la escritura de constitución una tasación realizada por un experto independiente.

Cuando la aportación es dineraria, si bien la Ley prevé la posibilidad de que pueda efectuarse en forma sucesiva, la realidad muestra que muchas fundaciones que optaron por esta vía, no cumplen la obligación del desembolso del resto de la dotación transcurrido el plazo de cinco años previsto en el citado artículo 12. Por lo que es criterio del Protectorado requerir a la fundación a que acredite su viabilidad aportando para ello un plan de actuación y un estudio de viabilidad.

C) Otras funciones en el proceso de constitución:

—Otorgar escritura pública de constitución de la fundación, previa autorización judicial, en el supuesto de una fundación *mortis causa* en la que el testador se hubiera limitado a establecer su voluntad de crear una fundación y disponer de los bienes y derechos de la dotación, y no existan albaceas o herederos testamentarios para otorgarla o éstos incumplan esta obligación, según se dispone en el artículo 9.4 de la Ley 50/2002.

—Cesar a los patronos de las fundaciones en proceso de formación que, en el plazo de seis meses desde el otorgamiento de la escritura de constitución, no hubieran instado su inscripción en el Registro de fundaciones de competencia estatal, y nombrar nuevos patronos, previa autorización judicial (art. 43.d del Reglamento de fundaciones).

2. *Vida de la fundación*

Son varias las funciones encomendadas al Protectorado durante la vida jurídica y económica de la fundación:

A) Asesorar a las fundaciones ya inscritas sobre su régimen jurídico, económico-financiero y contable, así como sobre cualquier cuestión relativa

a las actividades por ellas desarrolladas en el cumplimiento de sus fines, pres-
tándoles a tal efecto el apoyo necesario (art. 35.1.c. de la Ley 50/2002)

Este servicio es similar al señalado anteriormente para la fase de la cons-
titución de la fundación, pero ya no es un tema puntual sino que se trata de
un asesoramiento en la gestión cotidiana de las mismas. En este sentido cada
día se reciben y contestan numerosas consultas tanto de aspectos jurídicos
como de cuestiones de índole económico contable y financiero. Para ello se
dispone de personal formado y especializado que posee una gran experiencia
en materia de fundaciones.

B) *Funciones relativas a aspectos jurídicos que puedan surgir durante la vida de
la fundación:*

a) Emitir informe de no oposición u oposición a la modificación de
estatutos acordada por el Patronato de la Fundación (art. 29.4 de la
Ley 50/2002).

Se trata de un informe en el que el Protectorado sólo puede oponerse a
la modificación acordada por razones de legalidad y mediante acuerdo mo-
tivado.

Si bien la modificación estatutaria debe ser inscrita por el Registro de
fundaciones, si éste recibiera comunicación del Protectorado por el que se
hiciera constar un informe de oposición a la modificación, el artículo 34.2
del Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el
Reglamento del Registro de fundaciones de competencia estatal, dispone que
se deniegue la inscripción.

b) Autorizar actos de disposición o gravamen sobre bienes de la dotación
fundacional (art. 21.1 de la Ley 50/2002).

Esta es una función importante del Protectorado. La fundación sólo pue-
de enajenar o gravar los bienes y derechos que forman parte de la dotación
si con carácter previo es autorizada por el Protectorado. Se le confía así al
Protectorado la facultad de velar por los bienes y derechos que forman par-
te de la dotación, que quedan sometidos a un plus de seguridad jurídica. El
Protectorado concederá la autorización solicitada si existe justa causa debi-
damente acreditada, según expresa el artículo 21.1 de la Ley.

Si los bienes que forman parte de la dotación son títulos valores y cotizan
en un mercado secundario oficial, el Reglamento de fundaciones prevé en
su artículo 20 que el Protectorado pueda emitir una autorización anual para
enajenar en cualquier momento a lo largo del ejercicio los valores que se
detallen en la solicitud o los que vengan a sustituirlos. El patronato deberá

comunicar trimestralmente al Protectorado las enajenaciones efectuadas. Se trata de armonizar a través de este mecanismo de autorización anual con comunicación posterior trimestral, la rapidez de actuación que requiere operar con valores financieros y la necesidad de supervisión del Protectorado de los bienes dotacionales.

Se equiparan a los bienes dotacionales a estos efectos aquellos que estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, entendiéndose que existe tal vinculación cuando esté contenida en una declaración de voluntad expresa, ya sea del fundador, del Patronato, del aportante de los bienes o incluso del Protectorado o la autoridad judicial.

Los criterios empleados por el Protectorado para autorizar tales actos son: que estén debidamente justificados en la solicitud que se aporte y se deduzca que el acto para el cual se solicita la autorización sea beneficioso para la fundación; y que el importe al que se pretenda enajenar se ajuste al valor del bien tasado por perito independiente o las condiciones del gravamen sean ajustadas.

c) Autorizar a la fundación para que pueda contratar con los patronos o retribuirlos (arts. 15.4 y 28 de la Ley 50/2002).

La Ley establece en su artículo 15.4 como principio general la gratuidad en el desempeño del cargo del patrono. «Los patronos ejercerán su cargo gratuitamente sin perjuicio del derecho a ser reembolsados de los gastos debidamente justificados que el cargo les ocasione en el ejercicio de su función».

No obstante el legislador es consciente de que en determinados casos, puede resultar conveniente para la fundación la prestación de otros servicios por algún patrono, por su conocimiento en la materia, su experiencia en la fundación,... En tales supuestos se requiere que el Protectorado autorice a la fundación para que pueda contratar o remunerar a tales patronos para prestar servicios distintos de los que implica el desempeño de las funciones que les corresponden como miembros del Patronato.

Los criterios mantenidos por el Protectorado para autorizar a la fundación a que contrate o retribuya a un patrono son: que la fundación presente una situación financiera saneada para afrontar dicho gasto, que el patrono interesado se haya abstenido en la votación del acuerdo (art. 11 del Reglamento de fundaciones), y que el valor de la contraprestación que deba recibir la fundación resulte equilibrado. Cuando éste no sea equilibrado o el negocio jurídico pueda encubrir una remuneración por el ejercicio del cargo de patrono, el Protectorado requerirá a la fundación para su modificación y de no

atender a dicho requerimiento, podrá denegar la autorización según establece el artículo 34.3 del Reglamento.

d) Comunicaciones posteriores al Protectorado.

Aquellos actos de disposición o gravamen de bienes que no forman parte de la dotación fundacional ni vinculados directamente al cumplimiento de los fines fundacionales, cuyo importe sea superior al 20 por 100 del activo de la fundación, deberán ser comunicados al Protectorado en el plazo máximo de treinta días hábiles siguientes a su realización (art. 21.3 de la Ley 50/2002).

En este supuesto, el Protectorado analizará la documentación presentada y tendrá por realizada la comunicación salvo cuando los acuerdos adoptados fueran lesivos para la fundación en cuyo caso podría entablar la acción de responsabilidad que correspondan.

También deben comunicarse al Protectorado las adquisiciones de participaciones mayoritarias en sociedades mercantiles, en cuyo caso se tomará conocimiento de dicha participación (art. 24 de la Ley 50/2002).

Igualmente están sometidas a un régimen de comunicación posterior la aceptación de legados con cargas o donaciones onerosas o remuneratorias así como la repudiación de herencias, donaciones o legados sin cargas (art. 22 de la Ley 50/2002).

e) Funciones relacionadas con el patronato de la fundación:

—Ejercer provisionalmente las funciones de patronato cuando faltasen, por cualquier motivo, todas las personas llamadas a integrarlo (art. 35.1.g. de la Ley 50/2002).

Este supuesto se ha producido ya en alguna fundación y el Protectorado ha asumido las facultades del patronato.

—Designar a la persona o personas que integren provisionalmente el patronato en el supuesto previsto en el artículo 18.1 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

Se trata de casos en los que no es posible nombrar un mínimo de tres patronos de acuerdo con lo establecido en los estatutos, por lo que el Protectorado puede nombrar los que falten para cubrir ese mínimo legal a fin de que ese patronato provisional modifique los estatutos y se pueda proceder a constituir un patronato definitivo.

C) *Funciones relativas a obligaciones económico-contables de la fundación (art. 25 de la Ley 50/2002).*

a) Presentación de planes de actuación.

Las fundaciones deben presentar en los tres meses anteriores al comienzo de su ejercicio económico un plan de actuación en el que deberán recoger los objetivos y las actividades que se prevea desarrollar durante el ejercicio siguiente. En él deberá reflejarse los gastos estimados para cada una de las actividades, los ingresos y cualquier otro indicador que permita comprobar grado de realización de cada actividad o el grado de cumplimiento.

El Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas elaboró un modelo de plan de actuación, que tras la aprobación del Real Decreto 1491/2011, de 24 de octubre, por el que se aprueban las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos y el modelo de plan de actuación de las entidades sin fines lucrativos, es de obligado cumplimiento.

El Protectorado procede a revisar la adecuación formal de los planes de actuación presentados por las fundaciones, y una vez realizada los remite al Registro de fundaciones para su depósito.

Asimismo se informa que se ha puesto a disposición de las fundaciones que pertenecen al Protectorado estatal una aplicación informática que facilita la elaboración del plan de actuación, permitiéndose igualmente la presentación telemática del mismo.

b) Presentación de las cuentas anuales.

Una vez finalizado el ejercicio económico, las fundaciones disponen de un plazo de seis meses para elaborar y aprobar las cuentas anuales, que deberán ser presentadas al Protectorado en los 10 días hábiles posteriores a su aprobación.

Éstas deben comprender el balance, la cuenta de resultados, la memoria, y cuando sea obligatorio —en los supuestos previstos en el art. 25.5 de la Ley 50/2002— el informe de auditoría. Asimismo deberán ir acompañadas de la certificación del acuerdo aprobatorio del patronato y la relación de patronos asistentes a la reunión en la que fueron aprobadas, firmada por todos ellos.

Al igual que se ha señalado anteriormente en relación con los planes de actuación, la aplicación informática puesta a disposición de las fundaciones que pertenecen al Protectorado estatal facilita la elaboración de las cuentas anuales, permitiéndose igualmente su presentación telemática.

El protectorado examinará las cuentas presentadas y comprobará su adecuación formal a la normativa vigente y si no se apreciase errores o defectos se remitirán al Registro para su depósito.

Además el Protectorado dispone de un plazo de cuatro años desde la presentación, para realizar las comprobaciones materiales que procedan.

En el supuesto de que en dicho examen se detectaran incumplimientos que no fueran subsanados por la fundación, podrá el Protectorado incorporar a las cuentas depositadas las observaciones que considere oportunas.

En el examen de las cuentas anuales el Protectorado trata de verificar si los recursos económicos de la fundación han sido aplicados a los fines fundacionales pudiendo solicitar del Patronato la información que a tal efecto resulte necesaria.

Anualmente, el protectorado remite al Ministerio de Hacienda las relaciones nominales de las fundaciones que han incumplido con la obligación de presentar las cuentas anuales, pues uno de los requisitos que establece el artículo 3 de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo para acceder al régimen fiscal especial de las entidades sin ánimo de lucro es cumplir «las obligaciones de rendición de cuentas que establezca su legislación específica».

c) Blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.

La Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, atribuye al Protectorado una nueva función: la de velar para que las fundaciones no sean utilizadas para el blanqueo de capitales o para canalizar fondos o recursos a las personas o entidades vinculadas a grupos u organizaciones terroristas.

En el ejercicio de esta función, el Protectorado deberá comunicar a los órganos competentes, aquellas situaciones que detecten en el desarrollo de sus competencias y que puedan estar relacionadas con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, según dispone el artículo 42.4 del Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

3. Finalización de la fundación

Existen distintas vías que ponen fin a la vida de la fundación. En todas ellas debe intervenir el Protectorado:

A) *Extinción de la fundación (arts. 31 a 33 de la Ley 50/2002).*

Las fundaciones sólo pueden extinguirse por alguna de las causas que recoge el artículo 31 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones.

El Protectorado debe intervenir ratificando el acuerdo del patronato de extinción de la fundación, salvo cuando ésta se produzca por expiración del plazo por el que fue constituida o requiera resolución judicial en los casos previstos legalmente.

Es criterio del Protectorado para ratificar dicho acuerdo, que la fundación haya presentado las cuentas anuales hasta la fecha en que se adoptó el citado acuerdo y la dotación fundacional se encuentre íntegramente desembolsada.

Ratificada la extinción se abre el proceso de liquidación que debe realizarse por la fundación bajo el control del Protectorado. Los bienes y derechos resultantes de la liquidación se destinarán a las fundaciones o a las entidades no lucrativas privadas acogidas a la Ley 49/2002, o a entidades públicas, de naturaleza no fundacional, que persigan fines de interés general.

Asimismo el Protectorado podrá decidir el destino de los bienes resultantes de la liquidación cuando los estatutos no lo prevean y el patronato no tenga atribuida dicha facultad por el fundador.

B) *Fusión de fundaciones (art. 30 de la Ley 50/2002).*

En realidad se trata de un caso específico de extinción, pues en la fusión se produce o bien la extinción de aquella que es absorbida o bien la extinción de las dos fundaciones fusionadas generando una fundación nueva. La fusión de fundaciones es posible siempre que no lo haya prohibido el fundador.

También en este supuesto el Protectorado debe intervenir emitiendo un informe de no oposición u oposición por razones de legalidad, en cuyo caso debe estar debidamente motivado. Al igual que se ha señalado en el supuesto de extinción, es criterio del Protectorado para no oponerse a la fusión, que la fundación haya presentado las cuentas anuales y la dotación de la fundación absorbida se encuentre íntegramente desembolsada. La fusión debe elevarse a escritura pública e inscribirse en el Registro de fundaciones.

La Ley 50/2002, en su artículo 30 contempla la posibilidad de que el Protectorado requiera a una fundación, cuando sea incapaz de alcanzar sus fines para que se fusione con otra de fines análogos, siempre que no lo hubiera prohibido el fundador. En caso de no ser atendido dicho requerimiento el Protectorado podrá solicitar de la autoridad judicial que ordene la referida fusión.

4. *Ejercicio de acciones judiciales*

No existe en la actual normativa estatal una responsabilidad administrativa de los patronos, ya que todo tipo de responsabilidad debe ser apreciada por los jueces y tribunales. No existen por tanto facultades sancionadoras en el ámbito administrativo.

Sin embargo la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, legitima al Protectorado para acudir a la autoridad judicial en determinados supuestos, que se exponen a continuación en función del grado de relevancia de la actuación judicial solicitada:

— Instar judicialmente la modificación de estatutos de una fundación (art. 29.3 de la Ley 50/2002).

Cuando las circunstancias hayan variado de manera que la fundación no pueda actuar satisfactoriamente con arreglo a sus Estatutos, si el Patronato no acuerda modificar los mismos, el Protectorado podrá requerirla para que lo cumpla, y de no hacerlo podrá solicitar de la autoridad judicial que resuelva sobre la procedencia de la modificación de Estatutos requerida.

— Instar judicialmente la extinción de la fundación (art. 18.2 de la Ley 50/2002).

Cuando se hubiese realizado íntegramente el fin fundacional, o fuera imposible la realización del fin fundacional, o concurra cualquier otra causa prevista en el acto constitutivo o en los Estatutos, si no hubiese acuerdo del Patronato, el Protectorado podrá solicitar a la autoridad judicial la extinción de la fundación.

— Impugnación de actos y acuerdos del Patronato.

El Protectorado está asimismo facultado para impugnar ante la autoridad judicial los actos y acuerdos del patronato que sean contrarios a los preceptos legales o estatutarios por los que se rige la fundación.

El fundamento de ello procede de la función primitiva del Protectorado «Velar por el correcto ejercicio del derecho de fundación y por la legalidad de la constitución y funcionamiento de las fundaciones (art. 34.1 de la Ley)».

Esta regulación procede de la Ley 30/1994 y regula la acción administrativa por el Protectorado de cese de patronos en base a la Ley General de Beneficencia de 1849 así como de otras intervenciones administrativas³⁰.

³⁰ Miguel Ángel CABRA DE LUNA y Rafael DE LORENZO GARCÍA, «Comentarios a las Leyes de fundaciones y de mecenazgo». Fundación ONCE. Iustel

De acuerdo con la Ley 30/1992 el Protectorado deberá ejercer esta competencia incoando el oportuno procedimiento administrativo, de oficio o previa denuncia de parte.

—Instar el cese de los patronos cuando no desempeñen el cargo con la diligencia prevista.

El Protectorado está legitimado para solicitar a la autoridad judicial el cese de los patronos cuando se aprecie falta de diligencia del mismo, pues el artículo 17 de la Ley 50/2002 exige a los patronos que desempeñen su cargo con la diligencia de un representante leal, que no es otra que la comúnmente exigida al empresario y al representante que se ocupan de negocios y asuntos ajenos contenida en el Código Civil.

—Acción de responsabilidad (art. 35.2 de la Ley 50/2002).

El Protectorado puede ejercitar la acción de responsabilidad ante la autoridad judicial por los daños y perjuicios que causen los patronos por actos contrarios a la Ley o a los Estatutos, o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo.

No sólo está legitimado el Protectorado para interponer esta acción de responsabilidad sino que también lo están, el propio patronato —en cuyo acuerdo obviamente no participará el patrono afectado—, los patronos disidentes o ausentes, y el fundador cuando no sea patrono.

La responsabilidad de los patronos es solidaria (esto es, recae sobre el conjunto de patronos, sin que en principio pueda individualizarse) frente a la fundación por 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 para que pueda exigirse responsabilidad es necesario que se haya producido un «daño o perjuicio», que puede consistir en una disminución patrimonial (daño emergente) o bien en un beneficio no obtenido por la fundación (lucro cesante).

Quedan exentos de ella quienes hayan votado en contra del acuerdo, y quienes prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquel.

—Indicios de ilicitud penal (art. 35.3 de la Ley 50/2002).

Cuando el Protectorado encuentre indicios racionales de ilicitud penal en la actividad de una fundación debe dictar resolución motivada dando traslado de toda la documentación al Ministerio Fiscal o al órgano jurisdiccional competente.

Tras la Constitución española «el límite externo de las libertades públicas no es otro que el de las conductas tipificadas como delito»³¹.

En consecuencia el concepto de ilicitud penal ha de ser interpretado en términos estrictos (la propia norma indica que deben tratarse de indicios racionales), y el Protectorado debe dictar resolución motivada dando traslado al Ministerio Fiscal y comunicarlo a la fundación interesada.

—Intervención temporal (art. 42 de la Ley 50/2002).

La Ley contempla esta posibilidad como último recurso y sólo en el supuesto de que la fundación haya sido requerida por el Protectorado para subsanar graves irregularidades en la gestión económica que ponga en peligro la subsistencia de la fundación o una desviación grave entre los fines fundacionales y la actividad realizada.

Se trata de la medida más estricta y de mayor alcance en lo que al control público de las fundaciones se refiere, por lo que tiene un carácter excepcional, transitorio y requiere además autorización judicial.

Por ello sólo en el caso de que la fundación no atienda el requerimiento realizado por el Protectorado, éste podrá solicitar del juez que acuerde la intervención temporal de la fundación durante el plazo de tiempo que se estime conveniente. La intervención de la fundación supone la asunción por el Protectorado de todas las atribuciones legales y estatutarias del Patronato en el plazo de tiempo determinado por la autoridad judicial, al término del cual la intervención finalizará.

A lo largo de este apartado se han ido exponiendo todas funciones que la Ley atribuye al Protectorado, diferentes unas de otras pero con un denominador común a todas: garantizar el correcto ejercicio del derecho de fundación.

VII. Conclusiones y perspectivas de futuro

Tras este análisis podemos concluir, en primer lugar, que la figura del Protectorado se justifica por la necesidad de garantizar que se va a respetar la voluntad del fundador y la realización del interés general que persigue la fundación. Es necesaria la intervención de la Administración para asegurar que tanto el fin que persigue la fundación como la voluntad del fundador se realizan adecuadamente.

³¹ Miguel Ángel CABRA DE LUNA y Rafael DE LORENZO GARCÍA, «Comentarios a las Leyes de fundaciones y de mecenazgo». Fundación ONCE. Iustel.

En segundo lugar, en todos los países de nuestro entorno existe una autoridad que realiza esa función de velar por el interés general, si bien el grado de intensidad de esta intervención varía según los diferentes modelos que han adoptado.

Centrándonos en nuestra organización autonómica, el modelo más común es el de un Protectorado único que se ubica en una Consejería principal (Presidencia o Justicia principalmente), aunque los modos de organización son variados.

Desde el mes de diciembre del 2015, el modelo de Protectorado único se encuentra implantado en el ámbito de la Administración General del Estado, al haber sido incluido entre las medidas acordadas por la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA). Ello está permitiendo la utilización más eficiente de los recursos humanos y materiales existentes y una unificación de criterios y prácticas en el ejercicio de las funciones del Protectorado.

Asimismo para la coordinación de las actuaciones del Protectorado único y el Registro único de fundaciones de competencia estatal ubicados, se ha firmado un Acuerdo entre el Ministerio de Justicia y el de Educación, Cultura y Deporte, para definir los procedimientos administrativos, coordinar los portales web institucionales y sedes electrónicas, así como facilitar y agilizar la tramitación de las solicitudes que las fundaciones y ciudadanos presenten ante la Administración General del Estado.

Por lo que se refiere a las funciones asignadas al Protectorado, de un lado, se dirigen a asesorar, apoyar y ayudar a las fundaciones, desde su nacimiento hasta su extinción y liquidación, para dinamizar y facilitar el derecho constitucional a fundar; de otro lado, tratan de garantizar el buen ejercicio de este derecho para lo cual la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones le otorga al Protectorado una facultad de control y de autorización previa a determinadas actuaciones de la fundación.

Mirando hacia el futuro, la sociedad actual demanda tanto al Protectorado como a las fundaciones unas actitudes ejemplares de todos los que ocupen cargos de responsabilidad en cualquier organismo o institución, especialmente de entidades que por definición son sin ánimo de lucro y persiguen la realización del interés general.

De acuerdo con ello, desde la Administración es preciso ejercer las funciones que legalmente son atribuidas con eficacia y avanzar hacia un Protectorado más transparente, donde los criterios de actuación sean claros y estén unificados; una Administración más moderna, mejorando las comunicaciones y procedimientos electrónicos a disposición de los ciudadanos; un Protecto-

rado más cercano en el que todas las fundaciones y especialmente aquellas que por su reducida dimensión tengan dificultades en su labor, encuentren ayuda y apoyo en su actuación diaria.

Finalmente es importante que a estos objetivos del protectorado se una el compromiso de las fundaciones de optar por un modelo de transparencia en la gestión facilitando información sobre las actividades realizadas y la financiación recibida. Sólo así se fortalecerá el sector fundacional como cauce fundamental por el que la sociedad civil actúa para la consecución de fines de interés general.

Las fundaciones privadas de las administraciones públicas a la luz de la Ley 40/2015

Miguel Navajas Rebollar

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Oviedo

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. EL DERECHO DE FUNDACIÓN DE LOS ENTES PÚBLICOS. LA CAPACIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS PARA LA CREACIÓN DE UNA FUNDACIÓN.— II. LOS ORÍGENES DE LAS FUNDACIONES PÚBLICAS.—III. LA EVOLUCIÓN NORMATIVA EN LA REGULACIÓN DE LAS FUNDACIONES PÚBLICAS: DE LA LEY 30/1994 HASTA LA LEY 50/2002. LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO: 1. *El inicial reconocimiento de la figura: Las fundaciones públicas en la Ley 30/1994*. 2. *Una nueva vuelta de tuerca: Las Fundaciones del Sector Público en la Ley 50/2002*.—IV. LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO EN LA LEY 40/2015.— V. LAS FUNDACIONES PRIVADAS CONSTITUIDAS POR ENTES PÚBLICOS: 1. *Un nuevo intento de huida. Las fundaciones privadas controladas por Entes públicos*. 2. *La encomienda de gestión y la legislación de contratos*. 3. *Las fundaciones privadas en mano pública, como entidades del sector público*.—BIBLIOGRAFÍA.

I. Introducción. El derecho de fundación de los Entes públicos. La capacidad de las Administraciones públicas para la creación de una fundación

Tradicionalmente se ha venido entendiendo por fundación, aquella persona jurídico-privada sin ánimo de lucro, dotada de un patrimonio afectado a una finalidad de interés general y gobernada por particulares organizados en un patronato¹.

Por su parte, el Derecho de fundación aparece recogido en nuestro ordenamiento jurídico, en su condición de derecho subjetivo, en la tabla de los Derechos fundamentales de la Constitución, concretamente en el artículo 34². Esta consideración de la fundación como un Derecho subjetivo, y, por

¹ PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo I. Introducción. Organización administrativa. Empleo público*, ed. Open, 25.^a ed., Madrid, 2015, pp. 331 y ss.

² Lo que supuso, tal y como señala GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Constitución, fundaciones y sociedad civil», en *RAP*, n.º 122 (1990), pp. 235 y ss., una novedad absoluta, tanto respecto

tanto, como creación característica de la sociedad civil³, parece que reduciría a la fundación a ser una fórmula organizativa propia de los sujetos privados⁴, tal y como se ha considerado, por cierto, en otros ordenamientos cercanos al nuestro en el ámbito organizativo como el francés, donde la mayor parte de la doctrina y el propio Consejo de Estado han considerado que la creación de fundaciones públicas supondría un desmembramiento de la organización administrativa, y que —además— el sistema organizativo francés cuenta con figuras públicas suficientes para realizar las actividades de servicio público susceptibles de realizarse a través de la creación de la fundación pública⁵.

La misma tesis cabría predicar entre nosotros, dada la evidente desnaturalización que supone la apertura al sector público de la posibilidad de utilizar la forma fundacional⁶. No obstante, se trata de una figura que, como ha destacado PIÑAR citando la STC 18/1984, de 7 de febrero, cabe enmarcar en la cláusula del Estado Social de Derecho⁷, siendo propio del mismo *la exis-*

de nuestra historia constitucional, como en el panorama del Derecho constitucional comparado. No obstante, hay autores que limitan el derecho constitucional de fundación a las personas físicas o jurídicas privadas, no alcanzando el mismo a las personas jurídico públicas, tal y como afirman PIÑAR MAÑAS, J. L. y REAL PÉREZ, A., *Derecho de fundaciones y voluntad del fundador*, Marcial Pons, Madrid, 2000, al señalar que la garantía constitucional del derecho de fundación *no alcanza a la personas jurídico públicas en relación con las cuales el legislador es libre de tomar la decisión que considere más oportuna*. Y ello sobre la base de que las personas jurídico públicas no precisan *del derecho de fundación para participar en la vida cultural, social o económica*. *No hay, añaden, un derecho constitucional de las personas jurídico-públicas a constituir fundaciones*.

³ Como destaca RUIZ OJEDA, A., «Las fundaciones privadas como colaboradoras de la Administración y el régimen jurídico del patrimonio fundacional: un comentario con ocasión de la nueva Ley de Fundaciones», en *R.E.D.A.*, n.º 93, 1997, pp. 27 y ss., *con el reconocimiento por el artículo 34 CE del derecho de fundación para fines de interés general, puede decirse que en modo alguno existe un monopolio administrativo en materia de beneficencia, o, si se prefiere, en la satisfacción de los intereses generales*.

⁴ Tal y como se recogía en el artículo 1 de la derogada Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, de acuerdo con la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su **Sentencia 49/1988**, de 22 de marzo, en donde se define la misma como la *persona jurídica constituida por una masa de bienes vinculados por el fundador o fundadores a un fin de interés general*.

⁵ Como ha destacado ALLI TURRILLAS, J. C., *La fundación ¿una casa sin dueño? (Gobierno, responsabilidad y control público de fundaciones en Inglaterra, EE.UU., Alemania y Francia)*, Iustel, Madrid, 2012, p. 590.

⁶ Admitida en el artículo 6 de la Ley 30/1994, en cuyo ap.1.º se establecía que *«podrán constituir fundaciones las personas físicas y las personas jurídicas, sean éstas públicas o privadas»*, añadiendo a continuación, en el ap. 4.º, que *«las personas jurídico-públicas tendrán capacidad para constituir fundaciones, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario»*.

⁷ Tal y como señala el TC, *la interacción Estado-Sociedad y la interpenetración de lo público y lo privado, transciende como hemos señalado al campo de lo organizativo y de la calificación de los entes. La función ordenadora de la Sociedad puede conseguirse de muy diversas formas, que siempre han de moverse dentro del marco de la Constitución, cuyos límites es innecesario estudiar a los efectos del*

tencia de Entes de carácter social no públicos, que cumplen fines de relevancia constitucional o de interés general⁸. Únicamente la vorágine de huida del Derecho Público tan célebre en dichos años, y tan tratada en nuestra doctrina, explica con cierta coherencia que se pusieran los ojos en esta institución como forma de gestionar servicios y actividades públicas con un mayor margen de ausencia de los controles propios del Derecho Administrativo.

Cuestión bien diferente, antes apuntada, es si la posibilidad de creación de una fundación por parte de las Administraciones Públicas queda amparada en el artículo 34 CE; en ese sentido, como ha recordado el Tribunal Constitucional, en su Sentencia n.º 120/2011, de 6 de julio, «la creación de fundaciones por las personas jurídico-públicas no constituye el ejercicio del derecho de fundación proclamado en el artículo 34.1 CE». Añade el Tribunal que es, 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).

Consecuentemente, el reconocimiento a las Administraciones públicas de la capacidad para constituir fundaciones no deriva, por tanto, del artículo 34.1 CE sino de una decisión adoptada por el legislador con la finalidad de satisfacer el mandato que le impone el artículo 103.1 CE en el sentido de configurar el Derecho propio de la Administración pública de tal manera que a ésta le resulte posible actuar con eficacia. 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 artículo 34.1 CE sino que se deriva de la potestad de autoorganización que corresponde a las Administraciones territoriales. No nos encontramos en estos casos ante particulares que voluntariamente atienden fines de interés general, sino ante personificaciones instrumentales con forma fundacional

presente recurso. Lo que sí interesa señalar es el reconocimiento constitucional de entes asociativos o fundacionales, de carácter social, y con relevancia pública. Esta relevancia pública no conduce, sin embargo, necesariamente a su publicación, sino que es propio del Estado social de Derecho la existencia de entes de carácter social, no público, que cumplen fines de relevancia constitucional o de interés general.

Para añadir a continuación que la configuración del Estado como social de Derecho, viene así a culminar una evolución en la que la consecución de los fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino que se armoniza en una acción mutua Estado-Sociedad, que difumina la dicotomía Derecho público-privado, y agudiza la dificultad, tanto de calificar determinados entes cuando no existe una calificación legal, como de valorar la incidencia de una nueva regulación sobre su naturaleza jurídica.

⁸ PIÑAR MAÑAS, J. L., «Régimen jurídico público de las Fundaciones en la nueva Ley española de Fundaciones y Mecenazgo», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Asociaciones, Fundaciones y Cooperativas*, CGPJ, Madrid, 1995, p. 9.

constituidas por la Administración para la tutela de los intereses públicos que tiene normativamente encomendados⁹.

No obstante, pese a nuestra opinión, como apuntaremos, desfavorable a la utilización de la figura fundacional en el ámbito organizativo de las Administraciones públicas¹⁰, no podemos desconocer que la misma haya sido y sea utilizada en nuestra organización administrativa, dados los *beneficios* que dicha figura presenta¹¹.

II. Los orígenes de las fundaciones públicas

La idea apuntada en el inicio de esta exposición, que es la que parece, por lo demás, desprenderse del propio concepto legal de fundación en las sucesivas normas que la han venido regulando en los últimos años, y que la han descrito como una organización constituida sin ánimo de lucro que, por voluntad de sus creadores, tiene afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general¹², supondría reducir la participación de los sujetos públicos cuando se buscasen fórmulas de colaboración entre estos y los sujetos privados, supuesto ante el cual podría admitirse la fórmula fundacional con la participación de aquellos¹³. Y parece que habría de ser

⁹ Sobre el alcance del artículo 34 de la Constitución en la STC 120/2011, ver el interesante estudio que hace GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., «La reestructuración del sector público fundacional», en *Anuario de Derecho de Fundaciones 2012*, Iustel, pp. 19 y ss., en el que hace un interesante recorrido por la jurisprudencia del TC en la materia.

¹⁰ Sostenida ya en nuestro trabajo *La nueva Administración instrumental*, Ed. Colex, Madrid, 2000, pp. 175 y ss.

¹¹ Como acertadamente exponen MORELL OCAÑA, L. y RUIZ OJEDA, A., «La técnica fundacional como instrumento de gestión administrativa en el Derecho Público», en AA.VV., *Manual de Derecho de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal y contable*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 231 y ss.

¹² Así se desprende claramente del artículo 1 de la derogada Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, así como del artículo 2.1 de la vigente Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, en el que se establece que «son fundaciones las organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general». Este concepto, por lo demás es conforme con el concepto tradicional y doctrinal de fundación, tal y como lo ha recogido el TC en su Sentencia 49/1988, de 22 de marzo, en donde se define la misma como la persona jurídica constituida por una masa de bienes vinculados por el fundador o fundadores a un fin de interés general. La fundación, añade el TC, *nace, por tanto, de un acto de disposición de bienes que realiza el fundador, quien los vincula a un fin por él determinado y establece las reglas por las que han de administrarse al objeto de que sirvan para cumplir los fines deseados de manera permanente o, al menos, duradera.*

¹³ Tal y como ha sostenido en su magnífico estudio MONTORO CHINER, M. J., *Privado y público en el renacer del Gran Teatro del Liceo*, Cedecs, Barcelona, 1997.

esta la interpretación más acorde con el papel tradicional de las fundaciones como patrimonio adscrito a un fin, dado que la razón histórica de su existencia ha constituido siempre la necesidad de reunir fondos privados en las condiciones más beneficiosas posibles, para el fomento de fines de interés público, cuyo desarrollo por el erario público resulta escaso.

Por consiguiente, siendo consecuentes con esta idea, nos llevaría a pensar que no tiene mucho sentido promover fundaciones a cargo de personas jurídicas de naturaleza pública, dado que las mismas ya tienen encomendado de manera directa la realización de actividades de interés general, con lo que la creación de las mismas supondría en cierta medida la desnaturalización de la propia figura fundacional¹⁴.

Es por ello por lo que, tradicionalmente, como ha destacado SANTAMARÍA, las fundaciones constituidas por Entes públicos eran ciertamente supuestos contados, de carácter marginal, que respondían a puras situaciones históricas¹⁵, y que consiguientemente recibía un escaso tratamiento por parte de la doctrina especializada¹⁶.

A este dato había que sumar, además, la previsión establecida en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales¹⁷, en sus artículos 67 y 85 a 88, si bien en estos supuestos, ha existido unánime consenso en la

¹⁴ CAFFARENA LAPORTA, J., «Comentario al artículo 6», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Fundaciones e Incentivos Fiscales*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 50.

¹⁵ SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo Genral*, vol. I, 3.ª ed., Iustel, Madrid, 2015, p. 679. Destaca entre estas a los antiguos Patronatos de la Casa Real, hoy integrados en el Patrimonio Nacional, la llamada Obra Pía de los Santos Lugares y la Fundación de la Santa Cruz del Valle de los Caídos todas ellas debidas a iniciativas de la Corona o la Jefatura del Estado, y la Fundación Lázaro Galdiano, la Fundación Jiménez Díaz y la Fundación Casa Salud de Valdecilla, como consecuencia de intervenciones de fundaciones que inicialmente eran privadas. En este sentido, es interesante ver el trabajo de PIÑAR MAÑAS, J. L., «Fundaciones constituidas por Entidades públicas: Algunas cuestiones», en *REDA*, n.º 97 (1998), pp. 37 y ss., concretamente las citas a pie de página núms. 9 y 10.

¹⁶ Destaca únicamente en este sentido el trabajo de VALERO AGÚNDEZ, U., «La fundación como forma jurídica para empresas del sector público», en AA.VV., E. VERDERA Y TUELLS, (dir.): *La empresa Pública*, vol. I, ed. Real Colegio de España en Bolonia, 1970, pp. 285 y ss., que sostuvo la adecuación de la fórmula fundacional como apta para ser utilizada como forma de organización de las empresas públicas.

¹⁷ Aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955. En el citado RSCL, en su artículo 67 se establecen las siguientes formas de gestión directa de los servicios:

1. Gestión para la Corporación.
 - a) sin órgano especial de administración, o
 - b) con órgano especial de administración.
2. Fundación pública del servicio.
3. Sociedad privada municipal o provincial.

doctrina al considerar que no estamos ante verdaderas fundaciones sino ante auténticos organismos autónomos locales, si bien la reforma operada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local ha reconocido implícitamente la posibilidad de que las Entidades Locales creen verdaderas fundaciones del sector público sometidas a la Ley 50/2002¹⁸, con todo lo cual el concepto de fundación pública venía a tener una escasa por no decir nula trascendencia¹⁹.

Únicamente quedaba a salvo el supuesto, nada infrecuente en la realidad práctica, de la participación de cualesquiera entidades públicas en la constitución de fundaciones privadas conjuntamente con otros actores —sujetos privados—, en cuyo caso a dichas fundaciones, aún teniendo un carácter mixto en cuanto al sujeto que las constituye, les es de plena aplicación el mismo régimen jurídico que al resto de fundaciones privadas²⁰.

Las razones del progresivo auge, sobre todo en las últimas décadas, de la introducción de la fórmula fundacional en el panorama organizativo del sector público hemos de explicarla al hilo de las tendencias que, desde hace más de un siglo, han venido salpicando la organización de las Administraciones Públicas, marcadas, como ha señalado SANTAMARÍA, por la constante búsqueda de personificaciones atípicas y novedosas que permitieran a los diferentes sectores administrativos hallar flexibilidad y libertad de actuación y huir de controles excesivamente intensos²¹.

¹⁸ Como acertadamente reconoce SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General I*, op. cit., p. 681, hasta 2014 la legislación local no ha reconocido expresamente a los ayuntamientos y diputaciones provinciales la capacidad para instituir fundaciones, que se encontraban, hasta ese momento, englobadas en la categoría de organismo autónomo local, uno de cuyos supuestos es el que la entidad local adquiera de los particulares bienes adscritos a un fin determinado por compra, donación o disposición fundacional. En la misma línea se expresaban GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo I*, 14.ª ed., Civitas, Madrid, 2008, p. 379, y MENÉNDEZ GARCÍA, P., voz «Fundación Pública», en AA.VV., *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, ed. Civitas, Madrid, 1995, pp. 3204 y ss. Igualmente interesante lo apuntado por ALLI TURRILLAS, J. C., «Fundaciones y Derecho Administrativo», Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 423, en el que apunta que, en el marco del fenómeno de la externalización de servicios en el que nos movemos en la actualidad, ha sido posible un mayor crecimiento de este fenómeno de fundaciones pendientes del sector público, en otros ámbitos diferentes como el universitario.

¹⁹ LASAGABASTER HERRARTE, I., «Las fundaciones en el ámbito local: algunas consideraciones sobre su régimen jurídico», en REDA, n.º 160, 2013, pp. 61 y ss.

²⁰ CARRANCHO HERRERO, M.ª T., *La constitución de fundaciones*, J. M.ª BOSCH ed., Barcelona, 1997, p. 50.

²¹ SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General*, vol. I, op. cit., pp. 679-680. Así, para este autor, se ha tratado de una constante búsqueda de fórmulas organizativas, que van siendo limitadas y sometidas a control con posterioridad, empezando por la creación de organismos autónomos, sometidos a control en su momento por la Ley de

En ese contexto de búsqueda constante de nuevas fórmulas organizativas que permitieran eludir controles, la doctrina especializada comenzó a destacar la posible existencia de fundaciones privadas y de fundaciones públicas, siendo las primeras aquellas constituidas por particulares y dotadas con bienes también privados, mientras que las segundas serían las instituidas por el Estado u otros Entes públicos y dotadas con bienes propios de los mismos, pese a la existencia de numerosas opiniones que consideraban a la figura de la fundación pública incompatible con el propio concepto de fundación.

III. La evolución normativa en la regulación de las fundaciones públicas: de la Ley 30/1994 hasta la Ley 50/2002. Las fundaciones del sector público

1. *El inicial reconocimiento de la figura: Las fundaciones públicas en la Ley 30/1994*

La inicial regulación general del régimen de las Fundaciones venía dada por la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones e Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General. Dicha Ley, procedía a regular en un solo cuerpo legal el régimen jurídico de los entes fundacionales y las ventajas de carácter impositivo que se concedían a las personas privadas, físicas o jurídicas (sin limitarse a las de naturaleza fundacional), por sus actividades o aportaciones económicas en apoyo de determinadas finalidades de interés público o social. Con dicha regulación se ponía 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 lo que a nosotros nos interesa, en relación con la posibilidad de que las Administraciones Públicas tuvieran la iniciativa en orden a la creación de Fundaciones, y frente a la situación anterior, en la que la inexistencia de previsión alguna al respecto dejaba en la nebulosa la posibilidad apuntada de

Entidades Estatales Autónomas de 1958, pasando por la creación de entidades instrumentales atípicas, que también son sometidas a control, para acudir a la fórmula societaria, igualmente sometida a controles desde 1989. Es por ello, concluye este profesor, que las Administraciones *han continuado su recorrido por el elenco de las posibles fórmulas de personificación, habiendo recalado finalmente en la figura de la fundación.*

creación de fundaciones por las propias Administraciones Públicas, la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones e Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General, va a abrir la espita —en sus arts. 6.1 y 4— a la posibilidad apuntada de creación de Fundaciones por personas jurídico-públicas. Todo ello en un clima que propiciaba la tendencia de las dos décadas precedentes, caracterizada por la pretensión de búsqueda de la singularidad en materia organizativa, de encontrar la fórmula más novedosa y rompedora con los esquemas generales de organización de los servicios públicos, que culmina, en éste punto con la posibilidad de los Entes públicos de constituir fundaciones²².

Esta situación que se amplía de forma notable, a través de un uso importantísimo que de esta figura se ha efectuado en los últimos años, nos obliga a efectuar un replanteamiento no sólo de las nuevas clasificaciones que pueden hacerse en ese sentido, sino también de la propia conveniencia de la existencia de esas fundaciones como una categoría más de Entes instrumentales en el ya de por sí vasto panorama de nuestra Administración instrumental.

En efecto, en el artículo 6.1 de la Ley 30/1994 se estableció que *podrán constituir fundaciones las personas físicas y las personas jurídicas, sean éstas públicas o privadas*, lo cual es corroborado con posterioridad por el propio precepto en su apartado 4, al disponer que *las personas jurídico-públicas tendrán capacidad para constituir fundaciones salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario*.

Estos preceptos supusieron, en aquel momento, una novedad de primer orden al admitirse de forma generalizada la creación de fundaciones por parte de cualesquiera Entes públicos, fundaciones que, evidentemente, quedaron sometidas en todo caso a la Ley 30/1994²³. Con ello, además, se puso fin a la notable laguna existente en nuestro ordenamiento jurídico en relación

²² Algo que, por otra parte ha ocurrido en otros Estados de nuestro entorno, en el que, tal y como refleja CARBALLEIRA RIVERA, M.^aT., «Las fundaciones privadas de la Administración pública en el Derecho comparado», en *RAP*, n.º 177, pp. 335 y ss., las fundaciones privadas de las Administraciones Públicas constituyen una fórmula organizativa de gestión de actividades públicas en clara expansión.

²³ Como dice PIÑAR MAÑAS, J. L., «Fundaciones constituidas por Entidades públicas: Algunas cuestiones», *op. cit.*, pp. 37 y ss., hasta la aprobación de la Ley 30/94 existía una notable laguna que producía no pocas confusiones, y que se había saldado con la admisión de que las entidades públicas pudiesen constituir fundaciones, dado que, como reconoce éste autor, eran ya varias las que habían sido creadas por Universidades o Entidades bancarias públicas. Tras la aprobación de la Ley 30/1994, para Piñar Mañas, queda claro que es posible la creación de fundaciones por personas jurídico-públicas y no sólo la participación de las mismas en su constitución.

con la posibilidad de que se constituyeran fundaciones por parte de las personas jurídico-públicas.

Igualmente, cabe destacar del citado artículo 6.4, que, conforme a la interpretación que parecía derivarse del tenor del mismo, para la creación de una fundación por parte de un Ente público, no haría falta una habilitación ulterior, dado que la Ley 30/1994 contenía, en éste sentido, una previsión positiva sobre la posibilidad de crear fundaciones por parte de las personas jurídico-públicas²⁴; y todo ello, sin perjuicio de que en los trámites necesarios para la creación de fundaciones, como actos separables que son, sean de aplicación las normas de derecho administrativo que resulten procedentes en cada caso concreto. Este reconocimiento expreso del derecho de fundación en favor de las personas jurídico-públicas vendría avalado, a juicio de determinados sectores doctrinales, por el hecho de que nuestro artículo 34 de la Constitución no limita el ejercicio de tal derecho a las personas privadas, de tal forma que —consideran— si se permite el ejercicio de dicho derecho de fundación a éstas, con mayor razón habría de permitirse el mismo a las personas jurídico-públicas que son las que tienen como fin preponderante la consecución del interés general²⁵.

2. *Una nueva vuelta de tuerca: Las Fundaciones del Sector Público en la Ley 50/2002*

La ausencia total de regulación de la figura fundacional pública llevó a que la misma se moviera en un marco de total libertad y consiguiente ausencia de control que sería —como se ha citado en este trabajo— muy criticada por la doctrina. Fruto de dichas críticas, así como de la introducción

²⁴ PIÑAR MAÑAS, J. L., «Fundaciones constituidas por Entidades públicas: Algunas cuestiones», *op. cit.*, pp. 37 y ss. Igualmente, CAFFARENA LAPORTA, J., «Comentario al artículo 6», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Fundaciones e Incentivos Fiscales*, *op. cit.*, p. 50, sostiene que, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario, las personas jurídico-públicas pueden por sí solas crear fundaciones. Por su parte, en contra de esta opinión se ha manifestado expresamente VAQUER CABALLERÍA, M., *Fundaciones públicas y Fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios sanitarios*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 39-41, que considera que dicha regla del artículo 6.4 no es en sí misma habilitante, sino requerida de actualización o previsión expresa por parte de la correspondiente normativa administrativa.

²⁵ En este sentido, ver AA.VV., *Fundaciones. Análisis práctico de la Ley 30/1994*, ed. CISS, Valencia, 1995, p. 38. Igualmente favorable a la admisión de las fundaciones constituidas por personas jurídico-públicas se muestra DURÁN RIVACOBIA, R., *El negocio jurídico fundacional*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 60. Por contra, CAFFARENA LAPORTA, J., «Comentario al artículo 6», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Fundaciones e Incentivos Fiscales*, *op. cit.*, p. 50, se muestra contrario a basar en la Constitución —art. 34— la posibilidad de que las personas jurídico-públicas creen fundaciones.

de controles, singularmente en materia de contratación pública, por mor de la persistencia y contundencia de las sanciones impuestas por el TJUE, se va a derivar un régimen singular para las denominadas, a partir de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, *Fundaciones del Sector Público*.

La Ley 50/2002, mantiene, en su artículo 8 la posibilidad de que las personas jurídico-públicas puedan constituir fundaciones²⁶; la principal novedad viene dada por dedicar —frente al vacío de la normativa precedente— un Capítulo —el XI— a las que denomina *Fundaciones del Sector Público estatal*. En primer lugar, hay que destacar que la capacidad para crear Fundaciones Públicas la tienen cualesquiera administraciones²⁷, si bien la posterior regulación del Capítulo XI se refiera únicamente a las creadas por el Estado. Ésta, precisamente, es la mayor novedad en la nueva regulación operada por la Ley 50/2002. En efecto, en nada varía el concepto de fundaciones públicas recogido en el citado artículo 8 en relación con la situación precedente; la verdadera novedad está en la regulación posterior de las mismas en los artículos 44 y ss., en los que se regulan tanto el concepto de las fundaciones del sector público —art. 44—, la constitución, transformación, fusión y extinción de las mismas —art. 45—, así como su régimen jurídico —art. 46—, completando un régimen peculiar para las fundaciones públicas que bajo la anterior normativa no existía²⁸, y que si bien se admitía pacíficamente la necesidad de su sometimiento a los mismos principios y criterios que las Administraciones Públicas en materias como contratación y personal —objetividad, publicidad, concurrencia competitiva, mérito, capacidad, etc—, se encontraba con la dificultad derivada del carácter privado de la propia fundación, que someterá su actuación a los principios rectores de cualquier entidad de tal naturaleza, y, sobre todo, a la ausencia de mecanismos para su puesta en práctica y posterior control.

Sin embargo, y a pesar de tener que admitir la posibilidad de que una persona jurídico-pública pueda no sólo participar en la creación de una fun-

²⁶ De hecho, se mantiene la misma redacción que la contenida en la regulación precedente, sin que se modificara uno de los aspectos de la Ley de 1994 que, sin duda, mayor polémica había suscitado, tal y como recuerda OLAVARRÍA IGLESIA, J., «Artículo 8. Capacidad para fundar», en AA.VV., J. Olavarría Iglesia (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 259.

²⁷ Tal y como se desprende del artículo 8.4 de la Ley 50/2002: *Las personas jurídico-públicas tendrán capacidad para constituir fundaciones, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario*.

²⁸ Lo que hacía que fuese necesario acudir, como destacaba PIÑAR MAÑAS, J. L., «*Fundaciones constituidas por Entidades públicas: Algunas cuestiones*», *op. cit.*, pp. 37 y ss., a las reglas establecidas en la Ley 30/1992, en la propia LOFAGE, así como a los mismos criterios y principios que las Administraciones Públicas.

dación, sino crearla ella misma, y pese a los intentos de efectuados por el legislador en aras a someter a cierto control las denominadas fundaciones del sector público, hemos de insistir en la idea que se ha expuesto anteriormente sobre tal situación, criticando abiertamente la solución a la que se ha llegado en nuestro ordenamiento jurídico vigente. En efecto, como ya se ha destacado, la atribución a la Administración —a cualquier Ente público, y no únicamente a los Entes territoriales— del derecho de fundación consagrado en nuestra Constitución, implica, como ha destacado PAREJO, cuya opinión compartimos plenamente, una desnaturalización del mismo²⁹, dado que es consustancial a la idea de fundación la objetivación de una actividad de interés general a través del negocio fundacional³⁰, de forma que con la atribución del derecho de fundación a las personas jurídico-públicas se estaría permitiendo la omisión de determinadas reglas que constituyen la base misma del estatuto jurídico de la propia persona jurídico-pública fundadora. Se trata, en definitiva, como ya hemos destacado, de una nueva manifestación del fenómeno que hemos conocido como *huida del derecho administrativo*, con lo cual, salvo en determinados ámbitos específicos³¹, por todo lo dicho, la entrada de las personas jurídico-públicas en las fundaciones carece de razón de ser³², constituyendo, sin duda alguna una figura forzada, con carácter me-

²⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Constitución, fundaciones y sociedad civil», *op. cit.*, pp. 235 y ss., ha destacado que las fundaciones son una creación característica de la sociedad civil.

³⁰ Así lo destaca enérgicamente PAREJO ALFONSO, L., en su Prólogo a la monografía de VAQUER CABALLERÍA, M., *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios sanitarios*, *op. cit.*, p. 14. Sostiene PAREJO que la Administración no puede objetivar mediante acto propio un fin de interés general, diferenciándolo de los fines de interés general a los que ella misma sirve y afectando permanentemente un patrimonio público al mismo, ni desentenderse organizativa y funcionalmente de la actividad de interés general por descarga de ésta en una organización cuyo estatuto implica la separación de su creador.

³¹ Estos ámbitos específicos en los que la creación de una fundación por parte de los poderes públicos sería especialmente deseable, a juicio de CARRANCHO HERRERO, M.^a T., *La constitución de fundaciones*, *op. cit.*, pp. 65 y ss., serían las instituciones tutelares, la protección jurídica al menor, la defensa de los derechos de autor, la protección civil del derecho al honor, la intimidad o la imagen de las personas fallecidas, la defensa del Patrimonio Histórico español, o en el ámbito universitario. Sobre ésta última en particular, ver DEL SAZ CORDERO, S., «Las fundaciones en el ámbito universitario», en *Autonomías: Revista Catalana de Derecho Público*, n.º 23, 1998, pp. 29 y ss., y BOIX SERRA, C.; PARÉS PUIG, J., «Las fundaciones universitarias. Análisis de algunas experiencias», en *Autonomías: Revista Catalana de Derecho Público*, n.º 23, 1998, pp. 131 y ss.

³² Salvo que se trate, como destaca RAPOSO ARCEO, J. J., «La constitución de fundaciones en la Ley 30/1994, de 24 de noviembre: Análisis del Capítulo II del Título I (arts. 6-11)», en AA.VV., A. RUIZ OJEDA (coord.), *Manual de fundaciones. Régimen jurídico, fiscal y contable*, ed. Civitas, Madrid, 1999, pp. 25 y ss., de articular fundaciones como un nuevo marco de organización administrativo, que en la práctica determine la constitución de una Administración fiduciaria.

ramente instrumental, en nuestro panorama organizativo³³. En conclusión, las fundaciones no forman parte del tejido organizativo de la Administración, ni traban relaciones de dependencia con el Ente Matriz, por lo que debería limitarse a realizar funciones de colaboración con el mismo en el desempeño de actividades meramente colaterales³⁴.

A mayores, resulta incluso dudoso que nos encontremos realmente ante personas jurídico-privadas. En efecto, en el caso de las fundaciones del sector público es la propia Administración la que les dota de personalidad jurídica, a través de una resolución administrativa³⁵, y no como consecuencia del ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, que es lo que sucede cuando una persona jurídico-privada decide la creación de una fundación³⁶.

En definitiva, la Ley 50/2002, que —frente a la absoluta indefinición de su predecesora— contempla un régimen propio para las fundaciones públicas, estableciendo un mayor control y limitaciones propias de entidades que forman parte del sector público, no soluciona una de las cuestiones planteadas

³³ El propio Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse en su **Auto 206/1999, de 28 de julio de 1999**, al resolver el Recurso de amparo 2.908/1998, señalando, en relación con un contrato de alta dirección de la Fundación Teatro Lírico, que, *en efecto, el hecho de tratarse de una relación jurídico laboral especial sometida a priori no a la normativa funcionarial sino al Real Decreto 1382/1985 (y sólo en algunos aspectos al E.T.) no significa que no se le deban aplicar ciertas reglas y principios propios del personal al servicio de las Administraciones Públicas, pues en el presente caso la empresa, 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*. Por ello, el puesto de Director General de la Fundación del Teatro Lírico es uno más de los engranajes de la política cultural y de espectáculos de dos Administraciones (el Estado y la Comunidad Autónoma de Madrid) y, en esa medida, asimilable a los altos cargos o personal eventual de confianza política (previstos con carácter general en el art. 20.2 de la Ley 30/1984).

³⁴ CARBALLEIRA RIVERA, M. T., *Fundaciones y Administración Pública*, Ed. Atelier, Barcelona, 2009, pp. 147 y ss.

³⁵ Como destaca MENÉNDEZ GARCÍA, P., «Las fundaciones del sector público», en AA.VV., *Fundaciones. Problemas actuales y reforma legal*, Aranzadi-Thomson Reuters, Madrid, 2011, pp. 111 y ss., en el acto fundacional *no se está ejerciendo un derecho libre puro, sino que se trata de una personalidad jurídica de segundo grado, en el mismo sentido que se predica de los entes institucionales de la Administración pública*.

³⁶ En este sentido, MUÑOZ MACHADO, S., «Las fundaciones privadas de ente público», en AA.VV., L. CORDERO SAAVEDRA (coord.), *Las universidades Públicas y su Régimen jurídico*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1999, pp. 581 y ss., entiende que no existe un derecho a la fundación, amparado en el artículo 34CE respecto de las Administraciones Públicas, existiendo límites tanto procedimentales como competenciales, no pudiendo establecer fundaciones para la gestión de cualesquiera fines que tengan las Administraciones Públicas encomendados, puesto que, a su juicio, *el poder de fundar no comprende la posibilidad de destruir los principios básicos de la organización administrativa, establecida en las normas que específicamente la regulan ni quebrar las reglas del régimen jurídico general de las Administraciones Públicas*.

cual es la de si con las fundaciones del sector público nos encontramos o no ante verdaderas fundaciones, o si, por el contrario, estamos ante un nuevo uso instrumental de una institución por parte de los poderes públicos para, bajo el mantra de la eficacia, eludir cuantos controles pueda en la gestión de fondos públicos.

Se trata, en definitiva, de proceder a determinar si con las fundaciones del sector público nos encontramos con verdaderas fundaciones —esto es, fundaciones privadas en las que la peculiaridad radica en la naturaleza del fundador— o, por el contrario, estamos ante otra figura jurídica que se arroga determinadas ventajas sometiéndose al régimen fundacional. A juicio de ALLI TURRILLAS, cuya opinión suscribo plenamente³⁷, la fundación del sector público es una verdadera *contraditio in terminis*³⁸, cuya mera existencia daña la esencia de la institución fundacional misma. A juicio del citado autor, la Administración ya cuenta con un marco organizativo específico a través de las diferentes figuras tradicionales de descentralización funcional previstas en la LOFAGE, en el cual, la introducción de la institución fundacional plantea una serie de problemas de difícil o imposible solución práctica³⁹.

Finalmente, tampoco se puede desdeñar la problemática apuntada por PIÑAR que se plantea en relación con el llamado tercer sector, cuyas entidades, a juicio del citado autor, configurado por entidades que ni integran el sector público ni el lucrativo, entre las cuales irrumpen ahora las fundaciones públicas⁴⁰.

IV. Las fundaciones del sector público en la Ley 40/2015

La Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público⁴¹ regula, por vez primera en nuestro ordenamiento jurídico, las fundaciones del sector

³⁷ Posición que ya había mantenido en su momento en NAVAJAS REBOLLAR, M., *La nueva Administración instrumental*, op. cit., pp. 171 y ss.

³⁸ ALLI TURRILLAS, J. C., «Fundaciones y Derecho Administrativo», op. cit., p. 456.

³⁹ Apunta ALLI TURRILLAS, J. C., «Fundaciones y Derecho Administrativo», op. cit., p. 471, la complejidad que supone, a efectos prácticos, cuestiones tales como el régimen presupuestario, de control, de gestión de personal, contratación, etc.

⁴⁰ PIÑAR MAÑAS, J. L., «Tercer sector, sector público y fundaciones», en *Revista Española del Tercer Sector*, n.º 1 (2005), pp. 15 y ss. Para éste autor, las fundaciones de iniciativa pública suponen *una piedra en el engranaje del sistema de las relaciones entre el tercer sector y los poderes públicos que debe ser sometido a profunda reflexión*.

⁴¹ La Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, dictada para dar preciso cumplimiento a las conclusiones del Informe General de la CORA —Comisión para la Reforma de las Administraciones, creada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de octubre de 2012— intenta establecer un régimen completo del citado Sector Público del Estado.

público al margen de la Ley de Fundaciones, tal y como hemos venido destacando. En efecto, en la citada norma, se procede a dar una regulación uniforme a todas las entidades instrumentales de las Administraciones Públicas, bajo su inclusión en lo que se viene en denominar *Sector público institucional*⁴². En dicha Ley, se procede a la regulación de las fundaciones del sector público estatal en el Capítulo VII del Título II (Organización y Funcionamiento del Sector Público institucional), en los artículos 128 y ss. de la norma. En los mismos se procede al establecimiento de un completo régimen jurídico de las citadas fundaciones, manteniendo, no obstante, las líneas esenciales de la Ley 50/2002.

A simple vista, la modificación más importante tiene que ver con el propio concepto de la fundación del sector público estatal, en el que se añade un nuevo requisito para que nos encontremos ante una fundación integrada en el sector público⁴³. A partir de ahí, se procede a regular, de forma sistemática el régimen jurídico de las citadas fundaciones del sector público⁴⁴.

Igualmente digno de ser destacado es la necesidad de Ley tanto para la creación de una fundación del sector público estatal, como para la adquisición

⁴² Que estaría integrado, tal y como dispone el artículo 2.2 de la Ley 40/2015, por:

- a) Cualesquiera organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas.
- b) Las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas que quedarán sujetas a lo dispuesto en las normas de esta Ley que específicamente se refieran a las mismas, en particular a los principios previstos en el artículo 3, y en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas.
- c) Las Universidades públicas que se regirán por su normativa específica y supletoria por las previsiones de la presente Ley.

⁴³ En ese sentido, el artículo 128 de la LRJSP establece:

1. *Son fundaciones del sector público estatal aquellas que reúnan alguno de los requisitos siguientes:*

- a) *Que se constituyan de forma inicial, con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración General del Estado o cualquiera de los sujetos integrantes del sector público institucional estatal, o bien reciban dicha aportación con posterioridad a su constitución.*
- b) *Que el patrimonio de la fundación esté integrado en más de un 50 por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por sujetos integrantes del sector público institucional estatal con carácter permanente.*
- c) *La mayoría de derechos de voto en su patronato corresponda a representantes del sector público institucional estatal.*

⁴⁴ Artículos 130 y ss., estableciendo como régimen supletorio de la propia Ley 40/2015, la Ley 50/2002, de Fundaciones —algo ciertamente difícil de comprender—, la legislación autonómica que resulte aplicable en materia de fundaciones, y, finalmente, el ordenamiento jurídico privado —salvo en materia presupuestaria, contable, de control económico-financiero y en materia de contratación del sector público—.

de forma sobrevenida de dicho carácter⁴⁵. En el anteproyecto de Ley para la creación de una fundación del sector público estatal que se eleve al Consejo de Ministros, deberá acompañarse la correspondiente propuesta de estatutos de la misma, así como el correspondiente plan de actuación⁴⁶.

En todo lo que se refiere al régimen jurídico de las fundaciones del sector público, podemos hablar de que nos encontramos ante una regulación claramente continuista. Sin embargo, la novedad más significativa de la Ley 40/2015 en relación con el funcionamiento de las fundaciones del sector público lo encontramos en una modificación efectuada en la Disposición Final 7.^a de la Ley 40/2015 a determinados preceptos de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones⁴⁷.

⁴⁵ En el artículo 45 de la Ley 50/2002, de Fundaciones, para la constitución, transformación, fusión y la extinción, y los actos o negocios que impliquen la pérdida de su carácter de fundación del sector público estatal o la adquisición del carácter de fundación del sector público estatal de una fundación preexistente, se requería únicamente la autorización previa del Consejo de Ministros.

⁴⁶ El plan de actuación se exige, en la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, a todos los organismos del sector público estatal. El contenido de dicho Plan de actuación, así como sus efectos, se regulan en el artículo 92 de la Ley. Dicho Plan tiene una evidente finalidad de racionalización del sector público, con una exposición de las razones que fundamentan su creación, la justificación de la forma jurídica propuesta, la determinación de los objetivos a cumplir así como los indicadores para medirlos y la acreditación de la inexistencia de duplicidades.

⁴⁷ Dicha modificación, como acertadamente sostiene BLÁZQUEZ LIDOY, A., «Fundaciones del sector público tras su reforma por la Ley 40/2015: análisis de la legislación básica», en AA.VV., *Nuevo Tratado de Fundaciones*, R. DE LORENZO GARCÍA, J. L. PIÑAR MANAS, I. PEÑALOSA Esteban, (dirs.), Ed. Thomson-Reuters Aranzadi, 1.^a ed, 2016, pp. 345 y ss., conlleva una *desnaturalización de las fundaciones del sector público como fundaciones*. En efecto, como analiza, dicho autor, hasta la entrada en vigor de la Ley 40/2015, las entregas dinerarias sin contraprestación se regían por el Derecho privado siempre y cuando tuvieran relación directa con el objeto de la actividad contenido en sus estatutos y se aplicasen una serie de principios contenidos en el artículo 8.3 de la Ley (publicidad, concurrencia, objetividad...). Tras la reforma, como ha destacado BLÁZQUEZ LIDOY, *las fundaciones del sector público únicamente podrán conceder subvenciones cuando así se autorice a la correspondiente fundación de forma expresa mediante acuerdo del Ministerio de adscripción. En definitiva, añade este autor, las fundaciones del sector público sólo van a poder conceder subvenciones, y no, como hasta ahora, ayudas monetarias —becas, por ejemplo—, ni tampoco podrán adquirir bienes o servicios con la finalidad exclusiva de entregarlos a terceros.*

V. Las fundaciones privadas constituidas por Entes públicos

1. *Un nuevo intento de huida. Las fundaciones privadas controladas por Entes públicos*

Finalmente hay que referirse a la posibilidad de que las personas jurídico-públicas creen fundaciones privadas, esto es, fundaciones que, por no cumplir los requisitos establecidos en el artículo 128 LRJSP⁴⁸, quedarían sometidas al mismo régimen jurídico que cualquier otra fundación privada⁴⁹, pese a que los ingresos de su actividad ordinaria tengan una procedencia mayoritariamente pública.

Se trataría, en mi opinión, de un paso más en los intentos de eludir todos los controles posibles, tal y como ha señalado algún autor⁵⁰, tras el control de las fundaciones públicas que se ha venido realizando por la jurisprudencia —esencialmente comunitaria— y finalmente por nuestra legislación interna, ahora se trata de constituir fundaciones privadas donde la posición de la Administración en el patronato o en la dotación no sea mayoritaria, donde la apariencia de fundación privada esquivе definitivamente los controles.

La primera cuestión que hemos de plantearnos es si es admisible la posibilidad de que existan las citadas fundaciones privadas del sector público, esto es, que los Entes públicos constituyan fundaciones al margen de la previsión que la LRJSP hace respecto de las fundaciones del sector público. En ese sentido, el Tribunal Supremo, en su STS de 27 de abril de 2005 (RJ 2005/4557) mantiene —aún bajo el régimen de la LF de 1994— dicha posibilidad señalando que nada impide que personas jurídicas de derecho público constituyan fundaciones privadas salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario⁵¹.

⁴⁸ Este precepto sustituye al artículo 44 de la Ley de Fundaciones, que añade, como ya se mencionó, un nuevo requisito para que nos encontremos con fundaciones del sector público estatal.

⁴⁹ Nos estamos refiriendo únicamente a las llamadas fundaciones *privadas* del sector público, por ALLI TURRILLAS, J. C., «*Fundaciones y Derecho Administrativo*», *op. cit.*, p. 422, en las que, además de las citadas por dicho autor, existen verdaderas fundaciones privadas cuyo control *de facto* corresponde a una Administración Pública.

⁵⁰ ARIAS RODRÍGUEZ, A., en <http://fiscalizacion.es/2010/02/01/la-segunda-fuga/>. Concluye este autor con la significativa afirmación: *Encuentre unos buenos patronos privados que aporten y tengan la mayoría y se acabó el problema. A poder ser una Caja de ahorros o unas compañías importantes más ocupadas en otros menesteres.*

⁵¹ Añade, el TS que resulta factible fundaciones privadas de iniciativa pública que serán *verdaderas fundaciones y no organismos públicos ni entes públicos de otra naturaleza, y menos aún existen restricciones a la existencia de fundaciones «mixtas», situación en la que se incardinaría la aquí controvertida, a cuya creación concurren como fundadores sujetos de derecho público y sujetos de derecho*

Admitida la posibilidad de que existan tales fundaciones privadas constituidas por Entes públicos, en este caso, nada infrecuente, resulta obligado hacer algunas referencias a las especialidades que se presentan en la creación de una fundación privada —que no cumpla ninguno de los requisitos del art. 128 LRJSP— como consecuencia de que el fundador sea en exclusiva un Ente público.

Efectivamente, los supuestos en los que las Administraciones Públicas han participado en diferentes fundaciones como verdaderos medios de gestión de servicios y actividades públicas son numerosos⁵² dentro de las muy diversas formas utilizadas bajo el título de la potestad de autoorganización de las propias Administraciones⁵³. No obstante, resulta incuestionable a estas alturas que, pese a que estamos en presencia de la creación de fundaciones privadas, la creación de las mismas no puede desentenderse del carácter público del fundador, que será determinante para la modificación de determinados aspectos del procedimiento fundacional. En este sentido, hemos de recordar, como ya se apuntó en su momento, en relación con la normativa precedente que la Ley 30/1994 no establecía previsión alguna en relación con este supuesto —al igual que con las fundaciones del sector público en sentido estricto—, como por otra parte parecía lógico; en efecto, tratándose de una norma de Derecho privado, no sería lógico que la misma hubiese entrado en la regulación de cuestiones típicamente administrativas como es el procedimiento de formación de la voluntad de una Administración pública. Para dar respuesta a estas cuestiones, había que acudir, como señala PIÑAR, tanto a las reglas establecidas en la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, como a la propia LOFAGE⁵⁴. Por su parte, ni la Ley 50/2002, ni la posterior Ley 40/2015 contemplan ninguna previsión ni especialidades al respecto.

privado. Una vez constituida la fundación su patrimonio es absolutamente independiente del propio de las instituciones que la creó por lo que no es posible imputar a los entes fundacionales deudas económicas de la nueva persona jurídica. Ambas modalidades como fundaciones privadas se encaminan a la consecución de los fines fundacionales de interés general reflejados en los Estatutos por voluntad de sus creadores, «públicos» o «privados» o «públicos y privados», que también podrán determinar libremente su órgano de gobierno —Patronato— con la única sujeción de un número mínimo de miembros (art. 12 LF/1994).

⁵² Como destaca SOSA WAGNER, F., «La Fundación en el horizonte de las formas de gestión de los servicios públicos Locales», en *El Derecho Administrativo en el umbral del SXXI. Homenaje al profesor Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 1905 y ss.

⁵³ Como defiende MENÉNDEZ GARCÍA, P., «Las fundaciones y las sociedades públicas», en AA.VV., T. CANO CAMPOS (COORD.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo. Tomo II. La Organización de las Administraciones Públicas*, Iustel, Madrid, 2009, p. 290.

⁵⁴ PIÑAR MAÑAS, J. L., «Fundaciones constituidas por Entidades públicas: Algunas cuestiones», *op. cit.*, pp. 37 y ss.

Lo mismo cabía señalar del actuar de estas fundaciones —verdaderas fundaciones privadas—, que, pese a ser entidades de derecho privado, no pueden desprenderse por completo de su origen público ni tampoco olvidar que las aportaciones necesarias para su funcionamiento ordinario proceden de fondos públicos, con lo cual en determinados aspectos de su actuación —contratación, ingreso de personal— han de sujetarse a los mismos criterios que las Administraciones públicas —objetividad, publicidad, concurrencia, mérito y capacidad, etc.—⁵⁵, con lo cual se limitaría el riesgo de que por la vía de la creación de fundaciones se estuviese eludiendo la aplicación de reglas esenciales en el estatuto jurídico de la persona fundadora. No obstante, estos criterios, cuya validez parece fuera de toda duda, se encontrarán, sin embargo, con la dificultad derivada no solo del carácter privado de la propia fundación, que someterá su actuación a los principios rectores de cualquier entidad de esa naturaleza, sino sobre todo de la ausencia de los mecanismos necesarios para su puesta en la práctica, y posterior control.

2. *La encomienda de gestión y la legislación de contratos*

La solución a estas cuestiones viene dada como consecuencia de lo que constituye sin duda la principal problemática con la que nos encontramos cuando estamos en presencia de lo que podemos considerar una fundación privada del sector público —esto es, una fundación que no reúne los requisitos referidos en el art. 128 LRJSP— pero que se nutre en su actividad ordinaria, esencialmente —cuando no únicamente— con fondos y dotaciones públicas, y que tiene que ver con la necesidad o no de abrir, a la hora de establecer y aportar estas dotaciones públicas, el correspondiente proceso de adjudicación de conformidad con lo establecido en el TRLCSP.

En efecto, en estos casos, y con el fin de eludir la aplicación de la normativa de contratos, se ha venido acudiendo a la utilización de la figura de la encomienda de gestión, calificando a la entidad instrumental —la fundación— como un medio propio de la Administración. Dicha figura, la encomienda de gestión, en relación con medios propios de la Administración

⁵⁵ Así lo sostiene el propio PIÑAR MAÑAS, J. L., «El protectorado de fundaciones: situación actual y propuestas de reforma», en AA.VV., A. RUIZ OJEDA (coord.), *Manual de fundaciones. Régimen jurídico, fiscal y contable*, op. cit., pp. 81 y ss., que además hace referencia a que dichos criterios han sido positivizados por la Ley Gallega 10/1996, de 5 de noviembre, de actuación de entes y empresas con participación mayoritaria de la Xunta, Según esta Ley, los principios de publicidad, transparencia y concurrencia deben aplicarse a todo el ámbito de actuación de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la forma organizativa que la propia Administración asumiese.

encomendante ha sido tratada de forma completa ya desde hace años por la jurisprudencia comunitaria, desde la STJUE de 18 de noviembre de 1999, en la que se establece la doctrina del *in house providing*, por la cual entre la Administración encomendante y la entidad de capital público que recibe en encargo, debe existir una relación de instrumentalidad, en virtud de la cual se entienda que la encomienda es una modalidad de gestión descentralizada. Más aún, se requiere que la totalidad del capital sea de aquella Administración encomendante, que ésta ejerza sobre la entidad encomendada un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (Sentencia TJUE de 11 de enero de 2005, Sentencia TJUE de 6 de abril de 2006, Sentencia TJUE de 13 de noviembre de 2008). De lo contrario, entiende el TJUE que habría que aplicar las normas sobre contratación administrativa y apertura a la competencia⁵⁶.

Concretamente, la clave de esta doctrina del TJUE la encontramos en el artículo 4.1n) del TRLCSP, en el cual se establece como requisito para excluir de la aplicación de la misma a los negocios jurídicos en cuya virtud *se encarge a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación*. Para que un ente u organismo de los que nos ocupan tenga la consideración de medio propio o servicio técnico, el citado artículo 24.6 TRLCSP⁵⁷ se requieren los siguientes requisitos:

a) Que el poder adjudicador ejerza sobre el organismo en cuestión —la fundación privada— un control análogo al que tiene sobre sus propios ser-

⁵⁶ SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo (Parte General)*, 8.ª ed., tecnos, Madrid, 2012, pp. 428 y ss.

⁵⁷ El artículo 24.6 TRLCSP establece lo siguiente: «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».

vicios; cuando se trata de sociedades mercantiles, el precepto exige que la totalidad de su capital sea de titularidad pública, algo que no se exige al referirse a fundaciones⁵⁸.

b) Que en la norma de creación de la entidad, o en sus estatutos, se reconozca expresamente la condición de medio propio, así como el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir.

Con esta doctrina que se acaba de sentar, nos encontramos en la práctica con la disyuntiva de si podemos considerar si se cumplen estos requisitos en numerosos supuestos de nuestro panorama organizativo; concretamente, a título de ejemplo, nos encontramos como en efecto, la gestión de los contratos del artículo 83 LOU —amén de otras cuestiones— la realizan en gran parte de nuestras Universidades públicas fundaciones que, con la Ley de fundaciones en la mano, son fundaciones privadas (dado que no cumplen ninguno de los criterios que establece el artículo 128 LRJSP para ser consideradas fundaciones del sector público). Como acabamos de señalar, al tratarse de meras fundaciones privadas, sería preciso acudir al TRLCSP para atribuir la gestión de los citados contratos por parte de las Universidades.

En consecuencia, aquéllas fundaciones que no sean consideradas como medios propios de las Universidades de las que dependen no podrán recibir encomiendas o «adjudicaciones directas» de la prestación, sino que habrá de realizarse desde la Universidad una licitación pública en la que la Fundación debe presentarse como un licitador más⁵⁹.

⁵⁸ No obstante, para RAZQUIN LIZARRAGA, M., «Las fundaciones y la contratación pública», en *RVAP*, n.º 87-88, 2010, pp. 905 y ss., cabe hacer otra lectura al precepto a la luz de lo dispuesto en la Directiva 2004/18 CE, por la cual habría que optar por una tesis en la que las fundaciones públicas sólo podrán ser medios propios cuando la titularidad de su aportación inicial sea en su totalidad de una entidad pública, o de varias, pero en todo caso públicas.

⁵⁹ Así lo ha señalado el Consejo Consultivo de la Comunidad Valenciana en su Dictamen 659/2014, de 4 de diciembre, en el que mantiene que *partiendo de la naturaleza jurídica privada de la Fundación Universidad-Empresa —y si se quiere conservar dicha naturaleza—, el instrumento jurídico procedente para regular las relaciones jurídicas entre aquélla y la Universitat habida cuenta que cualquier actividad que la Fundación realice en interés de la Universitat que conlleve contra-prestación (precio), bien satisfecho directamente por parte de la Universidad (mediante subvenciones o transferencias) o bien indirectamente mediante «precios públicos» o pagos procedentes de los usuarios de dicha actividad o prestación, debe articularse en el marco y con sujeción a lo establecido en la normativa sobre contratación pública, al tener la Universitat la naturaleza de Administración Pública-poder adjudicador, con arreglo al artículo 3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector público (TRLCSP), y la Fundación, naturaleza privada.*

Y lo subraya argumentando que si bien es cierto que *el artículo 84 de la Ley Orgánica 6/2001 de Universidades permite a las Universidades acudir a la figura del convenio, pero debe tenerse en cuenta, en relación con la figura del «convenio», que el TRLCSP en su artículo 4.1, letras c y d, precepto de carácter básico, determina que están excluidos de su ámbito de aplicación los convenios celebrados con per-*

Además tampoco puede ser de aplicación la celebración de un convenio entre la Universidad y la Fundación ya que el artículo 4.1.d) del Real Decreto Legislativo 3/2011 considera excluidos del ámbito de aplicación:

«d) *Los convenios que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales*».

La doctrina considera que la encomienda de gestión a un medio propio es un acto administrativo unilateral de encomienda por lo que la utilización de la figura de los convenios administrativos entre la Administración encomendante y la fundación pública encomendada es incorrecta.

Para justificar la consideración de dichas fundaciones como medios propios del artículo 4.1n) y 24.6 TRLCSP, se ha venido acudiendo al expediente de modificar los Estatutos de las Fundaciones Universitarias —fundaciones privadas— atribuyendo el control de las mismas a la Universidad. Si se adopta la tesis antes citada, se estaría incumpliendo en este caso de las fundaciones universitarias —verdaderas fundaciones privadas— y en otros muchos, la normativa de contratos⁶⁰, normativa que tendrían que cumplir necesariamente en el caso en que la fundación privada a la que se encomendase la gestión de los citados contratos del artículo 83 LOU no fueran medios propios de la Universidad; en ese caso, sería preciso que ésta convocase el correspondiente procedimiento de licitación al que podría concurrir cualquier otro licitador interesado⁶¹.

El cumplimiento de la legislación de contratos se ha venido eludiendo, por el contrario, acudiendo a la encomienda de gestión⁶², regulada hasta

sonas públicas o privadas, siempre que su objeto no esté comprendido entre los regulados en esta ley o en leyes especiales. Por lo tanto, conforme a este artículo, queda eliminada la posibilidad de acudir a la figura de convenio de colaboración en los casos en que exista una relación de carácter y contenido contractual en la que existan intereses patrimoniales, con independencia del carácter público o privado del sujeto.

⁶⁰ DEL SAZ CORDERO, S., «Las fundaciones de las universidades públicas», en AA.VV., J.V. GONZÁLEZ GARCÍA (dir.), *Comentarios a la Ley Orgánica de Universidades*, Ed. Civitas, Madrid, 2009, pp. 1335 y ss., mantiene la posición contraria, sosteniendo que basta con la consideración como medio propio de la fundación en cuestión, sin que pueda exigirse el requisito de que la totalidad de la aportación inicial tenga procedencia pública.

⁶¹ Las fundaciones públicas pueden participar como licitadoras en un procedimiento de contratación pública, tal y como destaca RAZQUIN LIZARRAGA, M., «Las fundaciones y la contratación pública», *op. cit.*, p. 928, con la advertencia de que la contratación no podría hacerse con aquellos poderes adjudicadores de los que sean medios propios por la prohibición expresa en tal sentido del artículo 24.6 TRLCSP *in fine*.

⁶² AMOEDO SOUTO, C., «El nuevo régimen jurídico de la encomienda de ejecución y su repercusión sobre la configuración de los entes instrumentales de las Administraciones Públicas», en *RAP*, n.º 170 (2006), pp. 273 y ss.

ahora, como dijimos, en el artículo 15 LRJPAC, con lo que nos encontraríamos con la paradoja de que se está gestionando un servicio mediante una fórmula de gestión directa, por una fundación privada⁶³.

Y es en este punto donde planteamos nuestras dudas sobre si la citada utilización de fundaciones privadas como entes gestores de los contratos de investigación —amén de otras actividades— no constituye un verdadero fraude de ley, en el que se fuerzan tanto instituciones como el propio ordenamiento jurídico con la única finalidad de eludir controles y obtener beneficios fiscales que de otro modo no corresponderían⁶⁴.

En efecto, volvemos al punto inicial previo, esto es, a la LRJSP; en la misma, como ya hemos destacado, se establece un completo régimen jurídi-

⁶³ Con la entrada en vigor de la Ley 40/2015, se produce una modificación en cuanto a las fundaciones del sector público se refiere, con la regulación en el artículo 86 de los medios propios y los servicios técnicos en los términos siguientes:

1. Las entidades integrantes del sector público institucional podrán ser consideradas medios propios y servicios técnicos de los poderes adjudicadores y del resto de entes y sociedades que no tengan la consideración de poder adjudicador cuando cumplan las condiciones y requisitos establecidos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

Tendrán la consideración de medio propio y servicio técnico cuando se acredite que, además de disponer de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social, de acuerdo con su norma o acuerdo de creación, se dé alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica.
- b) Resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico.

Formará parte del control de eficacia de los medios propios y servicios técnicos la comprobación de la concurrencia de los mencionados requisitos.

En la denominación de las entidades integrantes del sector público institucional que tengan la condición de medio propio deberá figurar necesariamente la indicación «Medio Propio» o su abreviatura «M.P.».

3. A la propuesta de declaración de medio propio y servicio técnico deberá acompañarse una memoria justificativa que acredite lo dispuesto en el apartado anterior y deberá ser informada por la Intervención General de la Administración del Estado que vaya a declarar el medio propio y servicio técnico.

⁶⁴ En tal sentido, pone de manifiesto CARBALLEIRA RIVERA, M.^ªT., «Las fundaciones privadas de la Administración pública en el Derecho comparado», *op. cit.*, p. 337, la paradoja que supone que un Derecho como el Derecho Administrativo, nacido para favorecer la libertad de acción de la Administración creando formas de personificación novedosas y desconocidas en Derecho privado, se torne luego en obstáculo insalvable para gestionar la cosa pública. Este fenómeno, añade, *no es patrimonio exclusivo de nuestro ordenamiento jurídico*, sino que, antes al contrario, *existen numerosos ejemplos en el Derecho Comparado que han puesto en pie este modelo con resultados no siempre deseables*.

co para aquellas fundaciones que sean consideradas como *fundaciones del sector público* —art. 128 LRJSP—, de tal forma que tanto la constitución, transformación, fusión y extinción de las mismas, así como su propio régimen jurídico, son exorbitantes, diferentes al del resto de fundaciones privadas, reguladas ahora en la Ley 50/2002, evitando así, en gran medida, el fenómeno de huida del derecho público tan criticado durante la vigencia de su predecesora de 1994. El supuesto que ahora se plantea es el de aquellas fundaciones privadas que, no obstante, son férreamente controladas por una Administración Pública por el dato de ser dicha Administración la principal fuente de ingresos o de actividad de la propia fundación, supuesto éste en el que se pone de manifiesto el uso meramente instrumental de la propia institución fundacional, así como la falacia de uno de los argumentos esgrimidos a favor de la aceptación sin más de la institución fundacional en el ámbito organizativo de las Administraciones Públicas, cual es la pretendida colaboración de la sociedad civil en las actividades públicas⁶⁵.

Se trata ahora, por consiguiente, de analizar si, a efectos de contratación administrativa —uno de los pilares esenciales en su momento del fenómeno de la *huida*— las fundaciones tienen o no la consideración de entidades del sector público. Ninguna duda plantea tal consideración en relación con las fundaciones del sector público —arts. 128 y ss. LRJSP— que aparecen expresamente contempladas como tales en el artículo 3.1f) TRLCSP⁶⁶. Efectivamente, tratándose de fundaciones del sector público estatal todas ellas tienen la consideración de poderes adjudicadores, dado que se trata de entidades cuya finalidad última es la realización de actividades de interés general, lo que excluye la posibilidad de que el objeto de las mismas tenga carácter mercantil o industrial⁶⁷. Dicho criterio no se desvirtúa por el hecho de que las

⁶⁵ CARBALLEIRA RIVERA, M.^ªT., «Las fundaciones privadas de la Administración pública en el Derecho comparado», *op. cit.*, p. 338.

⁶⁶ En el que se incluyen dentro del sector público «*las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades*».

⁶⁷ En tal sentido, la Instrucción 1/2008, de 5 de febrero, sobre contratación de las Fundaciones del sector público estatal, sociedades mercantiles del Estado y Entidades Públicas Empresariales, dependientes de la Administración General del Estado, dictada por la Dirección del Servicio Jurídico del Estado, destaca que en el caso de las fundaciones del sector público estatal, *la consecución de fines de interés general —lo que excluiría la caracterización mercantil o industrial— queda, si cabe, más reforzada, desde el momento en el que el artículo 46.1b) de la Ley 50/2002 dispone, en relación con dichas fundaciones, que únicamente podrán realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades fundadoras, por lo que si el ámbito competencial de éstas queda siempre comprendido en la satisfacción de fines públicos o de interés general, los fines de las fundaciones del sector público estatal habrán de ser necesariamente fines de interés general o públicos.*

fundaciones del sector público realicen actividades económicas, que serían en todo caso consideradas como complementarias o accesorias de sus fines, tal y como precisa el artículo 24 LF⁶⁸.

3. *Las fundaciones privadas en mano pública, como entidades del sector público*

Sin que nos corresponda en este momento el análisis minucioso de lo que debemos entender por sector público, lo cierto es que la primera referencia que encontramos a dicho concepto, aparece en el Decreto 1022/1964, de 15 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Patrimonio del Estado. En su Título III, dedicado a la Actividad industrial y comercial del sector público, aparecía un precepto, el artículo 106 en el que se entendía por dicha actividad la realizada por los Organismos autónomos y empresas, nacionales o no, de que sean partícipes o propietarios, así como la de los Servicios administrativos.

Posiblemente, para una mayor precisión del citado concepto de *sector público*, el principal problema que se plantea es la utilización por parte del legislador, sin precaución alguna por su parte, de conceptos y expresiones genéricas como la que nos ocupa —*sector público*— tal y como hace entre otras en la LGP de 2003; en el Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de estabilidad presupuestaria, o, sin ir más lejos, en el TRLCSP.

Así nos encontramos con que el legislador ha venido hablando de *sector público* sin haberlo definido previamente, como si fuera una realidad jurídica plenamente conocida. En ese sentido, nos encontramos con que en ocasiones se ofrece una especie de definición/enumeración (TRLCSP, LGP) la cual únicamente sirve a los efectos de la aplicación de la respectiva Ley⁶⁹.

Ello ha venido planteando un problema interpretativo relativo a qué debe entenderse cuando una norma se refiere o menciona el concepto de sector público, o simplemente hace una genérica referencia a las entidades de dere-

⁶⁸ Además, en el caso de las fundaciones del sector público estatal, el artículo 128.2 LRJSP dispone que únicamente podrán realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades fundadoras, por lo que si el ámbito competencial de éstas queda siempre comprendido en la satisfacción de fines públicos o de interés general, los fines de sus fundaciones del sector público habrán de ser, necesariamente, fines de interés general o públicos.

⁶⁹ Sobre el particular, ver el trabajo de BOTO ÁLVAREZ, A., *La Administración instrumental en el proceso*, Ed. Reus, Madrid, 2011, pp. 172 y ss.

cho público. Entre nosotros, y al objeto de proceder al estudio de las fundaciones públicas, y sin que, en ningún caso se trate de equiparar la pertenencia al sector público con el régimen jurídico que sea de aplicación, no nos planteaba ninguna duda la pertenencia al sector público de las fundaciones reguladas en los artículos 128 y ss. LRJSP —antes 44 y ss. LF—; sin embargo, mayores dudas plantea la pertenencia al mismo de las fundaciones privadas en las que los entes públicos presentes en las mismas ejercen un control de facto, sea político o financiero; y ello al menos desde la perspectiva de la contratación pública, aspecto este esencial cuando se trata de un uso instrumental de una estructura organizativa por parte de cualquier Administración.

Por su parte, la LRJSP, al establecer su ámbito subjetivo de aplicación sostiene, en su artículo 2 que la misma *se aplica al sector público que comprende:* a) *La Administración General del Estado.* b) *Las Administraciones de las Comunidades Autónomas.* c) *Las Entidades que integran la Administración Local.* d) *El sector público institucional.* En su apartado 2.º procede a aclarar el contenido de éste último concepto de *sector público institucional*, agregando que el mismo se integra por: a) *Cualesquiera organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas.* b) *Las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas que quedarán sujetas a lo dispuesto en las normas de esta Ley que específicamente se refieran a las mismas, en particular a los principios previstos en el artículo 3, y en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas.* c) *Las Universidades públicas que se registrarán por su normativa específica y supletoriamente por las previsiones de la presente Ley.*

EL problema que se plantea en relación con el concepto de fundación del sector público que venimos exponiendo tiene que ver con la existencia, cada vez más frecuente, de fundaciones en la que, para soslayar su consideración como públicas, se procede a realizar una aportación privada, por nimia que sea, para posteriormente ser financiada por una Administración que, de esta manera, elude la aplicación del régimen jurídico que la LRJSP prevé para las fundaciones del sector público⁷⁰. Ejemplos de esta categoría de fundaciones cuya única finalidad no es otra que eludir el control por parte de

⁷⁰ Comparto plenamente las reservas manifestadas por BLÁZQUES LIDOY, A., *Fundaciones Públicas: consideraciones generales sobre su régimen jurídico*, en AA.VV., Rafael DE LORENZO, J. L. PIÑAR, T. SANJURJO (dir.), *Tratado de fundaciones*, Aranzadi, 2010, pp. 329 y ss., cuando manifiesta el error que, a su juicio, supone vincular el concepto de fundación pública a la aportación inicial, con lo que se llega a que, de una parte, *fundaciones que han sido abandonadas por los poderes públicos sigan siendo públicas a pesar de que ni la actual dotación es mayoritariamente pública ni la Administración nutre sus recursos ni, tampoco, en su patronato existe representación mayoritaria de las Administraciones*. Y, por otra, sea tan sencillo soslayar el carácter público de la fundación, *haciendo que la aportación inicial sea privada*.

los poderes públicos en relación con los fondos públicos de los que depende su funcionamiento no son en absoluto infrecuentes⁷¹.

En tal sentido, frente a esa identificación de la naturaleza de la fundación con la aportación inicial, ya reaccionó la Directiva 2004/18CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios; en efecto, la citada norma comunitaria contiene, en su artículo 1.9, una fórmula general cuya finalidad esencial no es otra que evitar que se produzca precisamente un fenómeno de *huida* de la aplicación de la propia Directiva de contratación pública mediante la utilización instrumental de fórmulas organizativas propias del derecho privado. Para ello, la Directiva recoge un amplio concepto de *organismo de Derecho público* que no tiene que ver con lo que se ha venido entendiendo entre nosotros por tal categoría. Así, en el citado precepto comunitario se establece que *Son considerados «poderes adjudicadores»: el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de Derecho público.*

Es considerado «organismo de Derecho público» cualquier organismo:

- a) creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil,*
- b) dotado de personalidad jurídica y*
- c) cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público, o bien cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o bien cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público.*

⁷¹ Paradigmático es el caso de la Fundación Centro Cultural Internacional Óscar Niemeyer, descrita por HUERGO LORA, A. y GARCÍA LUENGO, J., «Las Fundaciones en Asturias», en *Anuario de Derecho de Fundaciones 2012*, Iustel, pp. 318 y ss. Esta Fundación nace como una fundación con mayoría pública, al disponer el sector público de la mayoría de votos en el patronato, y fueron los patronos públicos quienes designaron al Presidente y al Secretario de la misma, y quienes dominaban el patronato, que entre otras decisiones, nombró al Director de la Fundación. Sin embargo, y poco después de inaugurarse las instalaciones y de comenzar la actividad de la Fundación, se produce una modificación de los Estatutos, dando entrada a nuevos patronos privados, con el resultado de que el sector público pierde la mayoría, así como un intento —frustrado finalmente— de cesión de los singulares edificios en los que la Fundación realizaba su actividad por el plazo máximo legalmente permitido; y todo ello coincidiendo —casualmente— con un cambio de signo político en el gobierno autonómico. De tal forma que el nuevo Gobierno se habría encontrado con un Centro, construido íntegramente con fondos públicos, en manos durante 50 años de una fundación privada sobre la que carecería de toda capacidad de influencia.

A mayor abundamiento, y a los efectos que nos ocupan, la jurisprudencia del TJUE ha señalado, en numerosas resoluciones, que el concepto de organismo de derecho público es un concepto de Derecho comunitario que ha de recibir una interpretación uniforme en toda la UE.

Lo que ha hecho la normativa comunitaria⁷² no ha sido otra cosa que desprenderse de cualquier calificación de una entidad en cuestión y, a efectos de resolver si nos encontramos con un organismo de derecho público —al que, consecuentemente hay que aplicar la normativa comunitaria en materia de contratos—, proceder a comprobar si la entidad de que se trate —fundación, asociación, etc.— cumple los tres requisitos antes expuestos sin tener en cuenta el presunto estatuto de derecho privado de la misma a los efectos de excluir por este dato su consideración como entidad del sector público a los efectos de aplicación de la legislación en materia de contratos⁷³. En conclusión, para el Derecho comunitario, plasmado en la legislación de contratos, la fórmula jurídica adoptada por una entidad con personalidad jurídica no es determinante a los efectos de someter a la misma a los requisitos en materia de publicidad, concurrencia y objetividad en materia de contratación⁷⁴.

⁷² Finalmente incluida en nuestra legislación de contratos, pese a las reticencias que ha tenido nuestro legislador para adaptar nuestro derecho al ámbito de aplicación subjetivo de la legislación comunitaria en materia de contratación, punto éste siempre polémico a la hora de las constantes y sucesivas normas que en estas dos últimas décadas se han dictado en la materia siempre consecuencia de duras sentencias del TJUE condenando a nuestro país, como por ejemplo la de 15 de mayo de 2003, 16 de octubre de 2003 y 13 de enero de 2005. En tal sentido, la primera de las Sentencias aludidas establece (apartado 54) que *en esta perspectiva, para resolver la cuestión de la calificación eventual como organismos de Derecho público de distintas entidades de Derecho privado, el Tribunal de Justicia se ha limitado, únicamente, según jurisprudencia reiterada, a comprobar si estas entidades cumplían los tres requisitos acumulativos enunciados en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, considerando que la forma de constitución de la entidad era indiferente a este respecto*. Añadiendo a continuación, en el apartado 55, que *de los principios así elaborados por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el estatuto de Derecho Privado de una entidad no constituye un criterio que pueda excluir su calificación como entidad adjudicadora en el sentido del artículo 1, letra b), de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 y, por tanto, del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665*. Para concluir finalmente, de forma contundente, en el apartado 56 que *es necesario señalar, además, que el efecto útil tanto de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, como de la Directiva 89/665 no quedaría plenamente preservado si pudiera excluirse la aplicación de dichas Directivas a una entidad que cumpla los tres requisitos antes citados por el mero hecho de que, con arreglo al Derecho nacional al que está sujeta, su forma y su régimen correspondan al Derecho Privado*.

⁷³ RAZQUIN LIZARRAGA, J. A., El impacto de la jurisprudencia comunitaria europea sobre contratos públicos (2003-2004) en el ordenamiento jurídico interno, *op. cit.*

⁷⁴ Tal y como ha señalado la STJUE de 15 de mayo de 2003, *de la jurisprudencia del Tribunal se desprende que el estatuto de derecho privado de una entidad no constituye un criterio que pueda excluir su calificación como entidad adjudicadora*.

Mayor interés, dado el objeto del estudio que acometemos, tiene el tercero de los requisitos transcritos, esto es, la exigencia de que el control de la fundación —u otra entidad de que se trate— sea efectivo por parte de la Administración Pública, tanto si se trata de un control financiero⁷⁵ o de cualquier otra naturaleza⁷⁶. Dicho control se produce, por consiguiente, tanto cuando hay un control real y efectivo por parte de la Administración —por controlar ésta su órgano de administración o gestión—, como cuando hay un control financiero. En este último caso nos encontramos con fundaciones que, con arreglo a la LRJSP son fundaciones privadas —por no concurrir los consabidos requisitos del art. 128 LRJSP— pero que se encuentran financiadas con fondos públicos, preferentemente subvenciones. En esos casos, dichas fundaciones serían, con arreglo a los criterios que venimos destacando, poder adjudicador para el TRLCSP, tal y como ha venido sosteniendo la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en distintos Informes como el Informe 40/10, de 28 de octubre de 2011, en el que se abordan las «*Consideraciones sobre la condición de poder adjudicador de la entidad Fundación Patronato Zorroaga relacionada con el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián*»⁷⁷.

⁷⁵ En este sentido, resulta interesante la jurisprudencia del TJUE citada por MORENO MOLINA, J. A., «La contratación de las fundaciones en la Ley de Contratos del Sector Público», en la *Revista Electrónica CEMCI*, n.º 4 (julio-septiembre 2009), p. 13, en relación con el citado requisito del control del ente por parte de la Administración Pública. Así, la Sentencia de 3 de octubre de 2000 (asunto Universidad de Cambridge) y la Sentencia de 23 de diciembre de 2007 (asunto Bayerischer Rundfunk y otros) han aclarado *cuando existe financiación mayoritariamente pública, que no debe confundirse con financiación a cargo de los presupuestos públicos*.

⁷⁶ Así, la Sentencia del TJUE de 1 de febrero de 2001, citada por MORENO MOLINA, J. A., «La contratación de las fundaciones en la Ley de Contratos del Sector Público», *op. cit.*, p. 13, que considera *sometidas al régimen de contratación pública a las empresas francesas dedicadas a la construcción de viviendas por parte de servicios públicos de construcción y urbanización y de sociedades anónimas de viviendas de alquiler a precio moderado*.

⁷⁷ En dicho informe, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sostiene, en relación con la Fundación Patronato Zorroaga, su carácter de sector público a los efectos del TRLCSP sobre la base del argumento que venimos señalando, en los siguientes términos: *Finalmente, el último requisito se refiere a la financiación o al control administrativo de la entidad. Literalmente que «uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia». La financiación de la Fundación corre a cargo de las ayudas concedidas por la Diputación foral de Guipúzcoa y por el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián, además de un tanto por ciento del precio del servicio que reciben los usuarios, que se paga por éstos. Como vemos, se cumple, en consecuencia el requisito de que la financiación recaiga de forma mayoritaria sobre entidades del sector público, así como concurre el requisito de que sean entidades públicas las que controlen su gestión o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, puesto que el órgano de gobierno se compone de su Presidente, que es el Alcalde-Presidente de la ciudad y 12 vocales,*

A mayor abundamiento, cuando nos encontramos en presencia de subvenciones, es interesante el razonamiento plasmado en el Informe 18/2008, de 27 de noviembre, sobre diversas cuestiones relativas al concepto de financiación mayoritaria, emitido por la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía, en el que, en primer lugar se mantiene que por financiación mayoritaria ha de entenderse, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, una financiación en más de la mitad⁷⁸, sin que la referencia a una *financiación mayoritaria* procedente de fondos públicos implique necesariamente que un organismo puede ser también financiado parcialmente de otra manera, sin perder por ello su condición de entidad adjudicadora.

En segundo lugar, el citado Informe sostiene, por lo que se refiere a la cuestión sobre qué tipo de prestaciones deben considerarse incluidas dentro del concepto de financiación mayoritaria, que *la referida sentencia C-380/98, declara que no toda suma abonada por una entidad adjudicadora tiene por efecto crear o reforzar una relación específica de subordinación o de dependencia. 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 (apartados 21 y ss).*

Bajo este criterio, continúa el informe, la sentencia analiza varios supuestos, que pueden servir de orientación para la Asociación consultante. Así, *considera que las becas o subvenciones concedidas para fomentar la labor investigadora, deben considerarse financiación por una entidad adjudicadora.* En efecto, aun cuando el beneficiario de tal financiación no fuera la propia entidad sino una

de los cuales 10 son nombrados por el Ayuntamiento a propuesta de la Alcaldía, de entre sus Concejales y de entre personas que reúnan la condición de Vecinos de la ciudad (arts. 5 y 6 de sus Estatutos), por lo que, de ello se colige que el control corresponde de forma mayoritaria al Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián.

Dicho esto, es claro que la Fundación, tal como aparece en sus Estatutos, presenta la consideración de entidad del sector público, lo que lleva consigo que sea incardinable dentro del supuesto del artículo 3.1, h).

⁷⁸ Sobre estas cuestiones la jurisprudencia comunitaria ha sentado su criterio en la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de fecha 3 de octubre de 2000, en el asunto C-380/98, *University of Cambridge*. En relación con la primera cuestión objeto de consulta referente a qué debe entenderse por financiar mayoritariamente su actividad, el Tribunal de Justicia ante la cuestión prejudicial planteada por el órgano jurisdiccional remitente que pide se dilucide el significado de la expresión «mayoritariamente financiada», indica que el significado usual del término «mayoritariamente», en lenguaje corriente, quiere decir siempre «más de la mitad» (apartado 30), y que esta interpretación resulta asimismo conforme con lo previsto en uno de los otros supuestos contemplados en las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37.

Concluyendo que el término «mayoritariamente», que figura en de cada una de las Directivas clásicas, debe interpretarse en el sentido de que significa «más de la mitad» (apartado 32).

persona que forme parte de ella como prestador de servicios, se trataría de una financiación que beneficia al conjunto de la institución en el ámbito de sus actividades de investigación⁷⁹.

En conclusión, le será de aplicación el Libro I de la TRLCSP, relativo a la configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos, con las particularidades que se contienen para determinadas cuestiones, tales como, perfección de los contratos (art. 27), invalidez y revisión de los actos (art. 31), posibilidad de recurrir al arbitraje (art. 39), circunstancias que prohíben contratar (art. 60), exigencia de clasificación (art. 65), medios de acreditar la solvencia (art. 74), revisión de precios (art. 89), o exigencia de garantía (art. 104). Cuando se trate de contratos sujetos a regulación armonizada le será de aplicación lo dispuesto en el artículo 137.1 para la preparación de los contratos y en el artículo 190 para la adjudicación. Y cuando se trate de contratos no sujetos a tal armonización lo establecido en el artículo 137.2 para la preparación y en el artículo 191 para la adjudicación.

Se trata, en conclusión, de evitar el evidente abuso de la figura jurídica de la fundación, tal y como sostienen HUERGO y GARCÍA LUENGO⁸⁰, limitándose esta institución a su finalidad original, cual es la adscripción de un patrimonio a una finalidad de interés general, y no lo que observamos en el panorama organizativo en el que las fundaciones son promovidas sin patrimonio alguno relevante que garantice su pervivencia, que se obtiene principalmente a través de las aportaciones efectuadas por los Entes públicos a través —generalmente— de subvenciones.

Por último, al margen de esta categoría de fundaciones privadas del sector público quedarían las fundaciones en las que, aun participando la Administración en la creación de las mismas junto con otras personas físicas o jurídicas privadas ni financia mayoritariamente a las mismas ni tampoco ejerce un control financiero sobre ellas en los términos que acabamos de reflejar.

⁷⁹ En conclusión, para la Comisión Consultiva de la Junta de Andalucía, *cumpléndose pues para las fundaciones los dos primeros requisitos a que se refiere el artículo 3.3 b) de la LCSP, para el caso de tratarse de fundaciones no pertenecientes al sector público de la Comunidad Autónoma de Andalucía de acuerdo con el artículo 55 de la Ley 10/2005, de 31 de mayo, si en las mismas **concurriese además el de la financiación mayoritaria** en los términos expuestos en los apartados anteriores, **habrá de considerarlas como poderes adjudicadores que no tienen el carácter de Administración Pública a los efectos de la LCSP**, sujetándose para la adjudicación de los contratos a las previsiones que a tal efecto establece la LCSP.*

⁸⁰ HUERGO LORA, A. y GARCÍA LUENGO, J., «Las Fundaciones en Asturias», en *Anuario de Derecho de Fundaciones 2009*, Iustel, p. 247.

En éstos casos, nos encontramos ante una fundación privada en sentido estricto, sometida a la LF⁸¹.

Bibliografía

- ALLI TURRILLAS, J. C., *Fundaciones y Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- ALLI TURRILLAS, J. C., *La fundación ¿Una casa sin dueño? (Gobierno, responsabilidad y control público de fundaciones en Inglaterra, EE.UU., Alemania y Francia)*, Iustel, Madrid, 2012.
- AMOEDO SOUTO, C., «El nuevo régimen jurídico de la encomienda de ejecución y su repercusión sobre la configuración de los entes instrumentales de las Administraciones Públicas», en *RAP*, n.º 170, pp. 273 y ss., 2006.
- ARIAS RODRÍGUEZ, A., en <http://fiscalizacion.es/2010/02/01/la-segunda-fuga/>.
- BLÁZQUEZ LIDOY, A., «Fundaciones Públicas: consideraciones generales sobre su régimen jurídico», en AA.VV: Rafael DE LORENZO, J. L. PIÑAR, T. SANJURJO (dir.), *Tratado de fundaciones*, Aranzadi, pp. 329 y ss., 2010.
- BLÁZQUEZ LIDOY, A., «Fundaciones del sector público tras su reforma por la Ley 40/2015: análisis de la legislación básica», en AA.VV., *Nuevo Tratado de Fundaciones* (R. DE LORENZO GARCÍA, J. L. PIÑAR MAÑAS, I. PEÑALOSA ESTEBAN, (dirs.), Ed. Thomson-Reuters Aranzadi, 1.ª ed., pp. 345 y ss., 2016.
- BOIX SERRA, C.; PARÉS PUIG, J., «Las fundaciones universitarias. Análisis de algunas experiencias», en *Autonomies: Revista Catalana de Derecho Público*, n.º 23, pp. 131 y ss., 1998.
- BOTO ÁLVAREZ, A., *La Administración instrumental en el proceso*, Ed. Reus, Madrid, 2011.
- CAFFARENA LAPORTA, J., «Comentario al artículo 6», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Fundaciones e Incentivos Fiscales*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- CARBALLEIRA RIVERA, M.ª T., «Las fundaciones privadas de la Administración pública en el Derecho comparado», en *RAP*, n.º 177, pp. 335 y ss.
- Fundaciones y Administración Pública*, Ed. Atelier, Barcelona, 2009.
- CARRANCHO HERRERO, M.ª T., *La constitución de fundaciones*, J. M.ª Bosch (ed.), Barcelona, 1997.
- DURÁN RIVACOBIA, R., *El negocio jurídico fundacional*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996.
- GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., «La reestructuración del sector público fundacional», en *Anuario de Derecho de Fundaciones*, Iustel, pp. 19 y ss., 2012.

⁸¹ Por encontrar o destacar alguna especialidad, como señala MENÉNDEZ GARCÍA, P., «Las fundaciones del sector público», *op. cit.*, pp. 111 y ss., el único elemento de especialidad sería el procedimiento de formación de la voluntad por parte de la entidad pública que participa en la creación de la fundación y en la disposición de los bienes que lleva a cabo, aspectos ambos sujetos a las normas de Derecho Público.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Constitución, fundaciones y sociedad civil», en *RAP*, n.º 122, pp. 235 y ss., 1990.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo I*, 14.ª ed., Civitas, Madrid, 2008.
- HUERGO LORA, A. y GARCÍA LUENGO, J., «Las Fundaciones en Asturias», en *Anuario de Derecho de Fundaciones*, Iustel, p. 247, 2009.
- «Las Fundaciones en Asturias», en *Anuario de Derecho de Fundaciones*, Iustel, pp. 318 y ss., 2012.
- LASAGABASTER HERRARTE, I., «Las fundaciones en el ámbito local: algunas consideraciones sobre su régimen jurídico», en *REDA*, n.º 160, pp. 61 y ss., 2013.
- MENÉNDEZ GARCÍA, P., voz «Fundación Pública», en AA.VV., *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, ed. Civitas, Madrid, pp. 3204 y ss., 1995.
- «Las fundaciones del sector público», en AA.VV., *Fundaciones. Problemas actuales y reforma legal*, Aranzadi-Thomson Reuters, Madrid, pp. 111 y ss., 2011.
- «Las fundaciones y las sociedades públicas», en AA.VV., T. CANO CAMPOS, (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, tomo II. *La Organización de las Administraciones Públicas*, Iustel, Madrid, p. 290, 2009.
- MORELL OCAÑA, L. y RUIZ OJEDA, A., «La técnica fundacional como instrumento de gestión administrativa en el Derecho Público», en AA.VV., *Manual de Derecho de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal y contable*, Civitas, Madrid, 1999.
- MORENO MOLINA, J. A., «La contratación de las fundaciones en la Ley de Contratos del Sector Público», en la *Revista Electrónica CEMCI*, n.º 4, p. 13 (julio-septiembre 2009).
- MONTORO CHINER, M. J., *Privado y público en el renacer del Gran Teatro del Liceo*, Cedecs, Barcelona, 1997.
- MUÑOZ MACHADO, S., «Las fundaciones privadas de ente público», en AA.VV., L. CORDERO SAAVEDRA (coord.), *Las universidades Públicas y su Régimen jurídico*, Ed. Lex Nova, Valladolid, pp. 581 y ss., 1999.
- NAVAJAS REBOLLAR, M., *La nueva Administración instrumental*, Ed. Colex, Madrid, 2000.
- OLAVARRÍA IGLESIA, J., «Artículo 8. Capacidad para fundar», en AA.VV., J. OLAVARRÍA IGLESIA (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo I. Introducción. Organización administrativa. Empleo público*, Ed. OPEN, 25.ª ed., Madrid, 2015.
- PAJEJO ALFONSO, L., en su Prólogo a la monografía de VAQUER CABALLERÍA, M., *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios sanitarios*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999.
- PIÑAR MAÑAS, J. L., «Régimen jurídico público de las Fundaciones en la nueva Ley española de Fundaciones y Mecenazgo», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Asociaciones, Fundaciones y Cooperativas*, CGPJ, Madrid, 1995.

- «Fundaciones constituidas por Entidades públicas: Algunas cuestiones», en *REDA*, n.º 97, pp. 37 y ss., 1998.
- «Tercer sector, sector público y fundaciones», en *Revista Española del Tercer Sector*, n.º 1, pp. 15 y ss., 2005.
- «Las fundaciones y las sociedades públicas», en AA.VV., T. CANO CAMPOS (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, tomo II. La Organización de las Administraciones Públicas, Iustel, Madrid, 2009.
- PIÑAR MAÑAS, J. L. y REAL PÉREZ, A., *Derecho de fundaciones y voluntad del fundador*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- RAPOSO ARCEO, J. J., «La constitución de fundaciones en la Ley 30/1994, de 24 de noviembre: Análisis del Capítulo II del Título I (arts. 6-11)», en AA.VV., A. RUIZ OJEDA, (coord.), *Manual de fundaciones. Régimen jurídico, fiscal y contable*, Ed. Civitas, Madrid, 1999.
- RAZQUIN LIZARRAGA, M., «Las fundaciones y la contratación pública», en *RVAP*, n.º 87-88, pp. 905 y ss., 2010.
- RUIZ OJEDA, A., «Las fundaciones privadas como colaboradoras de la Administración y el régimen jurídico del patrimonio fundacional: un comentario con ocasión de la nueva Ley de Fundaciones», en *REDA*, n.º 93, pp. 27 y ss., 1997.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo (Parte General)*, 8.ª ed., tecnos, Madrid, 2012.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo Genral*, vol. I, 3.ª ed., Iustel, Madrid, 2015.
- SAZ CORDERO, S. del, «Las fundaciones en el ámbito universitario», en *Autonomies: Revista Catalana de Derecho Público*, n.º 23, pp. 29 y ss., 1998.
- «Las fundaciones de las universidades públicas», en AA.VV., J.V. GONZÁLEZ GARCÍA, (dir.), *Comentarios a la Ley Orgánica de Universidades*, Ed. Civitas, Madrid, pp. 1335 y ss., 2009.
- SOSA WAGNER, F., «La Fundación en el horizonte de las formas de gestión de los servicios públicos Locales», en *El Derecho Administrativo en el umbral del Siglo XI. Homenaje al profesor Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1905 y ss., 2000.
- VALERO AGUNDEZ, U., «La fundación como forma jurídica para empresas del sector público», en AA.VV., E. VERDERA y TUELLS, (dir.), *La empresa Pública*, vol. I, Ed. Real Colegio de España en Bolonia, pp. 285 y ss., 1970.
- VAQUER CABALLERÍA, M., *Fundaciones públicas y Fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios sanitarios*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1999.



Fundaciones privadas y subvenciones públicas: ámbito, procedimiento, justificación, control y libertad

Roberto Fernández Castilla

Abogado del Estado

SUMARIO: I. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO.—II. MARCO JURÍDICO EN EL QUE SE DESARROLLA EL CONTROL DE LAS SUBVENCIONES Y AYUDAS PRESTADAS A FUNDACIONES PRIVADAS: 1. *Las fundaciones como persona jurídica titular de libertad y autonomía: Fundamento civil y constitucional de las Fundaciones como sujeto susceptible de promoción por las Administraciones Públicas.* 2. *El otorgamiento de ayudas o subvenciones: su razón de ser en torno a las fundaciones y su control.* 3. *Procedimiento de justificación y comprobación de la subvención:* A) La justificación y comprobación de las subvenciones. B) Ámbito subjetivo, objetivo y de actividad de la justificación y comprobación. C) El procedimiento de justificación y comprobación: a) Justificación de subvenciones: modalidades. b) Comprobación de subvenciones.—III. CONCLUSIÓN Y PROPUESTA DE ACTUACIÓN DE LAS FUNDACIONES PRIVADAS ANTE LAS ACTUACIONES DE COMPROBACIÓN.—BIBLIOGRAFÍA.

I. Justificación del estudio

Las subvenciones en nuestro ordenamiento jurídico se configuran como un gasto público con un claro fundamento social. En efecto, las subvenciones responden a la llamada «actividad de fomento» de la Administración, entendida esta actividad de fomento como aquella encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar la coacción ni crear servicios públicos¹. Estas actividades de fomento, entre otras entidades o personas jurídicas (y también físicas), se desarrollan por aquellas que se constituyen al amparo del artículo 34 de la Constitución Española: las fundaciones para el cumplimiento de fines de interés general.

En la actualidad, la promoción de actividades de fomento o de interés general por parte de las fundaciones constituidas al amparo de la Ley 50/2002,

¹ JORDANA DE POZAS, L «Ensayo de una teoría del Fomento en el Derecho Administrativo». *Revista de Estudios Políticos*, n.º 48, pp. 41 y ss.

de 26 de diciembre, de Fundaciones (en adelante y en el presente estudio «*Ley de Fundaciones*»), se encuentra íntimamente ligada a las Administraciones Públicas (hoy de nuevo definidas conforme la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público). La razón de ser de esta vinculación es, principalmente, que las fundaciones, en ocasiones, acuden a la financiación de sus actividades a través de recursos propios de la Administración en forma de ayudas o subvenciones.

Esta estrecha colaboración requiere, como resulta lógico al utilizar recursos públicos, de control por parte de las Administraciones Públicas en aquellas ayudas o subvenciones concedidas a las fundaciones para el cumplimiento de los fines de interés general que las mismas ostentan. Este control, *ab initio*, habría de referirse única y exclusivamente a la actividad o fin financiado. Sin embargo, existen ocasiones en que las Administraciones Públicas que colaboran con la fundación cuya actividad se subvenciona, en el momento de solicitar o comprobar la justificación de la utilización de cantidades entregadas al amparo del concepto de subvención, ayuda o convenio, desarrollan una función de fiscalización que excede o abarca mayor información y actuaciones de la propiamente subvencionada, cercenando en este sentido y desde un punto de vista amplio, el propio fundamento del Derecho constitucional a constituir fundaciones para el cumplimiento de interés general, como en el caso concreto, los derechos propios de los beneficiarios de quedar sujetos a criterios estrictos de legalidad y proporcionalidad frente a la Administración que concede una ayuda y que posteriormente procede a su verificación.

Lo anterior ha dado lugar a que se plantee la necesidad de delimitar el alcance y potestades de la posible actividad de comprobación de las Administraciones Públicas que prestan financiación a las fundaciones, concretamente privadas, en sus distintas modalidades objetivas, respecto del cumplimiento o no de las actividades o fines financiados de las fundaciones.

Con base en lo anterior, en el presente estudio, se va a proceder a una delimitación descriptiva de los modos de justificación así como de las funciones de comprobación de las Administraciones que presten ayudas o subvenciones a las fundaciones —privadas—², atendiendo respecto de éstas

² Nos referimos a las fundaciones privadas para su concreta delimitación de las fundaciones públicas. Respecto de las fundaciones cabe manifestar en el presente estudio que existe una importante diferencia entre el derecho de fundación desde la perspectiva de la persona jurídico-privada y aquella fundación que se constituye por una Administración Pública cuando ejerce el derecho constitucional reconocido en el artículo 34 de la Constitución Española. En este último caso es la Administración la que utiliza instrumentalmente la institución de las fundaciones para el cumplimiento de un determinado fin de interés gene-

últimas a su propio fundamento jurídico-constitucional así como material-fiscalístico. Para ello, y como se desarrolla a continuación, es necesario con carácter previo, analizar la razón de ser en nuestro ordenamiento de las fundaciones —privadas— así como de las subvenciones destinadas al cumplimiento de actividades de fomento, y principalmente, qué significa y cuál es la finalidad/necesidad de justificar/comprobar las ayudas prestadas a personas jurídicas que cumplen fines de interés general, así como su ámbito objetivo y subjetivo, para concluir finalmente, con unas conclusiones críticas de las citadas actuaciones de verificación de las fundaciones en el cumplimiento de sus obligaciones de justificación y comprobación de las subvenciones o ayudas recibidas.

II. Marco Jurídico en el que se desarrolla el control de las subvenciones y ayudas prestadas a fundaciones privadas

Las fundaciones privadas, como sujeto beneficiario de subvenciones y ayudas, quedan sujetas a las obligaciones de justificación y control reguladas Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones junto con su Reglamento, aprobado por Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (en adelante y en el presente estudio, «*Ley de Subvenciones*» o «*LGS*» y «*Reglamento*», respectivamente), todo ellos en relación con la propia Ley de Fundaciones.

Las subvenciones se definen por la Ley de Subvenciones en su artículo segundo, considerándolas como una disposición dineraria cuya entrega se realiza sin contraprestación directa de los beneficiarios, estando sujeta así, al cumplimiento de unas determinadas condiciones previas (cumplimiento de los requisitos fijados en la norma para su otorgamiento) así como la ejecución del proyecto, actividad o adopción de un comportamiento para el que se otorgan, que habrá de ser de interés público y general.

Este último elemento que da lugar a la existencia de la subvención, es decir, el cumplimiento de un interés general o un interés social, es el funda-

ral, lo que supone matizar y limitar necesariamente el régimen jurídico que se aplica a las fundaciones, denominadas, privadas (y específicamente sobre las obligaciones de justificación y comprobación de las subvenciones). En este sentido, un importante grupo doctrinal considera que si es la Administración la que constituye una fundación «privada», ésta pasará a formar parte del Derecho Administrativo, y más concretamente, del llamado Derecho Administrativo de organización, lo que consecuentemente conlleva el cuestionamiento de la propia naturaleza de la fundación pública como tal.

mento de la posterior obligación de justificación así como de la acción de control que es objeto de análisis en el presente estudio. En efecto, es este requisito³ el que luego justifica que se impongan sobre el beneficiario los deberes, no solo de justificar ante el órgano concedente la realización de la actividad o proyecto comprometido al recibir la subvención, sino que le impone además, la obligación de someterse a los posteriores controles de comprobación con base en el artículo 14.1.c) de la Ley de Subvenciones que dispone el sometimiento «a las actuaciones de comprobación, a efectuar por el órgano concedente o la entidad colaboradora, en su caso, así como cualquiera otras de comprobación y control financiero que puedan realizar órganos de control competentes, tanto nacionales como comunitarios, aportando cuanta información le sea requerida en el ejercicio de las actuaciones anteriores».

Por tanto, podemos concluir que las actividades de justificación estricta así como de comprobación o control en las subvenciones prestadas, son un elemento o requisito *sine qua non* de esta modalidad de gasto público, y que, en lo que concierne este estudio, alcanza a las fundaciones privadas. Sin embargo, esta actividad de justificación o comprobación no puede establecerse, por el hecho de circunscribirse al gasto público, de manera exorbitante, pues de lo contrario, se estaría limitando la razón de ser de las fundaciones constituidas al amparo de la Constitución Española y su normativa de desarrollo para el cumplimiento de fines de interés social.

Sin perjuicio de lo anterior, en todo otorgamiento de subvención, y en lo que concierne a este estudio, en lo relativo a su control, habrá de estarse al marco jurídico concreto que resulte aplicable, y que depende, en todo caso, del órgano que la concede que —a su vez— marcará la normativa que hay que tener en cuenta en relación a la forma y constitución de la cuenta justificativa (como modo principal de verificación) y los plazos para su realización, que pueden variar en cada caso.

En este sentido, y atendiendo al sistema competencial de nuestro ordenamiento constitucional, para establecer la norma aplicable habrá de fijarse la prevalencia de las distintas normas aplicables, ya sean leyes o reglamentos, en relación con las bases reguladoras, las convocatorias y las normas internas, como puedan ser las instrucciones de justificación, que sean aplicables a cada subvención en concreto.

En efecto, hay que poner de relieve que será el órgano concedente de la ayuda el que dispondrá la norma aplicable. Por tanto, habrá de tenerse en

³ CASAS AGUDO, Daniel. «El control financiero interno de las ayudas y subvenciones públicas, régimen jurídico y cuestiones conflictivas». *Gaceta fiscal*, n.º 355, 2015, pp. 101-132.

cuenta como normativa básica, no solo la Ley de Subvenciones y su Reglamento, anteriormente definidos, sino también i) la normativa regional del ámbito del órgano que otorgue la ayuda, ii) la correspondiente orden del organismo otorgante (en la cual se habrán de fijar las bases reguladoras de la subvención, procedimiento de concesión, así como de justificación y control), iii) los manuales de justificación que hayan sido aprobados, y iv) si las hubiere, las instrucciones técnicas de Justificación que hayan sido aprobadas.

Por último, y en lo que concierne a las ayudas provenientes de la Unión Europea, habrá de estarse a lo que se disponga por las normas comunitarias aplicables en cada caso junto con las normas que incorporen aquellas al ordenamiento jurídico español, siendo aplicables las normas internas solo con carácter supletorio, siendo aquí de aplicación las normas generales aplicables al sistema de fuentes europeo.

En cualquiera de los casos, en conclusión de este autor, para poder conceptuar y entender correctamente aquellas obligaciones concretas, su correlativa actividad de control, y lo que es más importante desde la perspectiva de la fundación, sus derechos frente a aquella actividad que se regulan en la legislación sectorial, hay que partir del propio fundamento de la figura de la fundación como persona jurídica, inicialmente en su vertiente civil, y posteriormente, constitucional.

1. *Las fundaciones como persona jurídica titular de libertad y autonomía: Fundamento civil y constitucional de las Fundaciones como sujeto susceptible de promoción por las Administraciones Públicas*

En el estudio del control de las fundaciones privadas por la utilización de subvenciones y ayudas para la ejecución de sus actividades, hay que partir de la siguiente realidad fáctica: las fundaciones son el resultado de la ejecución de un derecho constitucional reconocido en el artículo 34 de la Constitución Española (en adelante y en el presente estudio «*Constitución Española*» o «*CE*») y que tiene como objetivo fomentar los fines de interés general. Se puede adelantar que el reconocimiento constitucional del derecho a fundar supone el otorgamiento al mismo de una especial protección y reconocimiento, y que no es sino resultado de la propia evolución de la fundación como persona jurídica que afecta bienes a un determinado fin.

En efecto, este derecho (calificado por parte de la doctrina como fundamental a pesar de su encuadramiento fuera de los arts. 14, 15 a 29 y 33.3 de la Constitución Española, y ello, por su propio contenido) determina que las fundaciones tengan, de manera inalienable, un ámbito exclusivo de libertad

de decisión, y ello, con base en la autonomía de la voluntad que se reconoce, no solo desde el punto de vista público sino también como persona jurídica sujeto de derecho privado de conformidad con las normas privadas. En este sentido, ha sido la doctrina más autorizada la que ha afirmado que las fundaciones son hoy elemento trascendental para avanzar en la misión de crear nuevos modelos de relación entre la sociedad y el Estado, generando más sociedad civil y menos Estado, generando un entorno en el que estén juntos la vitalidad y la energía que producen el ánimo de lucro y la solidaridad que se aporta a través de las fundaciones⁴.

Históricamente, las fundaciones se han constituido como la afectación de un patrimonio para el cumplimiento de un fin, generalmente, de interés social. Es cierto, como afirmaba De Castro, que con anterioridad a nuestro vigente Código Civil aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889 (en adelante, «Código Civil») existían dos tipos de fundaciones. En primer lugar, aquellas que se caracterizaban por constituirse en torno a bienes familiares, es decir, aquellas que se constituían en favor de los familiares de los fundadores, y que fueron objeto de desvinculación, y en segundo lugar, aquellas fundaciones constituidas en torno a unos activos que no quedaban afectos a un determinado pariente del fundador, sino que se aplicaban a fines generales de protección, siendo éstas mantenidas por tener fines genéricos. Es importante recordar que las leyes desvinculadoras no afectaron a bienes y patrimonios afectos a este segundo tipo de fundaciones, precisamente, por su carácter benéfico. Esto supuso, y siguiendo a la doctrina civilista mayoritaria que este autor comparte, el reconocimiento de una especial función de las fundaciones con bienes adscritos al cumplimiento de fines en beneficio de tercero, y por ende, su necesaria protección, y que hoy, debe seguir respetándose en lo que se refiere al control de la persona jurídica fundacional.

Es finalmente con el Código Civil vigente cuando se configura la fundación tal y como se conoce en la actualidad. En efecto, el Código Civil configura a las personas jurídicas, y así lo afirma la doctrina, como realidades sociales personificadas por la voluntad del legislador, es decir, traen causa del ordenamiento jurídico ante el cumplimiento de unos determinados requisitos, en dos modalidades, asociacionales y fundacionales, ya sea con base en la unión de una colectividad de personas (*universitas personarum*) o como un conjunto de bienes (*universitas bonorum*), y éstos, afectos un interés público. De esta manera, quedaban suprimidas en nuestro ordenamiento jurídico

⁴ PARADA VÁZQUEZ, J. R. «Las fundaciones desde el Derecho Público», en *Revista de la Facultad de Derecho de la UNED*, n.º 4 1993, p. 149.

aquellas vinculaciones familiares de bienes, admitiéndose únicamente aquellas constituidas con fin de beneficencia.

Lo anterior queda así recogido conforme lo previsto en el artículo 35 de su cuerpo legal, el cual dispone que *«son personas jurídicas: 1.- Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la Ley. Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubieren quedado válidamente constituidas. 2.º- Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados»*. A su vez, es el artículo 37 del citado Código Civil el que reconoce su capacidad jurídica de las fundaciones, junto con la capacidad de adquirir y poseer bienes, capacidad establecida *ex* el siguiente artículo 38.

En definitiva, la regulación que se impuso a través del Código Civil en las fundaciones, y su mantenimiento en la vertiente del interés general, fue el resultado del momento histórico y político del momento, claramente liberal y que vino impulsado por la Ley de 11 de Octubre de 1820 y el resto de la coetánea legislación desvinculadora y desamortizadora, pues lo que la evolución histórica había dado como resultado es que las fundaciones deben existir si persiguen un interés público, prohibiéndose, por tanto, la posibilidad de que existan las fundaciones con cualquier otro fin distinto y, a través de ellas, las vinculaciones con las que pretendió terminar la legislación citada. De igual manera, y junto con lo anterior, puede afirmarse en opinión de este autor que el hecho de que las fundaciones que se constituyen en torno a un conjunto de bienes destinados a un interés general o social, a pesar de configurarse en su raíz como una persona jurídica que debía ser objeto de desvinculación, otorga a este tipo de fundación de interés público unas especiales características y derechos en la ejecución de sus funciones, no pudiendo verse atacadas y afectadas en su ámbito de libertad o autonomía de la voluntad. En efecto, este especial reconocimiento de libertad y autonomía en su funcionamiento dio lugar a que el poder constituyente incluyera su reconocimiento en nuestra Norma Fundamental.

El artículo primero de nuestra Norma Fundamental establece que España se constituye como «un Estado social y democrático de derecho». Como ha señalado la doctrina, este mandato que se incluye en el pórtico de la Constitución Española, impone a los poderes públicos el mandato que se viene afirmando con anterioridad en este estudio, y que no es otro que la actividad de desarrollo y promoción de derechos fundamentales. Para ello, las Administraciones Públicas, sin duda, deben de incluir en su actividad programática

objetivos propios de la actividad de fomento, que sin duda, requieren de una posición activa y proactiva.

Específicamente, esta actividad de promoción tiene una mayor visibilidad en la actividad de fomento de los principios rectores reconocidos en la propia Constitución Española. Esto ha llevado a que los poderes públicos, necesariamente, asuman una posición «prestacional» en lo que se refiere a los Derechos sociales (educación, cultura, igualdad, entre otros). Como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional 18/1984 (RTC 1984,18) la interacción Estado-Sociedad y la interpenetración de lo público y lo privado, trasciende de la calificación de los entes. La función ordenadora y de fomento de la Sociedad puede conseguirse de muy diversas formas, de ahí que la Constitución Española efectúe el reconocimiento de entes asociativos o fundacionales, de carácter social, y con relevancia pública para el cumplimiento de estos fines. Esta relevancia pública no conduce, sin embargo, necesariamente a su publicación, sino que es propio del Estado social de Derecho la existencia de entes de carácter social, no público, que cumplen fines de relevancia constitucional o de interés general. Es por todo lo anterior, que este autor entiende en el sentido que efectúa el Tribunal Constitucional, que el poder constituyente quiso recoger en nuestra norma fundamental la importancia de estas figuras o entes, como es el caso de las fundaciones a través de su artículo 34 que dispone que se reconoce el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la ley.

De esta manera, como afirma el Tribunal Constitucional en su resolución, la configuración de nuestro Estado como social y de derecho no es sino resultado de haber culminado una evolución en la que la consecución de los fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino que se armoniza en una acción mutua Estado-Sociedad, es decir, tanto el Estado como la sociedad civil intervienen para alcanzar su objeto, difuminándose así dicotomía Derecho público-privado.

En definitiva, el artículo 34 CE citado fue, y es, un precepto novedoso pues ha sido la primera vez que se hace reconocimiento constitucional del derecho de fundación. Es en este momento en el que el derecho a constituir fundación supera lo dispuesto en la inicial redacción del Código Civil, que preveía este derecho como una prolongación de la libertad individual por la que los particulares tienen la posibilidad de vincular bienes a un fin —particular o de interés social—, constituyendo una organización a la que el ordenamiento jurídico reconoce una personalidad independiente, en atención al patrimonio que la conforma, como se había explicado anteriormen-

te. Como afirma PIÑAR MAÑAS⁵, la presencia del artículo 34 CE, no es un simple capricho del constituyente.

Es cierto que la Constitución Española regula el derecho de fundación como un derecho fundamental de los denominados de segundo grado, es decir, de aquellos que no son susceptibles de la tutela del recurso de amparo, y ello, a pesar de la remisión que en este artículo 34 se hace al derecho de asociación (art. 22 CE) que sí es susceptible de la tutela a la que se refiere el artículo 53.2 CE. Cabría en este sentido plantearse el por qué de esta diferencia de tratamiento. La respuesta, como señala Ruiz-Navarro, es el diferente tratamiento que se produjo en la tramitación del proyecto constitucional, en su fase ante el Senado. En efecto, tanto en el informe de la Ponencia como en el Dictamen de la Comisión constitucional y en el texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados, el derecho a constituir fundaciones se integró inicialmente en el artículo 22 CE, es decir, junto con el derecho de asociación, incluyéndose así en la Sección Primera, del Capítulo II del Título I. Sin embargo, fue ante el Senado, mediante enmienda del senador L. Martín Retortillo, cuando se excluyó el derecho de fundación de la Sección Primera, siendo trasladado a la Sección Segunda, que incluye otras garantías, pero que no son consideradas o no son susceptibles de la protección constitucional del recurso de amparo, y todo ello, por cuanto se plantearon matices conceptuales en torno al propio derecho de fundación, como persona jurídica que persigue fines de interés general, que no encajaban dentro de los aspectos esenciales que sí daban lugar a que el derecho de asociación fuese considerado como un derecho fundamental susceptible de amparo constitucional⁶.

Y es en este sentido clásico en el que se ha seguido pronunciando el Tribunal Constitucional, esta vez, en su sentencia 49/1988, de 22 de marzo en la que se señala que el concepto de fundación reconocido en la Constitución es el que la considera como «la persona jurídica constituida por una masa de bienes vinculados por el fundador o fundadores a un fin de interés general». La fundación nace, y en consonancia con la justificación civil que se analizó *supra*, de un acto de disposición de bienes que realiza el fundador, quien los vincula a un fin por él determinado y establece las normas por las que ha de administrarse al objeto de que sirvan para cumplir los fines deseados de manera permanente, pero en este caso, y ya desde la perspectiva

⁵ PIÑAR MAÑAS, J. L. *Tratado de Fundaciones*. Aranzadi, 2010, pp. 78 y ss.

⁶ RUIZ-NAVARRO, J. L., *Letrado de las Cortes Generales*. Abril, 2004. Actualizada por Sara Sieira, *Letrada de las Cortes Generales*. Enero, 2011. Análisis del artículo 34 en el página web del Congreso de los Diputados.

constitucional a diferencia del concepto inicial de fundación la que se refería DE CASTRO, destinado a un fin de interés general. En este sentido, la fundación habrá de constituirse siempre con cumplimiento pleno de los requisitos que marque la Ley de Fundaciones en su redacción vigente, quedando sujeta al control y examen de la acción administrativa que se ejercita por el Protectorado, con el fin último de garantizar el cumplimiento de los fines de la fundación y la correcta administración de los bienes afectos al fin.

Como concluye el Tribunal Constitucional en esta sentencia de 1988, el derecho de fundación es una manifestación más de la autonomía de la voluntad respecto de los bienes, por cuya virtud una persona puede disponer de su patrimonio libremente, dentro de los límites y con las condiciones legalmente establecidas. Es posteriormente cuando el Tribunal Constitucional, en su sentencia 341/2005 de 21 de diciembre clarifica y delimita aún más, desde un punto de vista competencial, el régimen de Fundaciones tras la aprobación de la vigente ley 50/2002, de 26 de diciembre. En efecto, el Tribunal Constitucional afirma que al tratarse de una materia que no figura en los listados de los artículos 148.1 y 149.1 CE, la consagración del derecho de fundación en el artículo 34 CE no es norma atributiva de competencias, sino que debe acogerse en los Estatutos de autonomía, respecto de las fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en sus respectivos territorios. La competencia estatal se circunscribe a la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho de fundación, y a la competencia para disciplinar el régimen jurídico de las fundaciones en los aspectos civiles y procesales.

En conclusión, y en lo que atañe al presente estudio, el concepto de fundación para fines de interés general ha sido el resultado de un proceso de estudio y análisis sobre la conveniencia de la pervivencia de un tipo de persona jurídica que, aun basada en la libertad individual, cumple un fin público. En este sentido, hay que recordar que el hecho de que el derecho de fundación esté incluido en la Sección Segunda del Capítulo II del Título I de la Constitución, por mandato del artículo 53.1 CE, éste derecho vincula a todos los poderes públicos y, en consecuencia, no se trata de un principio programático o meramente informador del ordenamiento jurídico, sino que exige un desarrollo normativo que sea obligatorio en su contenido, tanto en lo relativo a sus derechos como obligaciones.

Por ende, esta configuración final del derecho de fundación, es decir, como derecho fundamental que la doctrina constitucional ha definido como «garantía de instituto» debe entenderse como un derecho que contiene una garantía de institución constitucional, lo que significa que, no solo el legislador,

sino por supuesto las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus potestades, deben respetar siempre su contenido esencial que aparece como intangible en función de la cobertura constitucional que le otorga el artículo 53.1 CE antecitado y que no permite que, el ejercicio de aquellas potestades de la Administración, de manera exorbitante, suponga una injerencia negativa en el funcionamiento de la persona jurídica que se ha constituido al amparo del artículo 34 CE.

2. *El otorgamiento de ayudas o subvenciones: su razón de ser en torno a las fundaciones y su control*

Desde una perspectiva constitucional, y como se puso de manifiesto al inicio del presente estudio, las cortes constituyentes fueron conscientes de la necesidad de incluir en la redacción de la Norma Fundamental la actividad de fomento para el cumplimiento de fines reconocidos en el propio texto (valga como ejemplo, todos aquellos previstos en los principios rectores recogidos en el Capítulo III del Título I de su cuerpo legal). Es más, incluso antes de la concreción que la Constitución Española efectúa a través de los principios rectores de la política social y económica, es el propio Título Preliminar, cúspide del texto constitucional, el que establece que es a los poderes públicos a quienes les corresponde «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos sean reales y efectivas».

Con base en lo anterior, puede afirmarse que la figura de la subvención y ayuda tiene su razón de ser, y limita así su ámbito, en la necesidad de configurar una política de promoción, en primer lugar, de aquellos principios básicos recogidos en el pórtico de nuestra norma fundamental por los poderes públicos, cuales son la libertad, la igualdad y la protección de los ciudadanos, y posteriormente, *in concreto*, los derechos que se desarrollan en el Estado Social y Democrático y que se plasman en aquellos conceptos de interés general y social que constituyen principalmente los objetos de fundaciones privadas *ex* artículo 34 de la Constitución Española.

En este sentido, y en lo que atañe al presente estudio, puede afirmarse que las fundaciones, como sujetos actuantes en beneficio del interés general, tiene la obligación de actuar y funcionar positivamente en la realización y ejecución efectiva de los Derechos Fundamentales y Principios Rectores reconocidos en nuestra Constitución, realizando, consecuentemente, actividades dirigidas a suprimir aquellas barreras que impiden la libertad y la igualdad. La ejecución de estas obligaciones por parte de las fundaciones, sin embargo, encuentran limitaciones en lo que se refiere a su financiación. Ante tales lí-

mites, son las Administraciones Públicas las que tienen la exigencia constitucional de proporcionar medios necesarios a aquellas personas jurídicas que cumplen una función de interés general, si bien no suponiendo este mandato el otorgamiento consecutivo de un derecho exorbitante en el control de aquellos medios que se proporcionen. En efecto, el fundamento de la posible verificación sobre las subvenciones, ya sea mediante control interno por la Intervención General o externo por el órgano concedente, encuentra su razón de ser en el artículo 31.1 CE (como vía imprescindible para garantizar el cumplimiento y eficacia de una equitativa distribución del sostenimiento de los gastos públicos), en el control general del gasto público del artículo 136 CE y en el principio de eficacia que se consagra en el artículo 103 de nuestra norma fundamental.

En efecto, las fundaciones, como sujeto titular de la acción de fomento según sus estatutos, se convierten en sujeto receptor de las disposiciones de gasto que se prevén por los poderes públicos para el cumplimiento de la actividad de fomento a la que nos referíamos con anterioridad.

Las fundaciones, como sujeto de subvención y ayuda, pueden obtener su financiación para el cumplimiento de sus fines a través de las vías citadas. En efecto, estas vías pueden responder a dos posibles orígenes: la financiación pública, que es la que interesa en el presente estudio, así como la financiación privada.

En efecto, y en lo relativo a su naturaleza, el Tribunal Supremo se ha referido a la naturaleza de la subvención en lo que a este estudio interesa. El alto Tribunal, concretamente su Sala Tercera, ha analizado el concepto de subvención afirmando, como parte de la doctrina intentó mantener inicialmente, que la subvención no responde a una *causa donandi*. Por el contrario, lo que sí considera el Tribunal Supremo es que la subvención responde a la finalidad de intervenir en la actuación del beneficiario a través de unos condicionamientos o de un *modus*, libremente aceptado por aquél.

Por consiguiente, puede concluirse, que las cantidades otorgadas en concepto de subvención están vinculadas al cumplimiento de la actividad prevista. Se aprecia, pues, un carácter condicional en la subvención, en el sentido de que su otorgamiento se produce siempre bajo la condición resolutoria de que el beneficiario tenga un determinado comportamiento o realice una determinada actividad en los términos en que procede su concesión (Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de junio, 12 de julio y 10 de octubre de 1997, 12 de enero y 5 de octubre de 1998, 15 de abril de 2002).

En definitiva, en lo que concierne a la financiación pública, la misma se concreta en aquellos fondos públicos contemplados por las Administraciones Públicas en sus distintos presupuestos y que habrán de ajustarse a lo dispuesto en la Ley de Subvenciones.

Al otorgamiento de financiación a actividades fundacionales le es de aplicación lo dispuesto en el artículo 19 de la citada LGS, así como sus preceptos de desarrollo contenidos en el Reglamento de la LGS, artículos 32 a 34, bajo la rúbrica de las disposiciones comunes a las subvenciones. En segundo término, el otorgamiento de las subvenciones ha de estar determinado por el cumplimiento de las condiciones exigidas por la norma correspondiente, pues de lo contrario resultaría arbitraria y atentatoria al principio de seguridad jurídica.

3. Procedimiento de justificación y comprobación de la subvención

A) La justificación y comprobación de las subvenciones

Como se afirmaba con anterioridad, la subvención puede ser conceptuada desde un punto de vista del derecho presupuestario como una modalidad de gasto. Por tanto, puede concluirse que la justificación de la subvención es una actividad tendente a acreditar la realización del gasto comprometido⁷, si bien con una característica específica, cual es que en el caso que nos ocupa no es el disponente el que ha de justificar el uso de aquel gasto, sino el beneficiario o entidad colaboradora.

Se ha señalado a lo largo de este estudio, *ex* artículos 2.1.b) y 14.1.b) LGS, que constituye un deber de todo beneficiario de una subvención cumplir con las obligaciones materiales y formales que se hubieran establecido. Dentro del conjunto de obligaciones a cargo del beneficiario de la subvención se incluye la de justificar ante el órgano concedente el cumplimiento de las condiciones, la realización de la actividad y el cumplimiento de la finalidad que determina la concesión o disfrute de la subvención. En efecto, y con tal fin, el beneficiario debe justificar, en cualquiera de sus distintas formas, la utilización de la subvención así como someterse a las actuaciones de comprobación del órgano concedente de⁸ acuerdo con el artículo 14.1.c) LGS. Más

⁷ MORALES PLAZA, Antonio y RUBIO GONZÁLEZ, Alejandro. *Derecho de las Subvenciones y Ayudas Públicas*. Aranzadi. 2011, p. 444.

⁸ La LGS, atendiendo a la evolución jurisprudencial sobre las dos modalidades de control, consistente en que el control efectuado por los órganos gestores y el posterior control financiero de la Intervención son plenamente compatibles entre sí, incluye en su artículo 43 que el control por el órgano concedente se entenderá sin perjuicio de las actuaciones de control

concretamente, es el artículo 30 LGS el que determina el ineludible acto de justificación del cumplimiento de las condiciones impuestas y de la consecución de los objetivos previstos en el acto de concesión de la subvención.

En este punto, y antes de proseguir con el análisis de las actuaciones de justificación y comprobación, poner de relieve que estas actividades de verificación o comprobación coexisten con otras actuaciones de control interno adelantadas con anterioridad: el control financiero de las subvenciones por la Intervención general. En este sentido, a fin de contextualizar correctamente la verificación interna y externa de las subvenciones, hay que poner de manifiesto que el control financiero, es decir, el control interno de subvenciones, se realiza por la Administración controladora (en la Administración General del Estado, la IGAE), y que coexiste con los medios de justificación y comprobación que son objeto de análisis en el presente estudio, que es una actuación propia de la Administración concedente encargada de la gestión.

En efecto, en lo que atañe a este estudio, el deber de justificación y posterior sometimiento a control trae causa de hecho de que el beneficiario de una subvención, por su obtención, no adquiere derecho subjetivo alguno a que la ayuda otorgada se mantenga sea cual sea el resultado de su aplicación, sino que, y como se viene señalando durante todo el estudio, el beneficiario viene obligado a su aplicación conforme los requisitos generales que son de obligada observancia así como de las circunstancias que habilitaron su aplicación. En definitiva, el beneficiario deviene sujeto tanto a las normas en materia de subvención así como a las bases reguladoras.

Por tanto, puede afirmarse que el hecho de obtener ayuda por parte de una Administración Pública no vincula a ésta respecto del beneficiario o entidad colaboradora, sino que es la propia Administración la que adquiere

financiero que competen a la Intervención General de la Administración del Estado. Como señala CASAS AGUADO en su estudio citado en la nota al pie n.º 2, la razón de ser del carácter complementario de ambas actuaciones la encontramos en su distinta naturaleza y alcance comprobador. Así, las actuaciones de comprobación del órgano gestor recaen directamente sobre la obligación de justificación que incumbe a todo beneficiario y entidades colaboradoras (comprobación documental) y sobre la comprobación de la realización de la actividad y del valor de la inversión (comprobación material), proyectándose, por tanto, sobre todos los beneficiarios y entidades colaboradoras. Por su parte, el control financiero de la IGAE es un control intensivo y adicional a los controles extensivos realizados por los órganos gestores y no está sometido a los límites que sujetan a estos, que se plasman exclusivamente en el examen de la contabilidad del beneficiario, el requerimiento de información a terceros relacionados con el objeto de la subvención y, en definitiva, en la imposibilidad de descubrir aquello que no ha sido previamente declarado, puesto que la labor de investigación corresponde en exclusiva a los funcionarios competentes que forman parte de la Intervención General.

por el acto de otorgamiento unas potestades de control del cumplimiento estricto de los requisitos que motivaron la ayuda.

En este sentido, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 14 de julio de 1997 (RJ 1997/6108) recordaba que la naturaleza jurídica del acto de concesión de la subvención, es un acto que queda supeditado al cumplimiento de cargas libremente ofrecidas y aceptadas por el propio beneficiario, y por tanto, afirma el alto Tribunal que el incumplimiento por el subvencionado de cualquiera de las condiciones generales o especiales a las que se supeditó la concesión de los beneficios, que suponen una carga modal, faculta a la Administración para resolver el acuerdo o acto de concesión. De lo anterior se infiere, además, y como ha señalado la doctrina, que la subvención no puede ser considerada como un deber que nace tan solo durante la fase de ejecución de un proyecto o actividad, sino que ha «de remontarse más allá en el tiempo, concretamente a los compromisos adquiridos en a fase de solicitud, ya que en todo momento debe mantenerse la coherencia entre lo que la entidad se comprometió a ejecutar en la solicitud y lo que después se realiza»⁹.

Y con base en esta coherencia y sujeción al momento de solicitud, sin embargo, y sentado lo anterior, hay que manifestar y de acuerdo con el fin del presente estudio, que estas potestades que la Administración adquiere *ex lege* para el control de las ayudas otorgadas no pueden configurarse extramuros de las normas de aplicación. Al respecto, también el Tribunal Supremo en su sentencia de 7 de abril de 2002 FJ 3 (RJ 2003/3541) siendo ponente el Excmo. Sr. Montalvo, en un análisis de las potestades que adquiere la Administración tras otorgar una ayuda, establece claramente que el propio otorgamiento de la misma hace finalizar el ámbito de discrecionalidad que puede ser propio del otorgamiento, pasando a quedar sujeto a la estricta legalidad de la norma reguladora de las subvenciones así como de sus bases. Señalaba el Tribunal Supremo que «la subvención se configura tradicionalmente como una medida que utilizan las Administraciones Públicas para fomentar la actividad de los particulares o de otras Administraciones Públicas hacia fines de interés general que representa o gestiona la Administración concedente. Como resulta de la jurisprudencia de esta Sala, la naturaleza de dicha medida de fomento administrativo puede caracterizarse por las notas que a continuación se reseñan. En primer lugar, el establecimiento de la subvención puede inscribirse en el ámbito de las potestades discrecionales de las Administraciones públicas, pero una vez que la subvención ha sido regulada nor-

⁹ DE ASÍS, Agustín. *La justificación técnica y administrativa de proyectos subvencionables*. Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, 2003, p. 77.

mativamente termina la discrecionalidad y comienza la previsión reglada cuya aplicación escapa al puro voluntarismo de aquéllas».

Por tanto, y con base en lo anterior, ante el necesario cumplimiento del principio de seguridad jurídica que ha de presidir toda actuación de las Administraciones Públicas, y aunque traigan causa de una potestad discrecional, la actividad de justificación y posterior control ha de quedar limitada a aquellos requisitos que justificaron el otorgamiento de la ayuda, no pudiendo extenderse más allá de los mismos.

B) *Ámbito subjetivo, objetivo y de actividad de la justificación y comprobación*

La actividad de justificación y control no puede ser ejecutada por cualquier órgano ni respecto de cualquier actividad del beneficiario, sino que ésta ha de quedar sujeta, y como señalábamos anteriormente, con base en lo dispuesto en la normativa de aplicación y las bases reguladoras de la subvención, tanto en su ámbito subjetivo, objetivo y de actividad.

En cuanto al ámbito subjetivo de las obligaciones, éste tiene un ámbito definido: desde un punto de vista pasivo, los beneficiarios, y en su caso, las entidades colaboradoras, y desde un punto de vista activo, a diferencia de lo que ese establecía en la regulación anterior, ante el órgano concedente. En este sentido hay que dirigirse a lo dispuesto en el artículo 30 y 30.6 LGS que fijan las obligaciones respecto del beneficiario y entidades colaboradoras, sin bien con especialidades, pues dispone que los miembros de las entidades previstas en el apartado 2 y segundo párrafo del apartado 3 del artículo 11 de esta ley vendrán obligados a cumplir los requisitos de justificación respecto de las actividades realizadas en nombre y por cuenta del beneficiario, del modo en que se determina en los apartados anteriores. Esta documentación formará parte de la justificación que viene obligado a rendir el beneficiario que solicitó la subvención. Todo lo anterior, sin perjuicio de la responsabilidad contable que se establece con base en la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, junto con la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de cuentas.

En lo que se refiere al elemento objetivo, hay que remitirse de nuevo, en primer lugar, al artículo 14.1.b) LGS citado anteriormente en cuanto que impone, como primera obligación del beneficiario, el cumplimiento de los requisitos y condiciones, así como la realización de la actividad y el cumplimiento de la finalidad que determina la aplicación de la subvención otorgada. Este precepto, a su vez, obliga a dirigirse al artículo 17 y 30 LGS, los cuales, en el caso del primero en su punto 3.i) establece como requisito

objetivo determinar una correcta «aplicación de los fondos percibidos», y en el caso del segundo, en su apartado primero, que alude al necesario cumplimiento de las condiciones impuestas y de la consecución de los objetivos previstos en el acto de concesión.

La doctrina más autorizada, entre otros Pascual García¹⁰, concluye que estos tres preceptos citados permiten identificar una doble vertiente en cuanto al ámbito objetivo de justificación y control: i) desde un punto de vista material supone que la actividad que ha sido objeto de subvención ha debido realizarse, y ii) desde una perspectiva formal, que aquella utilización de la modalidad de gasto por parte de la Administración, es decir, la ayuda o subvención, debe quedar debidamente acreditada. Fuera de estos supuestos, estaríamos en el estadio propio del reintegro de subvenciones *ex* artículo 30.8 que dispone que el incumplimiento de la obligación de justificación de la subvención en los términos establecidos, o en su caso, la justificación insuficiente, la misma llevará aparejada el reintegro de la ayuda.

En este punto es necesario hacer referencia, y por cuanto atañe al núcleo de este estudio, al supuesto de insuficiencia de la justificación, por cuanto como es fácil barruntar, nos estamos refiriendo a una zona gris entre la correcta e incorrecta justificación. En efecto, la principal problemática que plantea este supuesto es la carga de la prueba sobre qué elementos entran dentro de la exigencia de la justificación. En efecto, si por el órgano concedente se determinase que la justificación efectuada no es suficiente o está incorrectamente planteada, atendiendo a criterios generales de prueba, *ex* artículo 217 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero, es al beneficiario al que le correspondería completar el acto de justificación. En este sentido, el Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de junio de 2003 (RJ 2003/4590) afirmó que la prueba en materia de subvenciones, y concretamente, de las condiciones establecidas para el disfrute de las mismas, corresponden al beneficiarios, corriendo así en su perjuicio la ausencia o insuficiencia de justificación de la misma. En igual sentido se pronunció la Sentencia, también del Tribunal Supremo, de 16 de diciembre de 2004 que afirmó que «(s)e desprende de ello que el juicio desestimatorio se apoya en la doble circunstancia de falta de acreditación por el interesado de los requisitos y las condiciones necesarias para acceder al pago de la ayuda y agotamiento de las disponibilidades presupuestarias, que tienen distinto alcance respecto a la efectividad de la obligación, pues el cumplimiento de los requisitos y condiciones para acceder al pago de la deuda, como hechos determi-

¹⁰ MORALES PLAZA, Antonio y RUBIO GONZÁLEZ, Alejandro. *Derecho de las Subvenciones y Ayudas Públicas*. Aranzadi. 2011, p. 446.

nantes del pago, corresponde acreditarlos al interesado, por lo que no cabe apreciar al respecto la inversión de la carga de la prueba que se invoca como fundamento de este motivo de casación, pues, como ha declarado la sentencia de 26 de julio de 2002, citada por la de 21 de enero de 2003 “la infracción de las normas sobre la carga de la prueba sólo puede invocarse en casación cuando la sentencia impugnada imputa erróneamente las consecuencias de la falta de la prueba a una parte a la que no corresponde. Dicha invocación no permite discutir la conclusión del Tribunal acerca del hecho mismo de la falta de prueba de un hecho”».

Por último, y en lo relativo a los elementos de justificación, cabe mentar los denominados elementos de actividad. Estos elementos de actividad, y siguiendo la literalidad del artículo 71.1 del Reglamento, quedarán determinados según la estructura y alcance que se haya fijado en las bases reguladoras. Serán pues estas normas reguladoras las que fijarán el contenido de la justificación, si bien del texto de la LGS puede entenderse su contenido atendiendo principalmente a los documentos exigidos para su otorgamiento así como según la modalidad de justificación que se haya establecido, y que se analizan a continuación.

C) *El procedimiento de justificación y comprobación*

La justificación del cumplimiento de las condiciones y de los objetivos previstos constituye un acto con forma documental y de carácter obligatorio que corresponde al beneficiario de la subvención. Si bien, estas actividades de justificación, en sus distintas modalidades, no suponen un derecho subjetivo del beneficiario a la finalización del control de las subvenciones otorgadas, sino que propiamente, dan inicio a la actividad de comprobación del órgano concedente en orden a su verificación. Pasamos a estudiar a continuación por separado las fases de justificación y control.

a) *Justificación de subvenciones: modalidades*

De conformidad con todo lo expuesto anteriormente en este estudio, puede llegarse a la siguiente conclusión: Es la norma la que establece el deber de justificación así como de sometimiento a la actividad de comprobación.

Sin embargo, aquella obligación ha de quedar sujeta en opinión de este autor, y de manera escrupulosa por razones correlativas a los requisitos y procedimiento de concesión de la subvención, a los medios tasados para ello, pudiendo así exigir solo y únicamente los documentos específicos y concre-

tos relativos al acto de subvención. Tales medios de justificación, *ex* artículo 30 de la Ley de Subvenciones, como se estudiará a continuación, podrán revestir la forma de cuenta justificativa del gasto realizado o acreditarse dicho gasto por módulos o mediante la presentación de estados contables, según se disponga en la normativa reguladora.

Entre las modalidades de justificación de las subvenciones, a tenor de lo indicado en citado el artículo 30 de la LGS, y en lo que aquí interesa, destaca la modalidad de justificación consistente en cuenta justificativa del gasto realizado con base en las bases reguladoras de la ayuda. Esta modalidad de rendición de cuenta, a la que debe acompañar los justificantes del gasto realizado y los documentos que acrediten el cumplimiento de la actividad, proyecto o finalidad que constituye su objeto, es un acto del particular, en el que caso que nos ocupa una fundación por medio del cual acredita de una forma directa la realización de la función pública pretendida.

Sobre esta modalidad de justificación se pronuncia el apartado 2 y 3 del artículo 30 de la LGS que disponen que la rendición de la cuenta justificativa constituye un acto obligatorio del beneficiario o de la entidad colaboradora, en la que se deben incluir, bajo responsabilidad del declarante, los justificantes de gasto o cualquier otro documento con validez jurídica que permitan acreditar el cumplimiento del objeto de la subvención pública. La forma de la cuenta justificativa y el plazo de rendición de la misma vendrán determinados por las correspondientes bases reguladoras de las subvenciones públicas.

Es la propia Ley de Subvenciones la que prevé que, para el caso que las bases reguladoras no establezcan cómo ha de procederse en la cuenta justificativa, la misma deberá incluir declaración de las actividades realizadas que han sido financiadas con la subvención y su coste, con el desglose de cada uno de los gastos incurridos, y su presentación se realizará, como máximo, en el plazo de tres meses desde la finalización del plazo para la realización de la actividad, y todo lo anterior, dentro del plazo fijado por las bases reguladoras de la subvención.

Con base en lo anterior, el beneficiario de la subvención habrá de cumplir, no solo con aquellos requisitos y condiciones que motivaron el otorgamiento de la subvención, sino también con las condiciones formales relativas a la forma y tiempo que se fijen en las bases reguladoras. Lo anterior no es baladí, porque como se ha indicado anteriormente, el incumplimiento meramente formal puede llevar consigo la exigencia del reintegro, puesto que, como indica el artículo 37 c) de la LGS, constituye causa de reintegro el incumplimiento de la obligación de justificación o la justificación insuficien-

te, en los términos establecidos en el artículo 30 de esta ley, y en su caso, en las normas reguladoras de la subvención.

En este sentido, la Audiencia Nacional en Sentencia de 15 de abril de 2015 (Rec.311/2014) afirmó respecto de la modalidad de gasto público que supone la figura de la subvención, que la misma requiere de una rigurosa justificación y acreditación de la aplicación y destino de tales fondos, con el objeto de garantizar «el correcto cumplimiento de los fines que justificaron la subvención. Por ello, la falta de cumplimiento de los requisitos documentales determinados en la norma convocante, determina como consecuencia que no se tenga por justificado y aplicado en forma el gasto».

A mayor abundamiento, el Tribunal Supremo se ha pronunciado numerosas veces sobre los requisitos formales y su incumplimiento. En efecto, el alto Tribunal, en sentencia de 7 de julio de 2005 (RJ 2005/5170) señaló que, como resulta evidente, han de cumplirse los requisitos y condiciones de fondo que motivan la subvención, pero «también han de cumplirse las condiciones formales que se establezcan relativas al tiempo y forma de la acreditación y ese cumplimiento incumbe acreditarlo a la actora, que en el caso de autos, aun cuando se acepte su cumplimiento respecto del fondo, no lo hizo respecto de los requisitos formales».

Por tanto, presentada la justificación de la subvención con la estructura y alcance que establece su normativa reguladora, la misma pueda ser discutida por el órgano competente para la comprobación, y que se desarrolla en el apartado siguiente.

Por último, y a parte de la cuenta justificativa, encontramos dos modalidades más de justificación: Acreditación por módulos y presentación de estados contables. Respecto de la acreditación por módulos, a la que se refiere no solo la Ley de Subvenciones, sino también su Reglamento en el artículo 69. Este sistema se configura como un método de justificación que puede ser usado para subvenciones concedidas para la realización de actividades medibles en unidades físicas o en otros parámetros y cuantificable en función de los mismos. En estos casos, el beneficiario acreditará el cumplimiento de los requisitos mediante la presentación de i) una memoria de actuación, con el mismo alcance que en la cuenta justificativa, ii) Una memoria económica que se limitará a recoger la acreditación del número de unidades físicas consideradas como módulo, el importe imputable de unidad o módulo, que deberá indicado en las bases reguladoras, el cálculo de la cuantía de la subvención en función de los módulos realizados y el precio establecido para el mismo: el producto de los dos números anteriores, la existencia de otros ingresos o de cofinanciación, y finalmente, el pago del reintegro del rema-

nente en su caso si se procedió al pago anticipado de la subvención por el órgano concedente.

Por último, y en lo que respecta a la presentación de estados contables, las bases reguladoras podrán prever que la subvención se justifique mediante la presentación de estados contables. Para la aplicación de este sistema de justificación habrán de cumplirse los siguientes requisitos: i) Que la información necesaria para determinar la cuantía de la subvención pueda deducirse directamente de los estados financieros incorporados a la información contable de obligada preparación por el beneficiario. b) que la citada información contable haya sido auditada conforme al sistema previsto en el ordenamiento jurídico al que esté sometido el beneficiario, en el caso del presente estudio, conforme la Ley de Fundaciones. Adicionalmente, conforme las bases reguladoras, se podrá prever la entrega de un informe complementario elaborado por el auditor de cuentas. Su retribución podrá tener la condición de gasto subvencionable cuando lo establezcan dichas bases hasta el límite que en ellas se fije. Esta modalidad de justificación requerirá el desarrollo de un sistema contable de costes que permitan diferenciar el importe total de gastos imputables por actividades desarrolladas del beneficiario.

b) Comprobación de subvenciones

Como afirmábamos con anterioridad, el beneficiario no tiene un derecho subjetivo a que la ayuda otorgada se mantenga tal y como fue adjudicada, sino que la misma podrá ser retraída ante el incumplimiento de aquellos elementos que la motivaron. En efecto, y para la determinación de este supuesto, *ex* artículo 32 de la Ley de Subvenciones, el órgano concedente comprobará la adecuada justificación de la subvención, así como la realización de la actividad y el cumplimiento de la finalidad que determinen la concesión o disfrute de la subvención.

En consecuencia, y de acuerdo con la LGS, el órgano gestor de la subvención realiza dos tipos de comprobación, a saber, una comprobación formal de la justificación presentada por el beneficiario, y una comprobación material destinada a verificar la realización de la actividad y el cumplimiento de la finalidad comprometida.

No obstante, debe tenerse presente que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, expresada entre otras en las sentencias de 15 de diciembre de 2009 (RJ 2571/2007), de 7 de abril de 2003 (RJ 11328/1998), de 4 de mayo de 2004 (RJ 3481/2000), de 17 de octubre de 2005 (RJ 158/2000) y de 20 de mayo de 2008 (RJ 5005/2005), la naturaleza de la medida de fomento administrativo que configura la subvención como

elemento de promoción del interés general, supone que «el establecimiento de la (citada) subvención puede inscribirse en el ámbito de las potestades discrecionales de las Administraciones públicas, pero una vez que la subvención ha sido regulada normativamente termina la discrecionalidad y comienza la previsión reglada cuya aplicación escapa al puro voluntarismo de aquéllas».

De lo anterior se infiere con claridad, y en lo que respecta al objeto del presente estudio, que los requisitos y mandatos de forma del procedimiento de justificación han de ceñirse a lo preceptuado en la normativa que la rige, es decir, *sensu contrario*, no tendrá la Administración discrecionalidad alguna para exigir lo no reglamentado previamente ya sea en la propia norma o en las bases reguladoras, pues aprobadas aquéllas y éstas, la actuación de comprobación solo podrá ajustarse a la previsión reglada del procedimiento que se haya acordado.

Sin embargo, y ante la afirmación realizada en el párrafo anterior, a salvo de las bases reguladoras, habrá de estarse a la regulación legal de la comprobación de subvenciones a realizar por el órgano concedente de la Ley de Subvenciones, recogida en un único precepto de su articulado, completándose con Capítulo IV del Título II del Reglamento, sobre el procedimiento de gestión. Sin embargo, los citados artículos no atienden a determinadas cuestiones o aspectos materiales y formales de extraordinaria relevancia, pues en primer lugar siendo de incuestionable trascendencia práctica precisar las facultades y los elementos de comprobación de que dispone el órgano concedente, estos no vienen precisados, y en segundo lugar, tampoco se viene a establecer la determinación del plazo de ejercicio de sus actuaciones de comprobación.

La norma reglamentaria a la que nos referimos establece una separación entre la comprobación formal y material del órgano gestor en sus artículos 84 y 85 respectivamente bajo las rúbricas de la comprobación de la adecuada justificación de la subvención y comprobación de la realización de la actividad y del cumplimiento de la finalidad que determinen la concesión y disfrute de la subvención, y que según el criterio del este autor, es insuficiente e incompleta.

— *La comprobación formal.*

La fase de justificación culmina con la fase de comprobación, como se ha adelantado. En efecto, una vez realizada la justificación de la subvención por el beneficiario, se inicia la actividad administrativa dirigida a verificar la utilización de las ayudas percibidas, y para ello, el órgano concedente de la

misma de acuerdo con las bases reguladoras y el Reglamento, concretamente su artículo 84.1, «revisará la documentación que obligatoriamente debe aportar el beneficiario».

Con base en lo anterior, la comprobación formal se configura con el propósito de revisar la documentación aportada por el beneficiario y verificar si es o no suficiente para entender cumplido su deber. Para ello, la comprobación formal consistirá principalmente en el cotejo de los gastos subvencionados, concretando si corresponden con las actividades objeto de ayuda. Esta comprobación no tendrá por objeto valorar la realidad de lo declarado, siendo esta última actividad de comprobación objeto de la denominada comprobación material.

Es importante reseñar que numerosas subvenciones son objeto de abono una vez que se aporta la cuenta justificativa (como método principal de justificación de subvenciones). En estos casos, *ex* artículo 72 del Reglamento, la comprobación formal solo podrá extenderse i) la memoria de actuación justificativa del cumplimiento de las condiciones impuestas, desarrollando la actividad efectuada y su resultado, ii) la relación de gastos realizados y su forma de inversión, con identificación de acreedor, importe, documento justificativo, emisión y fecha de abono, habiendo de indicarse las posibles desviaciones, y iii) la existencia de otros ingresos o subvenciones que hayan financiado la actividad desarrollada.

Sin embargo, en la práctica, los órganos competentes para la práctica de la comprobación no solo efectúan una comprobación forma, sino que por el contrario asumen de facto actuaciones propias de la comprobación material, es decir, de la realización de la actividad y el cumplimiento de la actividad de interés general.

—*La comprobación material.*

El Reglamento regula por su parte en el artículo 85 antecitado la comprobación material consistente en la verificación de la realización de la actividad y del cumplimiento de la finalidad que dio lugar a la concesión de la ayuda.

La comprobación material requiere que el órgano concedente elabore un plan anual en el que ha de indicar el alcance de la comprobación, podrá ser general, si engloba todas las subvenciones concedidas, o en su caso de carácter parcial, si solo se refiere a una muestra de las concedidas. En este último caso habrá de indicar su forma de selección. Asimismo este plan anual debe indicar el momento de su realización.

En la práctica, este último supuesto en virtud de cual se incluye a un beneficiario en una muestra de aquellos que serán objeto de comprobación, supone a juicio de este autor, el propio inicio del procedimiento de comprobación, pues *ab initio*, el mismo sabe que será objeto de una comprobación formal y material. Lo anterior supone que, y por criterios o principios de buena fe y de confianza legítima a los que se refiere el artículo 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante «LRJPAC») y que son principios que han de presidir la actuación de las Administraciones Públicas, el beneficiario debería ser notificado al interesado precisando los aspectos de la subvención que van a ser objeto de verificación.

Desde un punto de vista de la comprobación material, las normas reguladoras de subvenciones y de su justificación y comprobación no delimitan las actuaciones a las que el órgano concedente y/o gestor está habilitado para realizar esta actividad de verificación. Igualmente, no se regula, como adelantábamos, su procedimiento, así como su plazo y concretas potestades.

Como no puede ser de otra manera, en este punto, surge la cuestión principal, y que es el que motiva este estudio, de dónde quedan los derechos y garantías de los beneficiarios. Como se exponía al inicio de este estudio el ejercicio constitucional del derecho de fundación ostenta unas garantías internas de respeto a su autonomía de la voluntad, y externas, en cuanto que son el instrumento para la ejecución de fines de interés general previstos en la Constitución. Por tanto, a juicio de este autor, la comprobación de las subvenciones públicas no puede configurarse con base en la discrecionalidad de la Administración, sino en los derechos y garantías del beneficiario de la subvención. La sujeción de la comprobación a los derechos y garantías del beneficiario, así como a los principios de buena fe y confianza legítima que han de presidir la actuación administrativa, habría de dar lugar a la regulación de una correcta y pormenorizada vía o procedimiento adecuado que evite el riesgo de aquella discrecionalidad administrativa.

— *Finalización.*

Finalizadas las actuaciones de comprobación que constituyen el objeto de la subvención, finaliza el procedimiento de justificación y comprobación. Esta finalización habrá de efectuarse mediante acto administrativo en el que se refleje el resultado del procedimiento, determinando la adecuada aplicación de la subvención a los objetivos propuestos, o por el contrario, manifestando aquellos extremos de incumplimiento parcial o total y la necesidad de iniciar un procedimiento de reintegro de la subvención *ex* artículo 37 Ley de Subvenciones.

III. Conclusión y propuesta de actuación de las fundaciones privadas ante las actuaciones de comprobación

De lo examinado con anterioridad, la siguiente afirmación podría presidir la regulación actual en materia de comprobación de subvenciones por los órganos concedentes: Existencia de discrecionalidad en favor del órgano concedente/gestor de la ayuda en detrimento del principio de buena fe, confianza legítima y proporcionalidad que ha de presidir toda relación administrativa sujeto público-sujeto privado.

Es indudable que los beneficiarios de subvenciones, en el caso que nos ocupa, las fundaciones privadas, tienen un definido deber de «cumplir con las obligaciones materiales y formales que se hubieran establecido», y en efecto, dentro de este conjunto de obligaciones encontramos la de justificar ante el órgano gestor el cumplimiento de las condiciones, la realización de la actividad y el cumplimiento de la finalidad que determina la concesión o disfrute de la subvención.

Sin embargo, en opinión de este autor, de igual manera, aquel deber del beneficiario genera una obligación inexorable en la Administración concedente, cual es que en el momento de la aprobación de las bases reguladoras de la subvención habrá de determinarse, como mínimo en lo relativo al plazo de comprobación, plazo y la forma de comprobación, y en lo relativo al procedimiento, un correcto trámite de audiencia. En efecto, y como afirmábamos *supra*, una vez que la subvención ha sido regulada normativamente, termina la discrecionalidad y comienza la previsión reglada cuya aplicación dependerá de la norma y de las bases reguladoras, y no de la voluntad de la administración. En este sentido, *ad exemplum*, desde la perspectiva de la comprobación formal, las Administraciones Públicas concedentes solo deberían poder desarrollar su actuación de comprobación en relación a la actividad subvencionada.

En este sentido, y respecto del control financiero interno de la subvención, que podría servir como guía en la delimitación de las competencias de la Administración gestora, la documentación a solicitar, y con base así en la LGS, solo debería referirse a aquella documentación propia de operaciones individualizadas y concretas relacionadas con la subvención así como aquellos soportes que pudiesen servir a una comprobación de aspectos parciales y concretos de una serie de actos que pudiesen afectar a la subvención o características especiales de las actividades subvencionadas, y que para evitar dudas sobre estos conceptos jurídicos indeterminados, lo más aconsejable, es que queden definidos en las bases reguladoras de la ayuda.

En opinión de este autor, a lo que la LGS autoriza es a acceder libremente a documentación siempre y cuando ésta esté relacionada con la subvención, y para poder en este sentido identificar cuál es esa documentación, hay que dirigirse a toda aquella documentación y requisitos que sean exigibles para el otorgamiento de la ayuda pública así como de la documentación que pudiese requerirse para justificar su correcta aplicación. Por tanto, aquellos beneficiarios-fundaciones privadas que sean objeto de comprobación deberán poner de manifiesto a la Administración concedente, *ex ante* la obtención de la subvención, que tendrán a su disposición en cualquier momento durante la ejecución de la actividad subvencionada así como en fase de comprobación, aquella documentación o soportes susceptibles de ser justificativos de la correcta utilización de los fondos percibidos (y que, reiteramos, serán aquellos que se hayan requerido para el otorgamiento de la subvención o que en su caso venga así exigido en las bases reguladoras).

En relación con lo manifestado, hay un caso concreto que requiere especial mención y es el requerimiento de documentos o libros contables. Sobre el concreto caso del examen de los registros contables debe entenderse que será aplicable el examen de la documentación conforme la legislación sectorial aplicable (en el caso concreto, la Ley de Fundaciones, en su art. 25). Esto implica, en mi opinión, que el órgano que otorga la subvención y quiera examinar documentación contable extramuros de los apuntes que afecten a la subvención, podrán requerirla, pero solo aquella que esté debidamente conformada, y ésta es aquella que se ha presentado al Protectorado *ex artículo* 25 de la Ley de Fundaciones.

Ha quedado claro, pues, que las subvenciones quedan sujetos a dos estadios de comprobación claramente diferenciados dentro de la Administración, existiendo una primera comprobación formal y material que se efectúa por el órgano concedente y que finaliza mediante acto administrativo de confirmación del cumplimiento de las condiciones y resultados previstos, o bien con el inicio de un procedimiento de reintegro en supuesto contrario. Todo ello, además, sin perjuicio del control financiero del que es competente la Intervención General. Ambos controles tienen distinto alcance, y es importante insistir en que los órganos gestores no pueden requerir al beneficiario más de lo que éste está obligado a presentar como justificación de la subvención de conformidad con las bases reguladoras, y por tanto, las fundaciones en el ejercicio de su derecho constitucional a desarrollar su actividad de interés general con todas las garantías así como con base en su libertad individual como persona jurídica, según entiende este autor, deberán negarse a prestar aquella documentación no delimitada en las bases reguladoras citadas.

En conclusión, la Ley de Subvenciones, en efecto, no reconoce a los citados órganos gestores de la subvención mayor capacidad indagadora o inquisitiva. Ergo, las Administraciones Públicas no podrán pedir más documentación que la prevista en la normativa reguladora de la subvención que aquella a la que quede el solicitante-beneficiario obligado a presentar en su solicitud. A mayor abundamiento, hay que recordar que el control financiero que lleva a cabo la intervención es de alcance general.

En lo relativo a la falta de regulación de los plazos aplicables al procedimiento y su posible pérdida de capacidad de examinar documentación, en primer lugar hay que poner de manifiesto que la Administración tiene un plazo de 4 años para la revisión o comprobación de los documentos, debe hacerlo a través del procedimiento administrativo correspondiente. Por tanto, iniciado el procedimiento de comprobación de la subvención otorgada, éste ha de finalizar mediante el correspondiente acto administrativo. En lo relativo a los plazos del propio procedimiento, sin embargo, y como se indicaba anteriormente, la Ley de Subvenciones no establece plazo del mismo (a diferencia de lo que se podría aplicar al procedimiento de control financiero, al que le son aplicable los plazos tributarios de 12 meses) ni tampoco el Reglamento indican el plazo de duración del mismo. En opinión de este autor y siguiendo la realidad práctica, ante tal falta de determinación de plazo, es la propia Ley de Subvenciones *ex* artículo 5 la que obliga a acudir a la normativa supletoria, es decir, al artículo 42.3 de la LRJPAC que establece un plazo de duración del procedimiento de 3 meses. En efecto, transcurrido este plazo, podrá alegarse caducidad del mismo, pues nos encontramos ante un procedimiento iniciado de oficio susceptible de producir efectos desfavorables o de gravamen para el beneficiario (recordar los efectos de reintegro que se derivan de posibles incumplimientos).

A mayor abundamiento, y de manera correlativa a la imposibilidad de extralimitación en el ejercicio de funciones de los órganos gestores de la ayuda, la Ley de Subvenciones en lo relativo al control financiero, cuando regula al personal controlador, señala que éstos tienen el deber, en lo que se refiere a solicitud de datos, informes o antecedentes en el ejercicio de control, solo podrán ser utilizados aquellos para los fines asignados al mismo, cual es exigir la debida utilización de la subvención. Realizando una interpretación sistemática de la LGS en este punto (art. 48), en conexión con lo argumentado con anterioridad, cabría colegir que el órgano gestor de la subvención tiene inherente en sus funciones un deber de no extralimitarse en su actividad de verificación cuando ello supusiese requerir el examen de documentos extramuros de la actividad subvencionada.

En definitiva, y concluyendo el presente estudio, la comprobación de la certeza de la justificación efectuada por el beneficiario de la subvención respecto de los fines de interés general que origina la correspondiente ayuda, en la actualidad puede llegar a generar un desequilibrio entre las facultades administrativas que se atribuyen al órgano gestor para el ejercicio de sus funciones de comprobación —que pueden dilatarse en el tiempo y alcanzar documentación que no fue requerida inicialmente para el otorgamiento de la ayuda, como registros contables, cuentas bancarias relacionadas con la subvención— y el respeto de los derechos y garantías del beneficiario. Es más, de un examen de este estudio, en ningún momento se ha mencionado que la Ley de Subvenciones o su Reglamento regule un trámite de audiencia *strictu sensu* para poder alegar lo que en su derecho convenga al beneficiario, lo que supone otro elemento más que pone de relieve el desequilibrio referido.

Bibliografía

- DE ASÍS, A., *La justificación técnica y administrativa de proyectos subvencionables*, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, 2003.
- DE LORENZO, R.; PIÑAR, J. L.; SANJURJO, T., y otros, *Tratadi de Fundacione*, Aranzadi, 2010.
- CASAS AGUDO, D., «El control financiero interno de las ayudas y subvenciones públicas, régimen jurídico y cuestiones conflictivas», en *Gaceta fiscal*, n.º 355, 2015.
- CAZORLA PRIETO, L. M.; BLÁZQUEZ LIDOY, A.; GARCÍA DELGADO, R., y otros, *Fundaciones: Problemas actuales y reforma legal*, Aranzadi, 2011.
- GARCÉS SANAGUSTÍN, M.; PALOMAR OLMEDA, A., y otros, *Derecho de las subvenciones y ayudas públicas*, Aranzadi, 2011.
- JORDANA DE POZAS, L., «Ensayo de una teoría del Fomento en el Derecho Administrativo», en *Revista de Estudios Políticos*.
- MIRALLES, O., *La Justificación de subvenciones y su comprobación material y formal. La posibilidad del control financiero*, Cremades & Calvo-Sotelo abogados.
- PARADA VÁZQUEZ, J. R., «Las fundaciones desde el Derecho Público», en *Revista de la Facultad de Derecho de la UNED*, n.º 4, 1993.

Situación actual y propuestas de futuro para las fundaciones autónomas de la Iglesia Católica

Remigio Beneyto Berenguer

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

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. SITUACIÓN DE LAS FUNDACIONES AUTÓNOMAS EN ESPAÑA: 1. *Situación de las fundaciones autónomas en las diócesis españolas*. 2. *Situación de las fundaciones autónomas en la Conferencia Episcopal Española*.—III. DESCRIPCIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE ALGUNAS FUNDACIONES AUTÓNOMAS PÚBLICAS Y PRIVADAS: 1. *Denominación*. 2. *Personalidad jurídica y régimen jurídico*. 3. *Finalidades*. 4. *Dotación*. 5. *El Gobierno de la fundación*. 6. *Actos de disposición y enajenación del patrimonio*. 7. *La modificación de estatutos y la fusión de fundaciones*. 8. *La extinción y el destino de los bienes en caso de extinción*.—IV. PROPUESTAS PARA UNA NORMATIVA DE LA CONFERENCIA EPISCOPAL SOBRE FUNDACIONES AUTÓNOMAS, PÚBLICAS O PRIVADAS, DE ÁMBITO NACIONAL.—V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El trabajo consta de tres partes: en la primera, tras una introducción, se intentará exponer brevemente la situación de las fundaciones autónomas en las diócesis españolas y en la Conferencia Episcopal española; en la segunda, se expondrán desde la práctica situaciones sobre el régimen jurídico de fundaciones autónomas públicas y privadas, que se están constituyendo en las diócesis españolas y en la Conferencia Episcopal, en las que se observa, por parte de las autoridades eclesísticas, una falta de criterio a la hora de distinguir entre fundaciones públicas y privadas, al tiempo que se presenta como inevitable la necesidad de un desarrollo de la normativa particular sobre fundaciones autónomas. En la tercera parte, finalmente se esbozarán algunas propuestas que podrían integrar esta normativa particular sobre las fundaciones autónomas.

PALABRAS CLAVE: Fundación, régimen jurídico, normativa particular.

ABSTRACT: The work consists in three parts: in the first one, after the introduction, we will briefly try to demonstrate the situation of the autonomous foundations in the Spanish dioceses and the Spanish Episcopal conference. In the second part, we will present from a practical point of view situations about the legal framework of both, public and private autonomous foundations which are being established in the Spanish dioceses and the Episcopal conference. The ecclesiastical authorities are noticing a lack of rule when they have to distinguish between public and private

foundations, at the same time that it is unavoidable the need of a particular regulation development about autonomous foundations. In the third part we will finally outline some proposals that would be able to integrate in this particular regulation about autonomous foundations.

KEY WORDS: Foundation, legal framework, particular regulation.

I. Introducción

En la Iglesia Católica existe una indudable tendencia a la constitución de fundaciones autónomas. En las distintas Diócesis, ante cualquier necesidad se discute cuál es la figura que mejor se adapta a la finalidad que se persigue, y últimamente de manera casi automática, se acaba constituyendo una fundación autónoma. En los Institutos de Vida Consagrada, ante la escasez de vocaciones religiosas y la necesidad de pervivencia del carisma y de sus obras apostólicas y caritativas, se aprecia también la necesidad de constituir fundaciones autónomas.

Cuando se conoce la práctica del mundo fundacional, se llega a la conclusión de que la normativa del Código de Derecho Canónico, respecto a las fundaciones autónomas, es insuficiente para dar respuesta a la problemática generada por estas personas jurídicas.

En la práctica, en demasiadas ocasiones, se desconoce la diferencia entre asociaciones y fundaciones; tampoco se distingue entre fundaciones civiles y canónicas, y tampoco entre fundaciones pías autónomas y no autónomas. Pero lo verdaderamente dramático es que este desconocimiento no acontece únicamente entre personas legas en derecho, sino que alcanza a los profesionales del derecho (Abogados, Notarios, Registradores,...) e incluso a integrantes de algunas Curias Diocesanas, con lo cual proliferan situaciones irregulares en la constitución, en el funcionamiento, en el gobierno de estas personas jurídicas canónicas.

En el presente trabajo se intentará exponer brevemente la situación de estas fundaciones autónomas en las diócesis españolas y en la Conferencia Episcopal española; luego analizar desde la práctica la problemática existente en el régimen jurídico de las mismas; y finalmente se esbozarán algunas propuestas que podrían integrar esta normativa particular sobre las fundaciones autónomas.

II. Situación de las fundaciones autónomas en España

1. Situación de las fundaciones autónomas en las diócesis españolas

Ha de partirse en este punto del excelente trabajo del Profesor Miguel Campo¹, concretamente en su apartado «3.3. La actividad diocesana relativa a fundaciones pías autónomas».

De la lectura de los boletines oficiales de las diócesis españolas en el período comprendido entre el año 1983 y noviembre de 2014, se contabilizan 220 entradas², de las que se deduce actividad de unas 172 fundaciones, mientras que el Registro de Entidades Religiosas cuenta con la inscripción de 392 fundaciones canónicas³.

Lo primero que se desprende de estos números es o bien la inactividad de la mayoría de las fundaciones autónomas, o bien que éstas no guardan la legalidad vigente.

El artículo 5 del Real Decreto 142/1981, de 9 de enero, sobre organización y funcionamiento del Registro de Entidades Religiosas, establecía: «1. La modificación de las circunstancias reseñadas en el artículo 3 será comunicada al Ministerio de Justicia en la forma prevista en dicho artículo para las peticiones de inscripción».

Y el artículo 3 exponía como datos requeridos para la inscripción los siguientes:

«a) Denominación de la entidad, de tal modo que sea idónea para distinguirla de cualquier otra.

b) Domicilio.

c) Fines religiosos con respeto de los límites establecidos en el artículo 3 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, al ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa.

d) Régimen de funcionamiento y Organismos representativos, con expresión de sus facultades y de los requisitos para su válida designación.

e) Potestativamente, la relación nominal de las personas que ostentan la representación legal de la entidad. La correspondiente certificación registral será prueba suficiente para acreditar dicha cualidad».

¹ M. CAMPO IBÁÑEZ, *Las fundaciones canónicas en España. Derecho particular diocesano y realidad social*, *Ius Canonicum*, 55, 2015, 641-694.

² *Idem*, 678-690, que forman el Anexo 2 (Fundaciones autónomas 2014-1983).

³ *Idem*, 668.

Con el nuevo Real Decreto 594/2015, de 3 de julio, por el que se regula el Registro de Entidades Religiosas⁴, tendrán acceso al Registro, de acuerdo con el procedimiento que se establece en este Real Decreto, los siguientes actos:

- a) La fundación o establecimiento en España de la entidad religiosa.
- b) Las modificaciones estatutarias.
- c) La identidad de los titulares del órgano de representación de la entidad.
- d) La incorporación o separación de las entidades a una federación.
- e) La disolución de la entidad.
- f) Los lugares de culto.
- g) Los ministros de culto.
- h) Cualesquiera otros actos que sean susceptibles de inscripción o anotación conforme a los Acuerdos entre el Estado español y las confesiones religiosas⁵.

Se puede observar fácilmente que 392 fundaciones canónicas inscritas en el Registro de Entidades Religiosas habrán de generar miles de entradas en el mismo Registro. En ningún caso podrá ocurrir lo que ha sucedido en estos 31 años (1983-2014) en que ha habido únicamente 220 entradas contabilizadas en los boletines oficiales de las diócesis españolas.

Con estos datos en 31 años, y admitiendo como premisa (que es mucho admitir) que todas estas entradas en los boletines han sido notificadas al Registro de Entidades Religiosas, ni siquiera ha habido una entrada por fundación inscrita en el Registro. Esto supone que muchas fundaciones nunca han comunicado nada al Registro, ni modificaciones estatutarias, ni identidad de los titulares de los órganos de gobierno, ni disolución de la entidad.

Del anexo 2 del artículo del Profesor Miguel Campo⁶, se desprende que la inmensa mayoría de las publicaciones en los Boletines Oficiales de las Diócesis españolas son por modificación de estatutos o por nombramientos de miembros de los distintos patronatos y, en algunos supuestos, por decretos de erección de algunas fundaciones autónomas.

⁴ Boletín Oficial del Estado n.º 183, de 1 de agosto de 2015.

⁵ Artículo 3 del Real Decreto.

⁶ M. CAMPO IBÁÑEZ, *Las fundaciones canónicas en España...*, cit., 678-690.

El profesor Campo advierte: «de todos modos, los números comentados no son tampoco un reflejo totalmente fiel de esta actividad, pues mientras que en algunas archidiócesis la actividad es muy notable, especialmente Barcelona y Valencia, en otras es muy reducida —especialmente notable es el caso de Madrid— o inexistente. Por lo que toca al número de fundaciones de las que podemos tener noticia por los boletines (cualquiera que sea el tipo de acto publicado), tenemos una sola fundación para Ávila, León, Getafe, Mallorca, Gerona, Palencia, Segovia o Almería. Dos para las diócesis de Málaga y Tortosa. En cuanto a las archidiócesis, tenemos registros de dos fundaciones en los arzobispados de Burgos, Granada, Madrid, Oviedo, Pamplona y Sevilla. Frente a estos modestos números, en Zaragoza y Tarragona se da noticia de ocho fundaciones, nueve en Toledo, veintinueve en Valencia y cuarenta y dos en Barcelona»⁷.

Por ejemplo, en la diócesis de Valencia, donde hay 29 entradas en los Boletines Oficiales del Arzobispado (desde 1983-2014), según el profesor Beneyto⁸, «hay 26 fundaciones domiciliadas en la capital de Valencia. De éstas, dos se encuentran extinguidas o en proceso de extinción. Igualmente en la Diócesis de Valencia, pero domiciliadas en pueblos pertenecientes al territorio de la Diócesis, hay 25 Fundaciones. De éstas, 3 se encuentran sin actividad».

A partir de la entrada en vigor del Real Decreto 594/2015, de 3 de julio, por el que se regula el Registro de Entidades Religiosas, que según su Disposición final quinta⁹ fue el 1 de noviembre de 2015, todas las solicitudes de inscripción o anotación en el Registro, junto con la documentación que deba acompañarse, podrán presentarse en formato y con firma electrónicos, sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición adicional tercera. En esta disposición se establece que, en el plazo de dos años desde la entrada en vigor (o sea hasta el 1 de noviembre de 2017) se habilitarán los recursos necesarios para la gestión electrónica de los procedimientos administrativos regulados y que el Registro de Entidades Religiosas sustituirá la conservación material de documentación por su almacenamiento mediante medios electrónicos, dotados de suficientes garantías¹⁰.

⁷ *Idem*, 669.

⁸ R. BENEYTO BERENGUER, «Tipología de las fundaciones pías autónomas en la diócesis de Valencia», en: R. BENEYTO BERENGUER (dir.), *Reflexión y perspectivas de futuro de las fundaciones autónomas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2013, 55-63.

⁹ «Este Real Decreto entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado». La publicación fue en el Boletín Oficial del Estado n.º 183, de 1 de agosto de 2015.

¹⁰ Disposición Adicional Tercera del Real Decreto.

Y lo que es más relevante para las entidades eclesíásticas, en el mismo plazo (hasta el 1 de noviembre de 2017), las entidades inscritas en el Registro de Entidades Eclesiásticas deberán, en su caso, actualizar su situación registral conforme a los procedimientos previstos en este Real Decreto, en particular, en lo que se refiere a la inscripción obligatoria de los representantes legales¹¹.

Aunque el profesor Herrera Ceballos califica como «deseada y esperada» la reforma del Registro de Entidades Religiosas¹², y resalta como fortalezas del mismo su exhaustividad lo que reforzará el principio de seguridad jurídica, tanto en lo formal como en lo material, y la posibilidad de su tramitación electrónica¹³, sin embargo sería preocupante, si persiguiendo casi obsesivamente la igualdad pero confundiendo con la uniformidad, se regularán todas las entidades religiosas del mismo, sacrificando la especialidad y la autonomía de lo religioso, despreciando la personalidad jurídica internacional de la Santa Sede y entrando los responsables del Registro a «calificar» lo que se entiende por «religioso» o no a pesar de lo dispuesto en la famosa Sentencia del Tribunal Constitucional 46/2001.de 15 de octubre¹⁴. Además supone que la Administración estatal será concedora inmediatamente de toda la vida de estas entidades eclesíásticas: denominación, fines, actividades, dotación, órganos de gobierno, reglas para la aplicación de sus rendimientos a los fines fundacionales, causas de extinción y destino de los bienes.

La primera conclusión que puede extraerse de lo anterior es que las fundaciones autónomas de la Iglesia no han mantenido contacto permanente con el Registro de Entidades Religiosas. La situación parece que habrá de cambiar con la nueva regulación del Registro, operada en el 2015.

Lo más preocupante es que son escasas las disposiciones emanadas por los Obispos diocesanos de cara a regular la existencia de las fundaciones pías autónomas¹⁵. Concluimos con el profesor Miguel Campo: «Quizás, en aten-

¹¹ Disposición Adicional Cuarta del Real Decreto.

¹² E. HERRERA CEBALLOS, *Hacia la construcción de un Registro fiel reflejo de la realidad. La reforma del Registro de Entidades Religiosas*, *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado* 39, 2015, 1.

¹³ *Idem*, 33.

¹⁴ «En consecuencia, atendidos el contexto constitucional en que se inserta el Registro de Entidades Religiosas, y los efectos jurídicos que para las comunidades o grupos religiosos comporta la inscripción, hemos de concluir que, mediante dicha actividad de constatación, la Administración responsable de dicho instrumento, no se mueve en un ámbito de discrecionalidad que le apodere con un cierto margen de apreciación para acordar o no la inscripción solicitada, sino que su actuación en este extremo no puede sino calificarse como reglada, y así viene a corroborarlo el artículo 4.2 del Reglamento...» (FJ 8).

¹⁵ J. CAMPO IBÁÑEZ, *Las fundaciones canónicas en España...*, ob. cit., 670, quien destaca los nombramientos de un asesor jurídico de fundaciones benéficas en el Arzobispado de

ción a las demandas existentes en la sociedad española, se eche de menos un esfuerzo por parte de las diócesis de cara a establecer unas normativas que ayuden a implementar de un modo más claro principios como transparencia, eficacia y eficiencia en la gestión de las fundaciones pías autónomas, lo cual quizá pudiese ser un acicate para la constitución de un mayor número de fundaciones y que de este modo el servicio apostólico que la Iglesia española puede prestar a través de las mismas se haga más visible al común de los fieles y de la sociedad española»¹⁶.

2. *Situación de las fundaciones autónomas en la Conferencia Episcopal Española*

Además del artículo, ya citado, del profesor Miguel Campo en su epígrafe «3.2. Actividad de la Conferencia Episcopal Española», es obligado referirse al brillante artículo del profesor Jorge Otaduy titulado: «Fundaciones canónicas privadas promovidas por institutos religiosos en los sectores de la educación y de la sanidad»¹⁷.

En los dos artículos se relata la cronología de las fundaciones erigidas por la Conferencia Episcopal Española desde 1992 hasta 2014.

Según el artículo 17 de los Estatutos de la Conferencia Episcopal Española¹⁸: «Son atribuciones de la Asamblea Plenaria las siguientes: 14.º, Reconocer y erigir asociaciones de fieles, instituciones y otras entidades de ámbito nacional con fin piadoso, caritativo o apostólico; revisar, o en su caso, aprobar sus estatutos y conferir a las mismas personalidad jurídica, conforme al Derecho vigente».

La Conferencia Episcopal, en ejercicio de sus atribuciones, ha realizado los siguientes actos jurídicos, ordenados cronológicamente desde 1992 hasta la fecha¹⁹:

Madrid-Alcalá, mediante Decreto de 20 de septiembre de 1985, y de un Delegado Diocesano para las Fundaciones en el Arzobispado de Toledo, mediante Decreto de 19 de diciembre de 1992.

¹⁶ *Idem*, p. 673.

¹⁷ J. OTADUY GUERÍN, *Fundaciones canónicas privadas promovidas por Institutos Religiosos en los sectores de la educación y de la sanidad*, *Ius canonicum* 55, 2015, 695-722.

¹⁸ Texto de los Estatutos aprobado por la XCII Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal Española (24-28 de noviembre de 2008) y confirmado por Decreto de la Congregación de Obispos de 19 de diciembre de 2008 en <http://www.conferenciaepiscopal.es/estatutos-ccc/>.

¹⁹ J. CAMPO IBÁÑEZ, *Las fundaciones canónicas en España...*, ob. cit., 678-692.

1) En 1992, la LVI Asamblea Plenaria erige canónicamente en persona jurídica privada de la Iglesia Católica a la fundación Educación Católica, y aprueba sus Estatutos el 22 de mayo²⁰.

2) En 2004, la LXXXIII Asamblea Plenaria aprobó un «Modelo de estatutos de fundaciones canónicas promovidas por Institutos de Vida Consagrada en el ámbito educativo»²¹.

3) En 2010, la XCVI Asamblea Plenaria aprueba los «Criterios básicos para el régimen de fundaciones canónicas privadas constituidas por institutos religiosos y erigidas por la Conferencia Episcopal Española» del 26 de noviembre²².

4) En 2011, la XCVIII Asamblea Plenaria aprobó la «Escuela Viva» como fundación privada de ámbito nacional, y le confirió personalidad jurídica privada. La fundación, de carácter educativo, ha sido promovida por FERE_CECA²³.

5) En 2012, la XCLIX Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal Española aprobó las fundaciones «Fundación Educativa Escolapias», «Fundación Escolapias Montal» y «Fundació Escolàpies» como fundaciones privadas de ámbito nacional, y les confirió personalidad jurídica privada²⁴. Las fundaciones, de carácter educativo, han sido promovidas por el Instituto Religioso de las Madres Escolapias.

6) En 2012, la C Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal Española aprobó la «Fundación educativa Franciscanas de Montpellier», promovida por la Congregación Franciscana del Espíritu Santo (Franciscanas de Montpellier), como Fundación privada de ámbito nacional, y le confirió personalidad jurídica privada²⁵.

7) En 2013, la C Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal Española aprobó la «Fundación educativa ACI (Ancillae Cordis Iesu)», promovida por la Congregación de Esclavas del Sagrado Corazón, como Fundación privada de ámbito nacional, y le confirió personalidad jurídica privada²⁶.

²⁰ *Idem*, p. 689.

²¹ Del 22 al 26 de noviembre de 2004. Boletín Oficial de la Conferencia Episcopal 74(31 diciembre 2004).

²² Boletín Oficial de la Conferencia Episcopal Española 86 (31 diciembre 2010), pp. 85-86.

²³ Boletín Oficial de la Conferencia Episcopal Española 88 (31 diciembre 2011), p. 88.

²⁴ Boletín Oficial de la Conferencia Episcopal Española 89 (30 junio 2012), p. 70.

²⁵ Boletín Oficial de la Conferencia Episcopal Española 90 (31 diciembre 2012), p. 183.

²⁶ Boletín Oficial de la Conferencia Episcopal Española 92 (31 diciembre 2013), p. 183.

8) En 2013, la CII Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal Española aprobó los estatutos de la Fundación educativa del Sur «Santo Tomás de Aquino» y la erigió como fundación pía autónoma privada de ámbito nacional²⁷.

9) En 2013, la CII Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal Española aprobó los «Criterios básicos para el régimen de fundaciones canónicas privadas (socio-sanitarias, asistenciales y otras) constituidas por Institutos de la Vida Consagrada y Sociedades de Vida Apostólica y erigidas por la Conferencia Episcopal Española»²⁸.

10) En 2013, la CII Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal Española aprobó el Reglamento del Consejo Episcopal de Fundaciones Canónicas²⁹.

11) En 2014, la CIII Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal Española aprobó los estatutos de la Fundación «Spínola», de ámbito educativo y la erigió como fundación pía autónoma privada de ámbito nacional.

Tras observar detenidamente esta cronología se extrae la conclusión de que la Conferencia Episcopal Española ha seguido un itinerario un tanto confuso al elaborar una normativa particular sobre fundaciones. Es más, no ha habido legislación particular hasta el 2013, en que se aprueba el Reglamento del Consejo Episcopal de Fundaciones Canónicas.

Parece ser que el Título «Reglamento del Consejo Episcopal de Fundaciones Canónicas» no corresponde a la realidad, porque en el artículo 1 se fija el ámbito de actuación de este nuevo órgano, que comprenderá «principalmente» (por lo tanto no exclusivamente) las fundaciones promovidas por los Institutos de Vida Consagrada y Sociedades de Vida Apostólica en los ámbitos educativo y socio-sanitario³⁰.

Es una lástima que el Reglamento no estuviera pensando en todas las «entidades de ámbito nacional con fin piadoso, caritativo o apostólico»³¹, y, en cambio, todo el Reglamento transluzca la regulación de las fundaciones

²⁷ Boletín Oficial de la Conferencia Episcopal Española 92 (31 diciembre 2013), p. 159.

²⁸ Del 18 al 22 de noviembre de 2013. Boletín Oficial de la Conferencia Episcopal 92 (31 diciembre 2013), pp. 103-105.

²⁹ Del 18 al 22 de noviembre de 2013. Boletín Oficial de la Conferencia Episcopal 92 (31 diciembre 2013), pp. 155-156.

³⁰ J. CAMPO IBÁÑEZ, *Las fundaciones canónicas en España...*, ob. cit., 667.

³¹ Artículo 17.14.º de los Estatutos de la Conferencia Episcopal Española.

promovidas por los Institutos de Vida Consagrada³². Como se verá a lo largo del trabajo, es necesaria una especie de Protectorado para todas las fundaciones canónicas de ámbito nacional, tanto las promovidas por las distintas Diócesis, como por los Institutos de Vida Consagrada como por otras entidades de la Iglesia Católica. Es necesaria también una especie de Consejo de Fundaciones, en el que estén representados no sólo Obispos y representantes de la Conferencia Episcopal, sino también los Institutos de Vida Consagrada y Sociedades de Vida Apostólica, y todos ellos asistidos por las personas de reconocido prestigio y competencia en la materia.

La Conferencia Episcopal Española se enfrentó al problema de las fundaciones canónicas promovidas por los Institutos de Vida Consagrada y Sociedades de Vida Apostólica que no se encuentran capacitados para constituir directamente estas fundaciones, por no disponer de la potestad eclesiástica de régimen en el fuero externo. Como expresa el profesor Otaduy «los llamados institutos religiosos laicales —algunos masculinos y todos los femeninos— no son titulares de la potestad de régimen y no pueden crear por sí mismos las correspondientes fundaciones canónicas»³³.

Estos Institutos, a diferencia de los institutos pontificios de Derecho Pontificio que sí pueden crear directamente fundaciones canónicas a tenor de los cánones 596.2³⁴ y 134.1³⁵, no son titulares de la potestad de régimen y no pueden constituir por sí mismas fundaciones canónicas, sino que han de contar con la intervención del Ordinario de lugar, que será la Conferencia Episcopal Española, si pretenden constituir una fundación autónoma de ámbito nacional³⁶.

³² En el número 6 se establece como órgano auxiliar del Consejo Episcopal de Fundaciones, un Equipo de Asesores formado por ocho personas: el Secretario Técnico de la Conferencia Episcopal Española, el Vicesecretario para Asuntos Económicos, los Directores de los Secretariados de las Comisiones Episcopales de Vida Consagrada, de Enseñanza y Catequesis, y de Pastoral, el Secretario Técnico de la Junta Episcopal de Asuntos Jurídicos, y, por períodos renovales de cuatro años un miembro designado por la Confederación Española de Religiosos (CONFER) y otro por la Federación Española de Religiosos de la Enseñanza —Confederación de Escuelas Católicas (FERE-CECA)—. Y en el artículo 8 se señala como el Consejo Episcopal sustituye a todos los efectos al Departamento para las fundaciones canónicas promovidas por Institutos de Vida Consagrada en el ámbito educativo de 2011.

³³ J. OTADUY GUERÍN, *Fundaciones canónicas privadas...*, ob. cit., 698.

³⁴ «En los institutos religiosos clericales de derecho pontificio tienen además potestad eclesiástica de régimen, tanto para el fuero externo como para el interno».

³⁵ «Por el nombre de Ordinario se entienden en Derecho, ...también quienes en ellas tienen potestad ejecutiva ordinaria, es decir los Vicarios generales y episcopales, así también respecto a sus miembros, los Superiores mayores de institutos religiosos clericales de derecho pontificio y de sociedades clericales de vida apostólica de derecho pontificio que tienen, al menos, potestad ejecutiva ordinaria».

³⁶ J. OTADUY GUERÍN, *Fundaciones canónicas privadas...*, ob. cit., 698.

La Conferencia Episcopal Española vio como algunos institutos clericales de derecho pontificio constituyeron fundaciones de ámbito nacional, erigidas no por la propia Conferencia Episcopal sino por sus Superiores mayores. Así la Fundación Loyola³⁷, erigida en 1998 por el Preósito General de la Compañía de Jesús, la Fundación Domingo Lázaro³⁸ constituida en marzo de 2001 por los Marianistas y la Fundación Proyecto Don Bosco³⁹, erigida en agosto de 1998.

La Conferencia Episcopal Española aprobó los estatutos de la Fundación Educación Católica promovida por la Federación Española de Religiosos de la Enseñanza el 22 de mayo de 1992, una modificación de su artículo 2 (los fines) el 20 de noviembre de 1992, y una modificación de los artículos 8 (patronato), 9 (renovación de los patronos) y 17 (modificación de estatutos) el 19/23 de noviembre de 2001. La Fundación Educación Católica, según el artículo 4 de sus estatutos, es «persona jurídica privada de la Iglesia Católica, por concesión expresa de la Conferencia Episcopal Española»⁴⁰.

Pero en la LXXXIII Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal celebrada los días 23 al 26 de noviembre de 2004, se aprobó un «Modelo de estatutos de fundaciones canónicas promovidas por Institutos de Vida Consagrada en el ámbito educativo».

En este modelo se pretendía que todas las fundaciones canónicas de ámbito nacional promovidas por institutos de vida consagrada y sociedades de vida apostólica, que no dispusieron de la potestad eclesiástica de régimen en el fuero externo, fueran erigidas por la Conferencia Episcopal Española como personas jurídicas eclesiásticas públicas, como Fundaciones Pías Autónomas de naturaleza pública.

Esta obligación de que todas estas fundaciones hubieran de ser necesariamente de naturaleza pública, ahuyentó a algunos Institutos de Vida Consagrada y Sociedades de Vida Apostólica, que prefirieron constituir fundaciones civiles a partir de este Modelo del 2004. El profesor Otaduy lo califica como «episodio sorprendente»⁴¹ pero no resalta que quizá este modelo del 2004 fue el motivo de esta tendencia, sin entrar a discutir si las decisiones fueron o no acertadas. Lo cierto es que se constituyeron la Fundación Educativa

³⁷ www.fundacionloyola.es.

³⁸ http://femdl.micolegio.es/ver_seccionFija.aspx?id=2.

³⁹ <http://www.proyectodonbosco.com/Contenidos/4/1/Inicios>.

⁴⁰ <http://fundacioneducacioncatolica.com/sites/fundacioneducacioncatolica.com/files/pagina/2015/05/estatutosfec-nov.01.pdf>.

⁴¹ J. OTADUY GUERÍN, *Fundaciones canónicas privadas...*, ob. cit., 699.

Santo Domingo⁴², en el año 2007 (a iniciativa de las Dominicas), la Fundación Educativa Francisco Coll⁴³, en 2007 (a iniciativa de las Hermanas de la Anunciata) y la Fundación Educativa Doctrina Cristiana⁴⁴, en 2008 (a iniciativa de la Congregación Misioneras de la Doctrina Cristiana).

Lo mismo ocurrió con la Fundación de Religiosos para la Salud, que fue creada el 12 de noviembre de 2007 por la Asamblea General de la Federación Española de Religiosos Socio-sanitarios, como una fundación civil, al amparo de la Ley 50/2002 e inscrita en el Registro estatal de fundaciones asistenciales del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, por Orden Ministerial de 3 de junio de 2008⁴⁵.

Debería hacer pensar tanto a la Conferencia Episcopal Española como a los Institutos de Vida Consagrada la situación de estas fundaciones de ámbito nacional que prefirieron ser civiles a ser fundaciones autónomas públicas con una mayor dependencia de la Conferencia Episcopal: a la Conferencia Episcopal Española su persistencia y cerrazón en que fueran de naturaleza pública (cuando posteriormente han admitido la posibilidad de la naturaleza privada) y a los Institutos de Vida Consagrada, que prefieran ser de naturaleza civil, sujetas al Protectorado de la Administración civil, antes que ser de naturaleza pública, sujetas al Protectorado de la Conferencia Episcopal Española.

Lo cierto es que el 26 de noviembre de 2010, la XCVI Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal Española aprueba los «Criterios básicos para el régimen de fundaciones canónicas privadas constituidas por institutos religiosos y erigidas por la Conferencia Episcopal Española», y a partir de ese momento vuelven a constituirse una serie de fundaciones autónomas privadas:

1) En 2011, la XCVIII Asamblea Plenaria aprobó la «Escuela Viva»⁴⁶ como fundación privada de ámbito nacional, y le confirió personalidad jurídica privada. La fundación, de carácter educativo, ha sido promovida por FERE-CECA.

2) En 2012, la XCLIX Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal Española aprobó las fundaciones «Fundación Educativa Escolapias»⁴⁷, «Fun-

⁴² <http://www.fesd.es/>.

⁴³ http://fundacioneducativafranciscocoll.es/fejc_conocenos.php.

⁴⁴ http://www.fundaciondoctrinacristiana.es/historia_de_la_fundacion.html.

⁴⁵ <http://www.fundacionfrs.es/#!/conocenos>.

⁴⁶ www.escuelaviva.org.

⁴⁷ <http://www.fe-escolapias.org/la-fundacion/bienvenidos/>.

dación Escolapias Montal»⁴⁸ y «Fundació Escolàpies» como fundaciones privadas de ámbito nacional, y les confirió personalidad jurídica privada⁴⁹. Las fundaciones, de carácter educativo, han sido promovidas por el Instituto Religioso de las Madres Escolapias.

3) En 2012, la C Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal Española aprobó la «Fundación educativa Franciscanas de Montpellier», promovida por la Congregación Franciscana del Espíritu Santo (Franciscanas de Montpellier), como Fundación privada de ámbito nacional, y le confirió personalidad jurídica privada⁵⁰.

4) En 2013, la C Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal Española aprobó la «Fundación educativa ACI (Ancillae Cordis Iesu)», promovida por la Congregación de Esclavas del Sagrado Corazón, como Fundación privada de ámbito nacional, y le confirió personalidad jurídica privada⁵¹.

5) En 2013, la CII Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal Española aprobó los estatutos de la Fundación educativa del Sur «Santo Tomás de Aquino» y la erigió como fundación pía autónoma privada de ámbito nacional.

El profesor Otaduy advertía en su trabajo que «los institutos de vida consagrada dedicados a actividades sanitarias, en cambio, no parece que se hayan dirigido hasta ahora a la Conferencia Episcopal solicitando la erección de fundaciones canónicas análogas a las constituidas en el sector educativo y se mantiene la naturaleza civil de la entidad constituida en 2007»⁵².

En la CII Asamblea Plenaria del 18-21 de noviembre de 2013 la Conferencia Episcopal aprueba los «Criterios básicos para el régimen de fundaciones canónicas privadas» (socio-sanitarias, asistenciales y otras) constituidas por institutos de vida consagrada y sociedades de vida apostólica y erigidas por la Conferencia Episcopal Española.

En 2013, en la misma CII Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal Española se aprobó el Reglamento del Consejo Episcopal de Fundaciones Canónicas⁵³.

⁴⁸ <http://fundacionescolapiasmontal.org/>.

⁴⁹ Boletín Oficial de la Conferencia Episcopal Española 89 (30 junio 2012), 70.

⁵⁰ <http://www.fefimont.es/>.

⁵¹ <http://fundacioneducativaaci.com/content/historia-de-la-fundaci%C3%B3n-educativa-aci> donde se expresa que fue constituida el 20 de diciembre de 2012 y en septiembre de 2013 entran a formar parte de ella los colegios que las Esclavas tienen en España.

⁵² J. OTADUY GUERÍN, *Fundaciones canónicas privadas...*, o. c., 702.

⁵³ Del 18 al 22 de noviembre de 2013. Boletín Oficial de la Conferencia Episcopal 92 (31 diciembre 2013) 155-156.

En 2014, la CIII Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal Española aprobó los estatutos de la Fundación «Spínola», de ámbito educativo y la erigió como fundación pía autónoma privada de ámbito nacional⁵⁴.

Otra conclusión que se puede extraer es que las fundaciones autónomas promovidas por Institutos de Vida Consagrada que han de ser constituidas por la Conferencia Episcopal no desean ser personas jurídicas públicas, sino privadas. Esta circunstancia añade mayor complejidad porque no acaba de estar clara la diferencia entre fundaciones autónomas públicas y privadas.

Se comparte las consecuencias de la calificación de estas fundaciones como públicas o privadas expuestas por el profesor Otaduy⁵⁵: las fundaciones públicas actúan in nomine Ecclesiae y las privadas actúan en nombre propio; los bienes de las fundaciones públicas son eclesiásticos y se rigen por las normas del libro V del Código de Derecho Canónico, y las privadas se rigen por sus estatutos; las fundaciones públicas se encuentran sujetas a la alta dirección de la autoridad eclesiástica y sus órganos de gobierno normalmente están asignados por la autoridad eclesiástica, mientras que las fundaciones privadas tienen mayor libertad para nombrar a sus órganos de gobierno y la vigilancia de la autoridad eclesiástica es mínima.

Pero como se verá más adelante, en la práctica esta distinción no es tan pacífica⁵⁶. No se puede decir tan alegremente que las fundaciones privadas actúan en nombre propio y no en el de la Iglesia, porque a las privadas también es la autoridad eclesiástica quien les otorga la personalidad jurídica ca-

⁵⁴ <http://sagradocorazonlineares.com/index.php/component/content/article/1-ultimas-noticias/1918-la-congregacion-constituye-la-fundacion-spinolaq.html>. Fundación constituida por la Congregación de Esclavas del Divino Corazón.

⁵⁵ J. OTADUY GUERÍN, *Fundaciones canónicas privadas...*, ob. cit., 704.

⁵⁶ Esta distinción ha sido introducida por el Código de Derecho Canónico de 1983. El canon 116 se trata de una absoluta novedad en la legislación canónica de 1983. El canon 116 expresa que son públicas las fundaciones constituidas por la autoridad eclesiástica competente para que, dentro de los límites que se les señalan, cumplan en nombre de la Iglesia, a tenor de las prescripciones del derecho, la misión que se les confía mirando al bien público. El Código de Derecho Canónico de 1983 no define la persona jurídica privada, sino que la caracteriza negativamente: «las demás personas jurídicas son privadas». Pero la distinción entre unas y otras no está suficientemente clarificada en el Código de 1983. Porque el fin de las personas jurídicas privadas ha de ser también congruente con la misión de la Iglesia, y ha de trascender el interés de los individuos que lo forman. No hay una enumeración taxativa de los fines que la autoridad eclesiástica reserve exclusivamente para los entes creados por ella. Sería más exacto decir que se diferencian no por los fines públicos o privados sino por el modo en que lo hacen: las personas jurídicas públicas in nomine Ecclesiae, y las privadas en nombre propio, bajo la responsabilidad de las personas físicas que la integran. La característica de ser constituida por la autoridad eclesiástica competente se verifica en todas las fundaciones autónomas y no sirve para distinguir unas de otras.

nónica y aprueba sus estatutos⁵⁷, y, a la hora de la verdad, también es la autoridad eclesiástica la que está detrás, hasta el punto de que la Fundación privada puede también extinguirse por Decreto de la Conferencia Episcopal Española, motu proprio por graves razones, después de oír al Patronato y a la Entidad fundadora. La Iglesia, en definitiva, está comprometida por la actuación de sus personas jurídicas eclesiásticas.

Tampoco hay una gran diferencia en la práctica entre las fundaciones públicas y privadas, pues los bienes de las privadas se rigen por sus estatutos, y, al ser éstos aprobados por la autoridad eclesiástica, en muchos de ellos se exige la necesidad de contar con las licencias pertinentes de la autoridad eclesiástica para la administración y enajenación de bienes.

En la práctica el control de la autoridad eclesiástica respecto a los órganos de gobierno de las privadas existe pues el Ordinario como ejecutor de las pías voluntades⁵⁸ puede y debe vigilar también, mediante visita, que se cumplan las pías voluntades; y los demás ejecutores deben rendirle cuentas una vez cumplida su función⁵⁹.

Sería preciso un mayor desarrollo legislativo de las fundaciones autónomas. Si se entiende que ese desarrollo pudiera venir de la mano del canon 1304.2 cuando dice: «El derecho particular determinará condiciones más específicas para la constitución y aceptación de fundaciones», tanto los Obispos como la Conferencia Episcopal podrían estar facultados para este desarrollo. Pero si únicamente se entendiera para las fundaciones no autónomas, entonces debería la legislación universal autorizar a la legislación particular para desarrollar la normativa sobre fundaciones autónomas, porque lo que es indudable es la insuficiencia de normativa al respecto. Y lo que no tiene sentido ni es adecuado ni conveniente es que se acepte como supletoria la normativa civil al respecto.

Sigue presente la duda de en base a qué competencia la Conferencia Episcopal Española ha aprobado ese «Modelo de estatutos de fundaciones canónicas promovidas por Institutos de Vida Consagrada en el ámbito educativo» en 2004, esos «Criterios básicos para el régimen de fundaciones canónicas privadas constituidas por institutos religiosos y erigidas por la Conferencia Episcopal Española» en 2010, esos «Criterios básicos para el régimen de fundaciones canónicas privadas (socio-sanitarias, asistenciales y otras)

⁵⁷ Artículo 117: «Ninguna corporación o fundación que desee conseguir personalidad jurídica puede obtenerla si sus estatutos no han sido aprobados por la autoridad competente».

⁵⁸ Canon 1301.1 del Código de Derecho Canónico.

⁵⁹ Canon 1301.2 del Código de Derecho Canónico.

constituídas por Institutos de la Vida Consagrada y Sociedades de Vida Apostólica y erigidas por la Conferencia Episcopal Española» en 2013, y el Reglamento del Consejo Episcopal de Fundaciones Canónicas en 2013.

Si la Conferencia Episcopal Española tiene competencia para aprobar Criterios básicos para el régimen de fundaciones canónicas privadas (educativas o socio-sanitarias o asistenciales) e incluso para aprobar un Reglamento del Consejo Episcopal de Fundaciones, la tendrá también para elaborar una normativa completa sobre las Fundaciones autónomas de ámbito nacional, no sólo cuando estas fundaciones son promovidas por institutos de vida consagrada, sino cuando se trate de fundaciones promovidas por la misma Conferencia Episcopal, por varias diócesis o por una diócesis pero con actividades en todo el territorio nacional e incluso internacional. Esta normativa deberá extenderse tanto a las fundaciones públicas como privadas.

III. Descripción del régimen jurídico de algunas fundaciones autónomas públicas y privadas

1. Denominación

Es sabido que ninguna fundación que desee conseguir personalidad jurídica podrá obtenerla si sus estatutos no han sido aprobados por la autoridad eclesiástica competente⁶⁰, y al contemplarse en los estatutos la denominación de «fundación católica» la aprobación de éstos supone simultáneamente el consentimiento a la utilización del término «católica». Estas precauciones obedecen a una medida cautelar, ya que la fundación, al llamarse católica (hospital católico, residencia católica, universidad católica...) puede inducir a pensar que se trata de una fundación muy próxima y vinculada a la Iglesia institución y que ésta respalda en su totalidad las actuaciones de aquélla. Por consiguiente, lo lógico será que las fundaciones autónomas públicas sean las que utilicen más el término «católico» en sus denominaciones⁶¹.

En la práctica, en algunas fundaciones autónomas, se observa lo siguiente:

Una fundación denominada «Santuario-Convento de la Mare de Déu del Castell» de Agres se constituye como fundación autónoma privada (Diócesis de Valencia).

⁶⁰ Canon 117 del Código de Derecho Canónico de 1983.

⁶¹ R. BENEYTO BERENGUER, «Estatuto jurídico de las obras de la Iglesia como fundación civil», en J. BOSCH (editor), *Cuestiones actuales de derecho canónico y derecho eclesiástico del Estado* (Actas de las XXXIV Jornadas de Actualidad Canónica, organizadas por la Asociación Española de Canonistas en Madrid, 23-25 de abril de 2014), Dykinson, Madrid 2015, 212-213.

Una fundación denominada «Colegio de la Inmaculada Concepción» de Teulada se constituye como fundación con personalidad jurídica pública (Diócesis de Valencia).

Una fundación denominada «Nuestra Señora de Valvanera para el patrimonio cultural» es una fundación autónoma pública (Diócesis de Calahorra y la Calzada-Logroño).

Una fundación denominada «Iglesia Colegial del Divino Salvador» es una fundación autónoma pública (Diócesis de Sevilla).

Una fundación denominada «Fundación de la Junta Constructora del Templo Expiatorio de la Sagrada Familia», creada en 1895 por el entonces Obispo de Barcelona Jaume Catalá, es una fundación autónoma privada.

Una fundación denominada «Osio de Córdoba» es una fundación autónoma de naturaleza pública.

Una fundación denominada «Pía fundación autónoma Sant Martí de Girona» es una fundación autónoma privada.

Una fundación denominada «Fundación Proyecto Don Bosco» es una fundación autónoma privada.

La fundación educativa ACI (EDUCACI) es una fundación autónoma privada.

2. *Personalidad jurídica y régimen jurídico*⁶²

La fundación autónoma, la pública o privada, primero ha de adquirir personalidad jurídica canónica mediante el decreto de erección canónica y la aprobación de sus estatutos por la Autoridad eclesiástica competente; y después adquirir la personalidad jurídica civil mediante la inscripción en el Registro de Entidades Religiosas⁶³. La fundación autónoma podrá ser erigida canónicamente por el Romano Pontífice, por la Conferencia Episcopal, por los Obispos diocesanos, o por los Superiores Mayores de los Institutos Religiosos Clericales de Derecho Pontificio.

⁶² R. BENEYTO BERENGUER, *Estatuto jurídico de las obras...*, ob. cit., 213-214.

⁶³ Ver el Real Decreto 594/2015, de 3 de julio, por el que se regula el Registro de Entidades Religiosas (Boletín Oficial del Estado número 183, de 1 de agosto de 2015), donde la Disposición Transitoria segunda dispone: «Las fundaciones religiosas de la Iglesia Católica seguirán rigiéndose por el Real Decreto 589/1984, de 8 de febrero, de Fundaciones de la Iglesia Católica, en tanto no se regulen con carácter general las fundaciones de las entidades religiosas. Hasta entonces el Registro mantendrá la Sección de Fundaciones prevista en dicho real decreto».

La fundación autónoma no queda sujeta a la legislación civil estatal o autonómica, ya que la Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 1980⁶⁴, en su artículo 6.2 remitía al ordenamiento jurídico general, y en 1984 se dictó el Real Decreto 589/1984, de 8 de febrero de fundaciones religiosas de la Iglesia Católica⁶⁵, reafirmando lo establecido en el artículo V del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos de 3 de enero de 1979⁶⁶: «...se regirán por sus normas estatutarias». No puede olvidarse que el Acuerdo Jurídico tiene valor de Tratado Internacional⁶⁷.

Así lo prevé la Disposición Adicional Segunda de la Ley 50/2002, cuando afirma que: «Lo dispuesto en esta Ley se entiende sin perjuicio de lo establecido en los acuerdos con la Iglesia Católica y en los acuerdos 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 creadas o fomentadas por las mismas»⁶⁸.

3. Finalidades⁶⁹

En los estatutos de la fundación autónoma deben contenerse expresamente los fines al cumplimiento de los cuales va dirigida la fundación, así como las actividades para alcanzar esos fines. Aunque lo acertado sería exponer de forma concreta estas finalidades, atendiendo a la inseguridad producida por la tendencia de función calificadora del Registro de Entidades Religiosas (que entraba a valorar qué se entendía por religioso y por fines religiosos, reduciéndolos a lo estrictamente religioso o a lo exclusivamente religioso, dejan-

⁶⁴ Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa (Boletín Oficial del Estado de 24 de julio de 1980).

⁶⁵ Boletín Oficial del Estado de 28 de marzo de 1984.

⁶⁶ Acuerdo entre El Estado español y la Santa Sede, sobre Asuntos Jurídicos, firmado el 3 de enero de 1979, ratificado el 4 de diciembre de 1979 y publicado en el Boletín Oficial del Estado número 300, de 15 de diciembre de 1979.

⁶⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional número 66/1982, de 12 de noviembre, que en su Fundamento Jurídico 5 afirma: «No podemos menos de constatar que este Acuerdo del 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».

⁶⁸ Ver Leyes 24, 25 y 26 de 10 de noviembre de 1992, por las que se aprueban los Acuerdos o Convenios de Cooperación con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (FEREDE), con la Federación de Comunidades Israelitas (FCI) y con la Comisión Islámica de España (CIE).

⁶⁹ R. BENEYTO BERENGUER, *Estatuto jurídico de las obras...*, ob. cit., 214-216.

do fuera de lo religioso el apostolado y la caridad, por entender que era más educativo o cultural y asistencial)⁷⁰, actualmente la postura más acertada es la de ajustarse a los fines contenidos en la Instrucción de la Comisión Permanente de la Conferencia Episcopal de 5 de febrero de 1999⁷¹.

Además la Sentencia del Tribunal Constitucional número 46/2001, de 15 de febrero, dictada en base al recurso de amparo 3083/96, promovido por la Iglesia de la Unificación y otros frente a las Sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional, que desestimaron su recurso contra la negativa del Ministerio de Justicia a su inscripción en el Registro de Entidades Religiosas, a pesar de ser una sentencia, quizá poco acertada, y prueba de ello son los votos particulares, establece en el fundamento jurídico 8, que ha de concluirse que la Administración responsable del Registro de Entidades Religiosas no se mueve en un ámbito de discrecionalidad que le apodere con un cierto margen de apreciación para acordar o no la inscripción solicitada, sino que su actuación en este extremo no puede sino calificarse como reglada. Y por tanto (Fundamento Jurídico 10), la Administración no debe arrogarse la función de juzgar el componente religioso de las entidades solicitantes del acceso al Registro, sino que debe limitarse a constatar que, atendidos sus estatutos, objetivos y fines, no son entidades de las excluidas en el artículo 3.2 de la Ley orgánica de libertad religiosa.

La cuestión principal es dilucidar qué fines de los concretados en la Instrucción merecen revestir la forma jurídica de «fundación autónoma pública» y qué fines la de «fundación autónoma privada».

No debe caerse en la tentación de considerar como fundación autónoma pública aquella que tenga por finalidad el culto y la sustentación del clero («la formación “seminarios, centros de espiritualidad y de ciencias eclesísticas” y sustentación “alojamiento, alimentos, asistencia” de los ministros de culto y auxiliares de centros eclesísticos», y como fundación autónoma privada aquella que tenga por finalidad el apostolado (la enseñanza confesional) y la caridad (casas de asistencia, orfanatos, residencia de ancianos, atención a

⁷⁰ R. BENEYTO BERENGUER, *Las fundaciones religiosas de la Iglesia Católica. Fundaciones pías autónomas*, Madrid 2007, 76-82.

⁷¹ Instrucción de la Comisión Permanente de la Conferencia Episcopal Española, sobre la inscripción de asociaciones y fundaciones de la Iglesia Católica en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia (Boletín Oficial de la Conferencia Episcopal Española 80 (1999) 36-40). Ver también M. E. OLMOS ORTEGA, *La instrucción de la Conferencia Episcopal Española sobre la inscripción de asociaciones y fundaciones de la Iglesia Católica en el Registro de Entidades Religiosas. Texto y comentario*: Revista Española de Derecho Canónico 57 (2000) 213-226.

emigrantes, discapacitados, etc). Además porque el siguiente paso sería considerar únicamente como religioso, y por tanto merecedora de revestir la forma de fundación autónoma, a las fundaciones que tengan por finalidad el culto y el sostenimiento del clero, mientras que el resto de finalidades deberían revestir la forma jurídica de fundaciones civiles⁷².

En este sentido ya el artículo 6.1.d) del Real Decreto 594/2015, de 15 de julio, por el que se regula el Registro de Entidades Religiosas, ya considera como fines religiosos «sus bases doctrinales, la ausencia de ánimo de lucro y sus actividades religiosas específicas representadas por el ejercicio y fomento del culto, el mantenimiento de lugares y objetos de culto, la predicación, la intervención social, la difusión de información religiosa, la formación y enseñanza religiosa y moral, la asistencia religiosa, la formación y sustento de ministros de culto, y otros análogos».

En la práctica, en algunas fundaciones autónomas, se observa lo siguiente:

La Fundación «Santuario-Convento de la Mare de Déu del Castell», fundación privada, tiene como fines: Promover el culto público a la Mare de Déu del Castell, coadyuvar en la organización de los actos litúrgicos y religiosos. ¿Acaso no debería ser una fundación autónoma pública?

La Fundación «Colegio de la Inmaculada Concepción de Teulada», pública, tiene como fines propios: 1) La formación religiosa y moral de los fieles, principalmente en la Parroquia de Teulada, por medio de catequesis, escuelas de Teología, institutos y centros de formación religiosa. 2) La práctica de la caridad evangélica al servicio de los estudiantes de Teulada más pobres y necesitados. ¿Debe ser pública o podría ser también privada?

La Fundación Nuestra Señora de Valvanera para el patrimonio cultural, pública, se propone como un fin eminentemente religioso y espiritual: la difusión del mensaje cristiano y la promoción del culto divino a través de la conservación y difusión del patrimonio artístico y cultural de la Iglesia, así como la formación en este campo de cualesquiera personas vinculadas con la Iglesia Católica. Todo ello en la línea de la tradición más genuina de la Iglesia, en la que el arte religioso es concebido como expresión de fe y medio de evangelización y catequesis.

La Fundación de la Junta Constructora del Templo Expiatorio de la Sagrada Familia, privada, tiene por finalidad fundacional la administración de los presupuestos y la ejecución del proyecto de construcción de un templo

⁷² Ya lo afirmaba en 1996, R. BENEYTO BERENGUER, *Fundaciones sociales de la Iglesia Católica. Conflicto Iglesia-Estado*, Valencia 1996, 152-154.

dedicado a la Sagrada Familia, siguiendo fielmente las directrices iniciales de Antoni Gaudí. Desde 1992 también se encarga de la gestión de la Casa-Museo Gaudí en el Park Güell, casa en la que residió Gaudí entre 1906 y 1926.

La Fundación Iglesia Colegial del Divino Salvador, pública, según sus estatutos tiene afectado de modo duradero su patrimonio a la gestión y puesta en valor del templo del Divino Salvador de Sevilla, que está orientado hacia la pastoral, la práctica del culto por los fieles católicos, y a la conservación y divulgación de la cultura sacra a través del patrimonio histórico-artístico de la Iglesia y de la Archidiócesis de Sevilla.

La Fundación «Osio de Córdoba», pública, tiene por finalidad promover en sus beneficiarios la enseñanza confesional, conforme a los principios y valores propios de la doctrina de la Iglesia Católica. ¿Acaso no podría ser privada esta fundación?

Es sorprendente la Pía Fundació Autònoma Sant Martí de Girona, privada, que tiene por finalidades: a) Colaborar con la Diócesis de Girona y sus instituciones en el sagrado apostolado y la evangelización; b) Colaborar en la mejora de las condiciones de vida y ministerio de los sacerdotes; c) Colaborar en la conservación, mejora y adecuación de los edificios...

A tenor de lo dispuesto en el canon 116.1, difícil resulta el apreciar como correcta la constitución de esta fundación como persona jurídica privada cuando su único objeto es colaborar con finalidades que son eminentemente públicas, que miran al bien público de la Iglesia. Colaborar en el sagrado apostolado y evangelización, conforme a los planes pastorales y las directrices del Obispo, colaborar en la mejora de las condiciones de vida y ministerio de los sacerdotes que trabajan en la Diócesis, y colaborar en la conservación, mejora y adecuación de los edificios destinados a dichas finalidades, difícilmente pueden apreciarse como fines de una persona jurídica privada. Pero también el problema se encuentra en qué se entiende por colaborar. No puede ser una finalidad de una persona jurídica únicamente la colaboración.

La Fundación Proyecto Don Bosco, privada, tiene por finalidad promover y desarrollar los valores educativos cristianos que vivió San Juan Bosco, en su experiencia pedagógica y espiritual...mediante la promoción personal, educativa y sociolaboral de menores y jóvenes, preferentemente aquellos que se encuentran en especial dificultad y colectivos en alto riesgo social y en situación de exclusión.

La Fundación Educativa ACI (EDUCACI), privada, tiene como fines promover en sus beneficiarios la educación y formación integral conforme a los valores evangélicos y la enseñanza confesional de acuerdo con los prin-

cipios y valores propios de la doctrina de la Iglesia Católica y según el estilo educativo de la Entidad Fundadora recogido en sus documentos y tradiciones. Y reproduce casi literalmente el apartado correspondiente de la Instrucción de 5 de febrero de 1999. En definitiva es una fundación para la obra apostólica de formación y educación de las Provincias de España de la Congregación de las Esclavas del Sagrado Corazón de Jesús.

4. *Dotación*

En Derecho Canónico se contempla también la necesidad de una dotación inicial⁷³ hasta el punto de que la autoridad competente no conferirá personalidad jurídica sino a aquellas fundaciones, que, ponderadas todas las circunstancias, dispongan de medios que se prevé que pueden ser suficientes para alcanzar el fin que se proponen⁷⁴. La dotación, pues, ha de ser suficiente y adecuada «según los usos del lugar o de la región»⁷⁵.

Aunque el Código no establece una cantidad mínima para la dote, en virtud del canon 1304.2, el derecho particular podría establecerla como una condición para su constitución. Aunque el canon 1305⁷⁶ está pensado más para las fundaciones no autónomas, el depósito y la colocación cuanto antes cauta y útilmente, no puede significar simplemente una gestión inmovilista de la dote para que no desaparezca, sino que debe administrarse «sin ánimo de lucro pero sí de beneficio, en forma de empresa», gestionándolo profesional y racionalmente, combinando la cautela y la seguridad con la utilidad y el máximo beneficio para la fundación.

La distinción entre las fundaciones autónomas públicas y privadas, respecto a la dotación, vendría concretada por el origen de esa dotación. ¿De dónde ha salido ese conjunto de bienes para merecer que la autoridad eclesiástica le confiera personalidad jurídica? ¿Sería válida la regla de que cuando los bienes de la dotación han salido del patrimonio de una persona jurídica eclesiástica pública la fundación autónoma ha de ser necesariamente pública, y cuándo salgan de personas jurídicas privadas o de personas físicas han de ser fundaciones autónomas privadas? O dicho de otra manera, al ser consti-

⁷³ R. BENEYTO BERENGUER, *Fundaciones sociales...*, ob. cit., 119-126.

⁷⁴ Canon 114.3 del Código de Derecho Canónico de 1983.

⁷⁵ Canon 1304 del Código de Derecho Canónico de 1983.

⁷⁶ «El dinero y los bienes muebles asignados como dote, han de depositarse inmediatamente en un lugar seguro aprobado por el Ordinario, a fin de conservar ese dinero o el precio de los bienes muebles, y colocarlo cuanto antes cauta y útilmente, en beneficio de la fundación, con mención expresa y detallada de las cargas, según el prudente juicio del Ordinario, oídos los interesados y su propio consejo de asuntos económicos».

tuida la fundación autónoma privada a iniciativa de los fieles, la dotación ha de salir de los mismos fieles. En cambio, al ser constituida la fundación autónoma pública a iniciativa de la autoridad eclesiástica, la dotación ha de salir del patrimonio de personas jurídicas públicas.

Claramente se precisa una legislación particular sobre las fundaciones (en este caso de la dotación), bien de los distintos Obispos, bien de la Conferencia Episcopal Española, máxime cuando el canon 1304.2 establece que el derecho particular podrá establecer una cantidad mínima para la dote como una condición para su constitución. También porque muchos eclesiásticos y, por supuestos, laicos pretenden que la autoridad eclesiástica constituya con bienes eclesiásticos fundaciones autónomas privadas, en los que tanto la dotación como los órganos del gobierno de estas fundaciones estén sujetas a una vigilancia mínima de la autoridad eclesiástica.

En la práctica, en algunas fundaciones autónomas, se observa lo siguiente:

La Fundación «Santuario-Convento de la Mare de Déu de Agres» tiene como dotación 12.000 euros, que salen de la Parroquia donde está ubicado el Santuario-Convento, que a su vez es propiedad de la Diócesis, no de la Parroquia. En cualquier caso esa cantidad es un bien eclesiástico y pasa a ser la dotación de una persona jurídica privada.

La Fundación «Colegio de la Inmaculada Concepción de Teulada» se constituye con los bienes procedentes de la testamentaria del fundador. La Fundación es autónoma pública y afirman los estatutos que los bienes son eclesiásticos.

Según la web de la Fundación de la Junta Constructora del Templo Expiatorio de la Sagrada Familia, la dotación está formada por los donativos desinteresados y la recaudación procedente de la entrada donativo de los más de dos millones y medio de visitantes anuales que permiten la construcción. Esta fundación es autónoma privada.

La Fundación Iglesia Colegial del Divino Salvador, pública, tiene como dotación 35.000 euros, aportados por la Archidiócesis de Sevilla en un plazo de cinco años. Forma parte también de la dotación fundacional el derecho de uso del inmueble del templo del Divino Salvador, así como de los bienes muebles en él ubicados, propiedad de la Archidiócesis de Sevilla.

La Fundación «Osio de Córdoba», pública, tiene como dotación inicial 160.470,23 euros. Y puede constituir también el patrimonio de la Fundación la titularidad de la escuela universitaria de Magisterio «Sagrado Corazón», de Córdoba.

La fundación Proyecto Don Bosco, privada, queda inicialmente dotada con los bienes que los fundadores dotan y aportan en el acto constitutivo, pero los fundadores son personas jurídicas públicas.

La Pía fundació autónoma Sant Martí de Girona, privada, tiene como dotación 500.000 euros, cuando su finalidad es simplemente de colaboración. Pero sigue diciendo en el artículo 7 de los estatutos: «Asimismo el Obispado podrá confiar a la Fundación la administración de las fincas que sean de su propiedad y no estén directamente destinadas al culto. Esta administración le será confiada de manera detallada y en documento fehaciente del Obispado de Girona. No obstante podrá incrementarse con otros bienes y derechos que la Fundación adquiera con este fin, por cualquier título». La cuestión es si el Obispado puede confiar fincas que estén inscritas en el Registro de la Propiedad a nombre de una persona jurídica sujeta al Obispado, como por ejemplo de una parroquia. No puede hacerse sin que el Sr. Cura-Párroco lo diga.

5. *El Gobierno de la fundación*

En la fundación civil deberá existir, con la denominación de Patronato, un órgano de gobierno y representación de la misma, al que corresponderá cumplir los fines fundacionales y administrar con diligencia los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación. La labor de este Patronato, de alguna manera, siempre está supervisada y controlada por el Protectorado, por la Administración estatal o autonómica.

Lo mismo ocurre con las fundaciones autónomas, ya que en derecho canónico siempre ha habido una tendencia a considerar a las fundaciones como «menores» que necesitan protección y tutela, y a sus administradores y patronos como «negligentes y descuidados» (en el mejor de los casos), que precisan vigilancia y control. En el canon 1301, esa vigilancia y control viene atribuida al Ordinario, como ejecutor de las pías voluntades, especificando que puede y debe vigilar, mediante visita, que se cumplan éstas.

Los patronos pueden serlo atendiendo al cargo u oficio que desempeñan, por ejemplo, el Arzobispo, el Rector del Seminario, el Superior Provincial, el Alcalde, o atendiendo a sus cualidades personales. En este último supuesto, el cargo debe ejercerse personalmente, sin posibilidad de delegación. En el primer supuesto, nada obstaría a que, a pesar de que el cargo suele ser de confianza y honorífico, pudiera ser delegado en otras autoridades a tenor del canon 137. Si el cargo se ostenta en razón del oficio desempeñado, al ser sustituidos en ese oficio, lo serán también en el cargo de patrono. Por ejem-

plo, si el presidente de una fundación es el Arzobispo de Valencia, cuando éste sea sustituido por otro Arzobispo, será el nuevo quien ocupe la presidencia de la fundación. O si el cargo de patrono de una fundación es el Prior de una comunidad religiosa, cuando éste sea sustituido por otro Prior, será el nuevo quien ocupe el cargo de patrono.

¿Pueden ser patronos de una fundación autónoma las personas jurídicas, como una asociación, una cofradía, una Orden o Congregación Religiosa? Aunque en el canon 115.3 no queda muy clara esta posibilidad, sí parece poder admitirse cuando afirma «y es dirigida por una o varias personas físicas o por un colegio». Imaginando que determinadas corporaciones o fundaciones tomasen la iniciativa de originar una fundación, perfectamente cada una de estas entidades promotoras podrían ser patronos de la fundación a crear. En este caso, deberían estar representadas en el Patronato por una persona física.

Parece lógico que los miembros del patronato de una fundación autónoma pública sean autoridades eclesíásticas: Obispo, Vicario General, Vicarios Episcopales, Canciller-Secretario, Superior o Superiora Mayor de la Orden o Congregación Religiosa, etc. Igualmente parece lógico que los miembros del patronato de una fundación autónoma privada sean las mismas personas físicas o jurídicas que han tenido la iniciativa de dar origen a esa fundación y así lo han transmitido a la autoridad eclesíástica.

En la práctica, en algunas fundaciones autónomas, se observa lo siguiente:

En la Fundación «Santuario-Convento de la Mare de Déu de Agres», privada, el Patronato está integrado por: el Excmo. Sr. Arzobispo, el Presidente de la Diputación Provincial, el Sr. Alcalde de la localidad, el Párroco de la localidad, ... En una fundación privada el Presidente es el Arzobispo pero la mayoría de patronos son representantes del municipio. ¿Dónde está el problema? En que se necesita la restauración del santuario-convento, los fondos están en la Administración pública y no se quería una fundación religiosa sino civil. Luego se hizo un intermedio: una fundación religiosa privada.

En la Fundación «Colegio de la Inmaculada Concepción de Teulada», pública, el Patronato está integrado por miembros natos y electivos. Los natos son: El Arzobispo de Valencia, que será el Presidente, el Vicario Episcopal de la Vicaria correspondiente, el Párroco de la Parroquia de Teulada. Evidentemente es un patronato más acorde a una fundación pública, pero quizá sea un patronato con demasiadas autoridades eclesíásticas diocesanas o de ámbito supraparroquial para unos fines restrictivos a una localidad o parroquia.

En la Fundación Nuestra Señora de Valvanera para el patrimonio cultural, pública, el Patronato está integrado por cinco patronos natos y dos de libre designación por el Obispo. Los patronos natos son: El Obispo de Calahorra y la Calzada-Logroño, el Ecónomo Diocesano, el Delegado Diocesano para Patrimonio Cultural, el Delegado Diocesano del Servicio Litúrgico y el Director del Taller de Restauración (si lo hubiere).

En la Fundación de la Junta Constructora del Templo Expiatorio de la Sagrada Familia, privada, desde sus inicios y siguiendo la voluntad de los descendientes del fundador Josep M. Bocabella el presidente nato es el Arzobispo de Barcelona.

En la Fundación Iglesia Colegial del Divino Salvador, pública, el patronato está integrado por miembros natos y miembros designados. Son miembros natos: el Arzobispo de Sevilla, que ostenta la presidencia; el Vicario General de la Archidiócesis de Sevilla, y el Rector de la Iglesia Colegial del Divino Salvador de Sevilla.

En la Fundación «Osío de Córdoba», pública, el patronato está integrado por un mínimo de ocho y un máximo de dieciséis miembros. Son miembros natos el Obispo diocesano y los Superiores Mayores de las otras entidades fundadoras. El resto de miembros será designado uno por cada entidad fundadora por períodos de cuatro años renovables.

En la Fundación Proyecto Don Bosco, privada, el Patronato está compuesto por diez patronos natos, a saber: El Inspector Provincial de la Inspectoría Salesiana, con sede en Sevilla, que actuará siempre como Presidente; cinco miembros de su Consejo Inspectorial, de entre ellos siempre el Vicario, el Ecónomo, y si pertenecieren al Consejo, el Delegado de Pastoral Juvenil, el Delegado de Formación y el Delegado de Familia Salesiana; los responsables de los tres grupos seculares de Familia Salesiana, y el Director General de la Fundación.

En la Fundación Educativa ACI (EDUCACI), privada, el Patronato está integrado por un mínimo de cinco miembros y un máximo de once. Los patronos serán nombrados por la Entidad fundadora. Según el artículo 32, la entidad fundadora, que es la Congregación de las Esclavas del Sagrado Corazón de Jesús, tendrá la tutela sobre la orientación católica de la Fundación, y, a tal efecto, la dotará de carácter propio, designará a los patronos de la Fundación y tendrá la facultad de cesarlos; sin perjuicio de las competencias propias de la Conferencia Episcopal Española y del Ordinario del lugar, tendrá derecho de visita de todas las actividades de la Fundación, y una Superiora Mayor de la Congregación en España será responsable frente a la Conferencia Episcopal Española de la orientación católica de la fundación.

En la Pía Fundació Autònoma Sant Martí de Girona, privada, sorprende que se haya constituido esa fundación, como persona jurídica privada, para colaborar en unos fines que son claramente públicos, y teniendo como patronos de esa persona jurídica privada a un patronato integrado por el Vicario General de la Diócesis de Girona, por el Ecónomo diocesano, el Vicecónomo diocesano, y unos patronos nombrados por el Ordinario diocesano (art. 18 de los Estatutos).

6. *Actos de disposición y enajenación del patrimonio*

En las fundaciones civiles, el artículo 21 de la Ley 50/2002⁷⁷ dispone que 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 fundacionales⁷⁸, requerirán la previa autorización del Protectorado. Respecto de otros bienes cuyo importe sea superior al 20% del activo de la fundación que resulte del último balance aprobado, su enajenación o gravamen debe ser comunicado por el Patronato a Protectorado en el plazo máximo de treinta días hábiles siguientes a su realización. La aceptación de legados con cargas o donaciones onerosas o remuneratorias y la repudiación de herencias, donaciones o legados sin cargas serán comunicadas por el Patronato al Protectorado en el plazo de diez días hábiles⁷⁹.

En las fundaciones autónomas, los administradores pueden perfectamente, en aras al deber de mejora de los bienes, realizar actos de disposición o enajenación de éstos para conseguir una mayor rentabilidad o una inversión distinta de la inicial, que permita un cumplimiento mejor de los fines fundacionales.

Los actos de enajenación de bienes⁸⁰ de estas fundaciones deben sujetarse a las normas contenidas en los cánones 1290-1298:

—Los bienes de una fundación autónoma pública porque así lo dispone el c. 1257.1, al afirmar que los bienes que pertenecen a una persona jurídica pública son bienes eclesíásticos y se rigen por los cánones que siguen.

⁷⁷ Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (Boletín Oficial del Estado número 310, de 27 de diciembre de 2002).

⁷⁸ Cuando dicha vinculación esté contenida en una declaración de voluntad expresa, ya sea del fundador, del Patronato de la fundación o de la persona física o jurídica, pública o privada, que realice una aportación voluntaria a la fundación y siempre respecto de los bienes y derechos aportados.

⁷⁹ Artículo 22 de la Ley 50/2002.

⁸⁰ Se entiende enajenación en sentido amplio tal como lo contempla el canon 1295: «Los requisitos establecidos en los cc. 1291-1294 a los que también se han de acomodar los esta-

—Los bienes de una fundación autónoma privada por las siguientes razones: aunque el canon 1257.2 establezca que los bienes temporales de una persona jurídica privada se rigen por sus estatutos, el canon 1295 dispone que los estatutos de las personas jurídicas, sin distinguir entre las públicas y las privadas, se han de acomodar a los requisitos de los cánones. 1291-1294⁸¹.

Pero sobre todo, porque ¿Qué virtualidad tendría la vigilancia del Ordinario a que hace referencia el canon 1301.1 si los patronos pudieran enajenar los bienes de la fundación sin ningún control ni autorización?

Aunque el canon 1301.1 haga referencia a una vigilancia mediante visita, ésta no puede limitarse a un simple conocer, en su caso, la mala administración de los bienes cuando ésta ya se ha realizado. Además el «también» del canon 1301.1 denota que además de este medio, puede utilizar otros muchos para vigilar que se cumplan las pías voluntades: el más práctico de todos, que se incorpore a los estatutos la necesidad de observar los cánones 1291-1294 en la enajenación de los bienes⁸².

tutos de las personas jurídicas, deben observarse no sólo en las enajenaciones, sino también en cualquier operación de la que pueda resultar perjudicada la situación patrimonial de la persona jurídica».

⁸¹ También se puede extraer esta conclusión de la «Acta Commisionis», en: «Communicationes» XII (1980), donde se modificó la expresión «situación patrimonial de la Iglesia» por «situación patrimonial de la persona jurídica».

⁸² A tenor de los cánones 1291-1292 y del Primer Decreto General de la Conferencia Episcopal Española de 26 de noviembre de 1983, para enajenar válidamente bienes de las fundaciones autónomas, deberá atenderse a las normas siguientes:

—Los bienes pertenecientes al patrimonio estable de las fundaciones, cuyo valor se halle entre los 150.000 y 1.500.000 euros, pueden ser enajenados con la licencia del Obispo Diocesano (con el consentimiento del Consejo de Asuntos Económicos y del Colegio de Consultores) o de la autoridad supradiocesana, si se trata de fundaciones no sujetas al Obispo diocesano.

—Los bienes pertenecientes al patrimonio estable de las fundaciones, cuyo valor es superior a 1.500.000 euros, pueden ser enajenados con la licencia de la Santa Sede (supuesta la licencia del Obispo diocesano con el consentimiento de los referidos consejos).

—Los bienes pertenecientes al patrimonio estable de las fundaciones, cuyo valor no alcanza los 150.000 euros, pueden ser enajenados sin ninguna licencia de la autoridad, aunque «si la cosa que va a enajenar es divisible, al pedir la licencia para la enajenación deben especificarse las partes anteriormente enajenadas, pues de lo contrario es inválida la licencia».

En uso de la facultad concedida por el canon 1297, la Conferencia Episcopal Española, a través del artículo 14.3 del Primer Decreto General de 26 de noviembre de 1983, estableció que el arrendamiento de bienes eclesiásticos, rústicos y urbanos, comprendidos en el canon 1297, se equipara a la enajenación en cuanto a los requisitos necesarios para su otorgamiento.

El canon 1531.2 del Código de Derecho Canónico de 1917 dispuso que la enajenación se hiciera en pública subasta. Era un planteamiento normal de la época, que tenía por objeto asegurar que el bien no se enajenara por un precio menor al indicado en la tasación.

En la práctica, en algunas fundaciones autónomas, se observa lo siguiente:

En la Fundación «Santuario-Convento de la Mare de Deú del Castell», a pesar de ser una fundación autónoma privada, en los mismos Estatutos se contempla que corresponde al Obispo diocesano: El derecho de visita e inspección de las actividades de la fundación, la aprobación definitiva de las cuentas anuales, exigir al Patronato rendición de cuentas, y conceder la licencia necesaria para la enajenación de los bienes de la fundación, de acuerdo con las normas canónicas.

Igualmente se contempla en otro artículo de la misma fundación que si procediera en algún caso la enajenación de los bienes deberán observarse las normas del Código de Derecho Canónico sobre enajenación de bienes.

En la Fundación Nuestra Señora de Valvanera para el patrimonio cultural, pública, los bienes son eclesiásticos, y en los estatutos se contemplan como facultades del Obispo Diocesano las mismas que se han descrito en la fundación anterior.

En la Fundación Iglesia Colegial del Divino Salvador, pública, en el artículo 40 se dice: «A modo de protectorado, al Arzobispo y al Consejo Diocesano de Asuntos Económicos de la Archidiócesis de Sevilla les compete velar por el correcto ejercicio del derecho de fundación y por la legalidad de la constitución, funcionamiento y, en su caso, extinción de aquella». En el artículo 41.1 se dispone: «El Arzobispo, dadas las facultades de suprema vigilancia que le confieren los cc. 1276 y 1301 CIC, puede vetar los acuerdos del Patronato dejándolos sin efecto cuando estime que son contrarios a la moral católica, opuestos a este Estatuto, encontrados con los fines de la Fundación o gravemente perjudiciales para ésta», y finalmente en el artículo 42: «Corresponden al Consejo Diocesano de Asuntos Económicos de la Archidiócesis de Sevilla las siguientes funciones: a) Asesorar sobre cualquier cuestión relativa a las actividades realizadas por la Fundación en el cumplimiento

Actualmente, y al haber desaparecido la subasta, estas precauciones se adoptan mediante las medidas dispuestas por el canon 1293:

- 1) Causa justa, como una necesidad urgente, una evidente utilidad, la piedad, la caridad y otra razón pastoral grave.
- 2) Tasación de la cosa que se va a enajenar, hecha por peritos y por escrito. El dictamen pericial permitirá apreciar el valor del bien que se quiere enajenar, y atendiendo a esta valoración, conocer las licencias que se deben obtener para la validez de la enajenación. Al mismo tiempo supone una garantía para la salvaguarda de los intereses de la fundación.
- 3) Otras cautelas prescritas por la legítima autoridad para evitar un daño a la Iglesia.
- 4) El dinero cobrado por la enajenación debe colocarse con cautela en beneficio de la fundación, o gastarse prudentemente conforme a los fines de dicha enajenación.

de sus fines, prestándole a tal efecto el apoyo necesario. b) Velar por el efectivo cumplimiento de los fines fundacionales...c) Verificar si los recursos económicos de la Fundación han sido aplicados a los fines fundacionales...d) Ejercer provisionalmente las funciones del órgano de gobierno de la Fundación si por cualquier motivo faltasen todas las personas llamadas a integrarlo. e) Cuantas otras funciones se establezcan en este Estatuto». Quizás se hayan otorgado excesivas facultades al Consejo diocesano de asuntos económicos, a tenor de lo dispuesto en el canon 493 del Código de Derecho Canónico. Algunas de estas facultades lo son del Obispo diocesano.

En la Fundación «Osio de Córdoba», pública, los bienes son eclesiásticos y por tanto se rigen por lo dispuesto en el Derecho Canónico.

En la Fundación Proyecto Don Bosco, se dice que sin perjuicio de las normas canónicas generales o particulares, corresponde al Rector Mayor de la Congregación el derecho de visita e inspección de todas las obras y actividades educativo-pastorales de la Fundación. Asimismo se dispone en los estatutos que la administración de la fundación debe someterse a la aprobación del Rector Mayor de la Congregación.

En la Fundación Colegio de la Inmaculada Concepción de Teulada, fundación pública, los bienes son eclesiásticos, y la administración y enajenación de los bienes ha de sujetarse a las disposiciones relativas a los bienes eclesiásticos del Código de Derecho Canónico (cánones 1254 y siguientes) y demás disposiciones legales.

En la Fundación Educativa ACI (EDUCACI), a pesar de ser privada, se dice en el artículo 22: «Los actos de enajenación patrimonial se someterán a la licencia de la Santa Sede según la norma del Código de Derecho Canónico»; en el artículo 27 se dice que la Fundación presentará sus cuentas anuales a la Conferencia Episcopal española.

En la Pía Fundació Autònoma de Sant Martí de Girona, fundación privada, sorprende, como se ha visto respecto a la dotación, que el Obispado pueda confiar a la Fundación la administración de una serie de fincas de su propiedad, y sorprende que el Obispado pueda confiar a una persona jurídica privada la administración de unos bienes que son eclesiásticos. Habría que precisar bien qué se entiende por administración, porque si de esa administración puede resultar perjudicada la situación patrimonial del Obispado, deberán recabarse las licencias y los consentimientos prescritos en los cc. 1291-1294 del Código de Derecho Canónico.

Con mucha más razón cuando no se trate de fincas de su propiedad, sino propiedad de otra persona jurídica eclesiástica pública, como una Parroquia.

En este supuesto, deberá ser el párroco como representante legal de la Párrquia quien realice todos los trámites necesarios, contando también con el Consejo de Asuntos Económicos y con el Consejo Pastoral Parroquial.

A mayor abundancia, nos sorprende que la fundación tenga por finalidad el colaborar, y en cambio en el artículo 23 de los Estatutos se contenga una extensa enumeración de facultades, entre las que destaca el comprar, el vender, permutar, adquirir en *leasing*, ...; y en el artículo 24 se contenga la posibilidad de delegaciones y apoderamientos, y en los artículos 26 y 27 se contenga la existencia y las funciones de una Comisión Técnica Ejecutiva, y en el artículo 28, la existencia y funciones de un Director-Gerente.

7. La modificación de estatutos y la fusión de fundaciones

En la fundación civil, a tenor de los artículos 29 y 30 de la Ley 50/2002, la modificación y la fusión con otras fundaciones deberán comunicarse al Protectorado, que podrá oponerse por razones de legalidad. Incluso el propio Protectorado podrá también requerir al Patronato para la modificación de estatutos o para la fusión, y si el Patronato se opone, podría solicitar de la autoridad judicial que resuelva sobre dicha modificación o fusión.

La modificación de estatutos, en la fundación autónoma, debe ser propuesta por el Patronato y presentada a la autoridad eclesiástica para su aprobación.

Nuestro Código de Derecho Canónico establece en el canon 121: «Si (...) las fundaciones que son personas jurídicas públicas se unen formando una sola totalidad con personalidad jurídica, esta nueva persona jurídica hace suyos los bienes y derechos patrimoniales propios de los anteriores y asume las cargas que pesaban sobre las mismas; pero deben quedar a salvo, sobre todo en cuanto al destino de los bienes y cumplimiento de las cargas, la voluntad de los fundadores y donantes, y los derechos adquiridos» y regula en el canon 122 la división de la persona jurídica pública con el reparto proporcional de derechos y bienes patrimoniales y demás cargas.

La fusión de fundaciones privadas no está contemplada en el Código y, por lo tanto, éstas gozan de libertad. Sin embargo, la autoridad eclesiástica ha de aprobar dicha fusión también cuando sean privadas y hayan sido erigidas canónicamente, puesto que si una fusión conlleva la supresión de las fusionadas para crear otra persona jurídica nueva, es claro que en derecho canónico únicamente pueden crear y suprimir personas jurídicas canónicas la

autoridad eclesiástica, bien en virtud del mismo derecho, bien mediante decreto especial⁸³.

En la Fundación Iglesia Colegial del Divino Salvador de Sevilla, pública, en el artículo 43 se dice que para modificar los estatutos de la fundación deberá contarse también con la aprobación del Consejo Diocesano de Asuntos Económicos de la Archidiócesis de Sevilla. Sorprende este precepto, pues lo preceptivo es contar con la aprobación del Obispo diocesano y éste ya recabará los informes preceptivos.

En la Fundación «Osio de Córdoba», la modificación de estatutos, la fusión y la extinción han de ser aprobadas por el Obispo diocesano.

En la Fundación Proyecto Don Bosco la modificación de estatutos debe ser aprobado por el Rector Mayor de la Congregación Salesiana.

En la Fundación Educativa ACI (EDUCACI) la adopción de acuerdos de modificación estatutaria, al igual que para la extinción, para su efectividad, requerirá la aprobación de la Entidad Fundadora, pero se presentará a ratificación de la Conferencia Episcopal Española.

8. *La extinción y el destino de los bienes en caso de extinción*

La ley 50/2002, en su artículo 32 establece que la extinción de la fundación requerirá acuerdo del Patronato ratificado por el Protectorado. Si no hubiese acuerdo del Patronato, o éste no fuese ratificado por el Protectorado, la extinción de la fundación requerirá resolución judicial motivada.

La extinción de las fundaciones autónomas, si son públicas, se producirá por un acto de disposición de la autoridad eclesiástica competente, o que tenga su raíz en la misma prescripción del derecho; si son privadas, por las mismas causas, pero añadiendo la pérdida de existencia según sus estatutos⁸⁴.

El procedimiento de liquidación en una fundación civil, según el artículo 33 de la Ley 50/2002, se realizará por el Patronato de la fundación bajo el control del Protectorado.

Los bienes y derechos resultantes de la liquidación se destinarán a las fundaciones o a las entidades no lucrativas que persigan fines de interés general y que tengan afectados sus bienes, incluso para el supuesto de su disolución, a la consecución de aquéllos, y que hayan sido designados en el negocio fundacional o en los Estatutos de la fundación extinguida. En su

⁸³ Canon 116.2 del Código de Derecho Canónico de 1983.

⁸⁴ Canon 120.1 del Código de Derecho Canónico de 1983.

defecto, este destino podrá ser decidido, a favor de las mismas fundaciones y entidades mencionadas, por el Patronato, cuando tenga reconocida esa facultad por el fundador, y, a falta de esa facultad, corresponderá al Protectorado cumplir ese cometido. Una excepción a esta regla viene establecida por el artículo 27.2 de la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid que dispone: «A los bienes y derechos resultantes de la liquidación de una fundación extinguida se les dará el destino previsto por el fundador».

No obstante las fundaciones podrán prever en sus Estatutos o cláusulas fundacionales que los bienes y derechos resultantes de la liquidación sean destinados a entidades públicas, de naturaleza no fundacional, que persigan fines de interés general.

En derecho canónico, «cuando se extingue una persona jurídica pública, el destino de sus bienes y derechos patrimoniales, así como de sus cargas, se rige por el derecho y los estatutos; en caso del silencio de éstos, pasan a la persona jurídica inmediatamente superior, quedando siempre a salvo la voluntad de los fundadores o donantes, así como los derechos adquiridos; cuando se extingue una persona jurídica privada, el destino de sus bienes y cargas se rige por sus propios estatutos»⁸⁵.

Los estatutos de las fundaciones, al hacer referencia al paso de sus bienes, en caso de extinción, a instituciones con finalidades análogas, deberían especificar que esas instituciones sean eclesiásticas y no civiles. Esta determinación es especialmente importante para las fundaciones públicas, cuyos bienes son eclesiásticos, ya que su pérdida supondría una disminución del patrimonio de la Iglesia.

Por otra parte, el canon 117, mediante la previa aprobación de estatutos por la autoridad eclesiástica competente para conseguir la personalidad jurídica en la Iglesia, así como los cánones 1257 y siguientes para las fundaciones públicas, para el caso de bienes pertenecientes a fundaciones públicas, son una buena garantía de que el destino de los bienes, tanto de las fundaciones públicas como privadas, no supondrá una disminución del patrimonio de la Iglesia.

El destino de los bienes, cuando la extinción de las fundaciones haya venido motivada por una fusión o una división, deberá sujetarse a lo dispuesto en los cánones 121 y 122 del Código de 1983 y en los respectivos estatutos.

⁸⁵ Canon 123 del Código de Derecho Canónico de 1983.

En la Fundación «Santuario-Convento de la Mare de Déu del Castell», privada, se dice en sus estatutos que en caso de disolución de la fundación corresponde al Patronato proponer al Obispo Diocesano el destino de los bienes resultantes, el cual decidirá su atribución a obras o instituciones canónicas de finalidad análoga en la «Parroquia de San Miguel de Agres». Pero téngase en cuenta que el bien es diocesano, el santuario es diocesano, y en cambio el destino de los bienes es para la Parroquia de la localidad.

En la Fundación Colegio Inmaculada Concepción de Teulada, pública, se dice en sus estatutos que en caso de extinguirse, el Patronato quedará constituido como Comisión Liquidadora, la cual una vez liquidados los bienes de la fundación, entregará el remanente al Arzobispo de Valencia para que lo destine a fines análogos o similares a los de la presente fundación.

En la Fundación Nuestra Señora de Valvanera para el patrimonio cultural, pública, se dice en sus estatutos que en caso de disolución de la fundación el patrimonio de ésta pasará a la Diócesis de Calahorra y la Calzada-Logroño.

En la Pía Fundació Autònoma Sant Martí de Girona, privada, se dice en el artículo 31: «En el caso de extinción de la Fundación, los bienes sobrantes, si los hubiese, serán destinados al Obispado de Girona».

IV. Propuestas para una normativa de la Conferencia Episcopal sobre fundaciones autónomas, públicas o privadas, de ámbito nacional

Primera.—Frente al hecho de que muchas fundaciones autónomas que gozan de una denominación como «Virgen de...» «San...» «Santa...», son fundaciones privadas, se propone que las fundaciones autónomas que sean privadas, en su denominación, no tengan términos que induzcan a pensar que la Jerarquía eclesiástica está allí presente. Esta terminología debería utilizarse únicamente en las fundaciones autónomas públicas. También podría ponerse en la denominación: «Fundación autónoma pública...», o «Fundación autónoma privada...».

Segunda.—Frente a la tentación y, a veces, realidad de únicamente constituir fundaciones autónomas públicas en aquellos supuestos en que éstas tengan como fines promover el culto público, la transmisión de la doctrina cristiana en nombre de la Iglesia⁸⁶ y, en cambio, constituir como privadas las que tengan como fines el apostolado y la caridad, se propone que sea la

⁸⁶ Siguiendo el paralelismo del canon 301 para las asociaciones.

autoridad eclesiástica la que resuelva claramente si la fundación a erigir ha de revestir la naturaleza de fundación autónoma pública o privada, ya que en definitiva es a ella a quien compete aprobar sus estatutos. En todo caso los fines reservados a la autoridad eclesiástica (que no se sabe bien cuáles son) deberán revestir necesariamente la forma de fundación autónoma pública.

Tercera.—Frente al hecho de que se erigen fundaciones privadas con bienes eclesiásticos, y se erigen fundaciones públicas con bienes cuyo origen está en el patrimonio de los fieles, se propone que cuando los bienes de la dotación hayan salido del patrimonio de una persona jurídica eclesiástica pública y, por tanto, sean bienes eclesiásticos, la fundación ha de ser necesariamente pública.

Cuarta.—En el gobierno de la fundación sí parece haber relación y, por tanto, se propone que los miembros del patronato de una fundación pública sean autoridades eclesiásticas, y que incluso puedan serlo de fundaciones privadas. Todo ello teniendo en cuenta que en las públicas, al actuar en nombre de la Iglesia, normalmente los patronos o, al menos los órganos unipersonales (Presidente, Vicepresidente, Secretario, Tesorero) serán autoridades eclesiásticas⁸⁷.

Se propone que en las privadas, haya mayor libertad ya que puede estar formada por personas físicas y/o jurídicas privadas, sin necesidad de ser nombrados ni designados por la autoridad eclesiástica, ni mucho menos presididos por la misma autoridad eclesiástica⁸⁸.

Quinta.—Respecto a los actos de disposición y enajenación del patrimonio en las fundaciones públicas se propone lo que es obligatorio: el sometimiento a las normas del Libro V del Código de Derecho Canónico. En las privadas, la administración y disposición de sus bienes se somete a lo dispuesto en sus Estatutos. Pero, atendiendo a que los estatutos han de ser aprobados por la autoridad eclesiástica y teniendo en cuenta que estas fundaciones privadas están sujetas a la vigilancia del Obispo, como Protectorado de las mismas, se propone que los actos de disposición y enajenación de bienes estén sujetos también a las licencias pertinentes de las autoridades eclesiásticas⁸⁹, y que así conste en sus estatutos.

⁸⁷ El canon 118 dispone: «Representan a la persona jurídica pública, actuando en su nombre, aquellos a quienes reconoce esta competencia el derecho universal o particular, o los propios estatutos».

⁸⁸ El canon 118 dispone: «Representan a la persona jurídica privada aquéllos a quienes los estatutos atribuyen tal competencia».

⁸⁹ Bien sea la Santa Sede, la Conferencia Episcopal, el Superior del Instituto de Vida Consagrada, o el Obispo.

Sexta.—En la modificación de estatutos, fusión de fundaciones y en la extinción de las mismas, generalmente se establece, y así debe seguir contemplándose en los estatutos, la necesidad de contar con la aprobación de la autoridad eclesiástica que las ha erigido.

Séptima.—En cuanto al destino de los bienes, también con carácter general se dispone (y ésta es la propuesta) que el Patronato quedará constituido en «Comisión liquidadora» y el remanente se entrega a la persona o personas jurídicas que han dado origen a esa fundación autónoma⁹⁰.

V. Bibliografía

- BENEYTO BERENGUER, R., *Las fundaciones religiosas de la Iglesia Católica. Fundaciones pías autónomas*, Madrid 2007.
- «Tipología de las fundaciones pías autónomas en la diócesis de Valencia», en R. BENEYTO BERENGUER (dir.), *Reflexión y perspectivas de futuro de las fundaciones autónomas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2013, 55-63.
- «Estatuto jurídico de las obras de la Iglesia como fundación civil», en: J. BOSCH (ed.), *Cuestiones actuales de derecho canónico y derecho eclesiástico del Estado* (Actas de las XXXIV Jornadas de Actualidad Canónica, organizadas por la Asociación Española de Canonistas en Madrid, 23-25 de abril de 2014), Dykinson, Madrid 2015, 207-237.
- CAMPO IBÁÑEZ, M., *Las fundaciones canónicas en España. Derecho particular diocesano y realidad social*, *Ius Canonicum*, 55, 2015, 641-694.
- HERRERA CEBALLOS, E., *Hacia la construcción de un Registro fiel reflejo de la realidad. La reforma del Registro de Entidades Religiosas*, *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado* 39, 2015.
- OTADUY GUERÍN, J., *Fundaciones canónicas privadas promovidas por Institutos Religiosos en los sectores de la educación y de la sanidad*, *Ius canonicum* 55, 2015, 695-722.

⁹⁰ Diócesis, parroquia, instituto de vida consagrada, etc.

El convenio colectivo sectorial estatal de intervención social: situación del sector tras la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 17 de mayo de 2016

David Martínez Saldaña

Abogado. Asociado coordinador de Uría Menéndez

SUMARIO: I. ANTECEDENTES: REGULACIÓN CONVENCIONAL DEL SECTOR ANTES DE LA PUBLICACIÓN DEL CCAIS EN EL AÑO 2015: 1. *Los precedentes inmediatos a la publicación del CCAIS: La anulación de los convenios colectivos de acción e intervención social estatal y de la Comunidad de Madrid.* 2. *Convenios colectivos de intervención social actualmente aplicables.*—II. LA PUBLICACIÓN DEL CCAIS Y SU IMPUGNACIÓN: 1. *Publicación del CCAIS y desestimación de la demanda de impugnación de convenio colectivo.* 2. *Casación ordinaria ante el TS. Cuestiones relevantes sobre la legitimación de las firmantes del CCAIS que la Sentencia de la AN ha dejado para el debate en casación.*—III. ALGUNAS SOLUCIONES QUE APORTA LA SAN DE 17 DE MAYO DE 2016 PARA EL SECTOR: 1. *Inexistencia de invasiones del CCAIS a los convenios de dependencia, discapacidad, reforma y menores, y ocio y tiempo libre:* A) Problemas de invasiones que generaba el CCAIS. B) La SAN de 17 de mayo de 2016 declara que el CCAIS no invade otros convenios colectivos. 2. *Prevalencia en la aplicación del convenio colectivo que las empresas vinieran aplicando.* 3. *Aplicación del CCAIS al sector de la intervención social «residual».* 4. *Otras recomendaciones que efectúa la SAN de 17 de mayo de 2016.*

I. Antecedentes: regulación convencional del sector antes de la publicación del CCAIS en el año 2015

El sector de la intervención social y su regulación convencional ha sido especialmente conflictivo en los últimos años, con constantes impugnaciones de los convenios colectivos que lo regulan y una especial inseguridad jurídica.

Esta inseguridad jurídica se vio incrementada tras la publicación, con fecha 3 de julio de 2015, del Convenio Colectivo estatal de acción e intervención social 2015-2017 (CCAIS), en la medida en que su complejísimo ámbito de aplicación se apropiaba o invadía otras áreas de actividad propias de otros convenios colectivos y su polémica firma fue rodeada de un halo de «oscuridades» en cuanto a la legitimación de algunas de las patronales firman-

tes (en expresión utilizada por la propia Sala de lo Social de la AN, a la que más adelante se aludirá).

La Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 17 de mayo de 2016 (la Sentencia de la AN o la Sentencia de la AN de 17 de mayo de 2016, indistintamente), objeto de comentario en este trabajo, ha desestimado la demanda de impugnación del CCAIS, si bien lo ha interpretado ofreciendo a los operadores jurídicos algunos importantes criterios sobre cuándo resulta aplicable en aquellas zonas de intersección con los convenios colectivos de dependencia¹, discapacidad², reforma y menores³, y ocio y tiempo libre⁴.

El presente artículo tiene por objeto exponer el estado de la cuestión de la impugnación del CCAIS y analizar las soluciones que aporta la citada Sentencia de la AN.

1. *Los precedentes inmediatos a la publicación del CCAIS: La anulación de los convenios colectivos de acción e intervención social estatal y de la Comunidad de Madrid*

Ya se ha avanzado que, históricamente, la regulación del sector de la intervención social ha sido controvertida y los convenios colectivos que han regulado este sector han resultado fuente de varias impugnaciones, muy señaladamente como consecuencia de la falta de legitimidad de las patronales firmantes para poder firmar un convenio colectivo estatutario que cumpla las exigencias del título III del Estatuto de los Trabajadores (ET), esto es, la legitimación inicial, plena y decisoria —arts. 87.3, 88.1 y 89.3 ET—.

Destacan de manera especial las anulaciones del I Convenio Colectivo Estatal de Acción e Intervención Social, así como del Convenio Colectivo de Intervención Social de la Comunidad de Madrid, que tuvieron lugar en entre los años 2008 y 2010.

Así, el I Convenio Colectivo Estatal de Intervención Social fue anulado por la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 22 de

¹ VI Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal (BOE de 18 de mayo de 2012).

² XIV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (BOE de 9 de octubre de 2012).

³ II Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores (BOE de 27 de noviembre de 2012).

⁴ Convenio colectivo del sector ocio educativo y animación sociocultural (BOE de 15 de julio de 2015).

diciembre de 2008 (AS 2008, 3046), posteriormente confirmada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2010 (RJ 2010, 1478).

La anterior versión del Convenio Colectivo Estatal de Intervención Social fue firmada por una única patronal (que posteriormente también firmará el CCAIS), y fue precisamente anulado por falta de legitimación decisoria de esa patronal.

Así, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2010 expuso:

«(...) Y, en efecto, también es esto lo que aquí ha acontecido porque la presunción quedó clara y razonablemente desvirtuada mediante la prueba practicada, que permitió a la Sala de instancia [en referencia a la Sala de lo Social de la AN], según ya hemos explicado con reiteración, alcanzar el pleno convencimiento de que la entidad patronal recurrente [se refiere la única patronal firmante] no ostentaba la representación mayoritaria del sector, en lo referente al número de trabajadores empleados por sus empresas asociadas».

Adicionalmente, se daba en aquel supuesto una circunstancia que también se produjo en el momento de la firma del actual CCAIS. Tal y como se expone en el hecho probado primero de la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 22 de diciembre de 2008: *«al constituir la mesa de la comisión negociadora, diseñaron los diferentes ámbitos del Convenio Funcional con sus exclusiones, que luego no han sido respetadas en el texto articulado».* En efecto, esa exclusión inicial en la constitución de la mesa negociadora del convenio de determinadas materias y posterior inclusión de esas materias tuvo lugar en el anterior precedente, y también en el actual CCAIS.

Por su parte, el Convenio Colectivo de Intervención Social de la Comunidad de Madrid fue anulado por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25 de febrero de 2008 (AS 2008, 1226), que fue confirmada por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2009 (RJ 2010, 1427).

En aquel supuesto fueron dos las patronales que llegaron a firmar el Convenio de Intervención Social de la Comunidad de Madrid. De nuevo aparecieron aquí los problemas de concurrencia e invasión a otros convenios colectivos, que también surgirán, como se verá, con la firma del CCAIS. Así consta, por ejemplo, en los hechos probados de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2009:

«El 20 de diciembre de 2004 se constituyó la comisión [negociadora] (...) [uno de los sindicatos más representativos] manifestó que procedía definir un nuevo marco de negociación y aclarar el ámbito funcional del convenio, dado que el pro-

puesto podía presentar problemas de concurrencia con otros convenios ya vigentes, y, una vez delimitado de forma definitiva el ámbito funcional, determinar la representatividad de cada parte. Por estas razones el citado sindicato no reconoció entonces la representatividad de las partes negociadoras».

Esto ocurría porque, lógicamente, a mayor ámbito de aplicación del convenio (mayor número de empleados potencialmente afectados), más diluida quedaba la representatividad de las patronales firmantes, que, como es sabido, debe medirse en el ámbito de aplicación real del convenio que se ha firmado, atendiendo al número real de afectados [por todas, STS de 24 de abril de 2006 (RJ 2006, 5867)] y tomando en consideración la representatividad de las firmantes en el momento de la constitución de la mesa negociadora del convenio [STS 27 de abril de 2000 (RJ 2000, 4253)].

El Convenio Colectivo de Intervención Social de la Comunidad de Madrid se anuló porque las patronales firmantes *«ni representaban al diez por ciento de empresas del sector, ni las empresas representadas por ellas ocupaban a la mayoría de los trabajadores del mismo»* (fundamento de derecho quinto de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2009). Por tanto, la anulación se produjo por falta de legitimación inicial, plena y decisoria.

Así, puede observarse esa palmaria falta de representatividad de las dos patronales firmantes en el fundamento de derecho decimosegundo y decimotercero de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25 de febrero de 2008:

En relación con la legitimación «la única forma de proceder a su medición es contrastando el nivel de representación de las asociaciones negociadoras con el número de trabajadores incluidos en el ámbito funcional de negociación elegido, cosa lógica y resaltada en la sentencia del Tribunal Supremo de 24/04/2006 (rec. 97/03)» (fundamento de derecho duodécimo, párrafo primero).

«El extensísimo ámbito funcional de esa norma [del convenio colectivo de intervención social de la Comunidad de Madrid] abarca tal cantidad de sectores y subsectores que prácticamente es imposible cuantificar a los sujetos afectados (...)

Si reducimos la interpretación de dicho texto excluyendo a los organismos públicos, nos encontraremos con que sólo dos de los numerosísimos subsectores incluidos en el convenio (los de asistencia y servicios sociales para niños, jóvenes, disminuidos físicos y ancianos en centros residenciales y no residenciales) están atendidos en el ámbito de la CM por 1.334 empresas que dan ocupación a 63.211 trabajadores (hecho declarado probado 7.º), lo cual hace evidente que ni [la patronal A] (39 empresas asociadas y 1.378 trabajadores, según hecho declarado probado 5.º) ni [la patronal B] (46 empresas y 901 trabajadores, según hecho declarado probado 7.º) tenían en modo alguno la representación del 10% de las empresas ni de los trabajadores del sector.

Y si, en pura hipótesis, diéramos validez a los datos recogidos en la resolución del Área de relaciones laborales de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Empleo y Mujer de la CM de 6 de julio de 2007, en la que se dice que el ámbito del sector afecta a 30 empresas y a 7.000 trabajadores, tampoco en este caso se acreditaría por las asociaciones demandadas la legitimación del artículo 88.1 ET, pues la suma de los trabajadores dependientes de ellas no llega a los 3.501 (que es el número que determina la mayoría de los 7.000 trabajadores de los que le habla la CM)».

Adicionalmente, debe citarse también la anulación de un tercer convenio colectivo sectorial, en este caso, el I Convenio Colectivo para Entidades de Carácter Social de la Comunidad Valenciana, que fue anulado por Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 2 de abril de 2009 (AS 2009, 2076) (*Diario Oficial de la Comunidad Valenciana*, núm. 6117, de 6 de octubre de 2009).

Esta sentencia anuló el convenio colectivo como consecuencia de la falta de legitimación plena y decisoria de la patronal firmante, tal y como expone en el último párrafo de su fundamento de derecho tercero: «(...) Según lo indicado, [la patronal firmante] debe representar a empresarios que ocupen a la mayoría de los trabajadores afectados por el convenio, lo que de la prueba practicada no concurre ya que, siendo el total acreditado de trabajadores afectados de 1.293, la citada [patronal firmante], ocupa a 205, cifra muy lejana del 50% (que asciende a 646,5)».

Por tanto, los anteriores precedentes constituyen el punto de partida de referencia para analizar lo ocurrido con el CCAIS, pues problemas de índole similar (falta de legitimación de las patronales firmantes, invasiones a terceros convenios, etc.) comparten todos estos supuestos.

2. Convenios colectivos de intervención social actualmente aplicables

En cuanto a los convenios colectivos de intervención social actualmente aplicables, además del CCAIS, que como se expondrá continúa *sub iudice*, deben señalarse los siguientes convenios en Cataluña y el País Vasco:

a) I Convenio Colectivo de Intervención Social de Álava (*Boletín Oficial del Territorio Histórico de Álava*, núm. 18, de 11 de febrero de 2015).

b) Convenio Colectivo de Intervención Social de Guipúzcoa para 2011-2014 (*Boletín Oficial de Guipúzcoa*, núm. 145, de 1 de agosto de 2011). Este convenio se encuentra actualmente decaído.

c) IV Convenio Colectivo de Intervención Social de Vizcaya (2014-2016) (*Boletín Oficial de Vizcaya*, núm. 50, de 13 de marzo de 2015).

d) Convenio Colectivo de acción social con niños, jóvenes, familias y otros en situación de riesgo, para los años 2010 a 2012 (*Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 6002, de 10 de noviembre de 2011). Este convenio se encuentra actualmente en vigencia prorrogada.

II. La publicación del CCAIS y su impugnación

1. *Publicación del CCAIS y desestimación de la demanda de impugnación de convenio colectivo*

Aunque la firma del CCAIS se produjo el 13 de mayo de 2015, no fue hasta el 22 de junio de 2015 cuando se publica en el *Boletín Oficial del Estado* (BOE).

Es conocida en el sector la firme oposición a la publicación del CCAIS que, ante la Dirección General de Empleo, se produjo por algunas patronales. Fundamentalmente, como consecuencia de la muy controvertida legitimación de las patronales firmantes del CCAIS, pero también por las invasiones que el CCAIS, con su amplísimo ámbito de aplicación previsto en su artículo 7 y su Anexo, producía en otros convenios como el de dependencia, discapacidad, ocio y tiempo libre, y reforma y menores. Motivos todos ellos a valorar delicadamente atendiendo a los precedentes judiciales de anulaciones que se acaban de exponer. Pese a ello, la Dirección General de Empleo no remitió el CCAIS directamente a la Sala de lo Social de la AN de oficio para analizar su adecuación a la ley mediante la comunicación de oficio (arts. 163 y 164 LRJS), sino que ordenó su publicación en el BOE.

Por esos mismos motivos, el CCAIS fue impugnado ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el 23 de diciembre de 2015.

La Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 17 de mayo de 2016 desestimó la demanda de impugnación del CCAIS estimando la excepción de falta de legitimación activa de la patronal impugnante, al considerar que no había acreditado suficientemente la existencia de representados en el sector afectado por el ámbito de aplicación del CCAIS (en la denominada «intervención social residual», es decir, excluidos los ámbitos de dependencia, discapacidad, reforma y menores, y ocio y tiempo libre), aunque sí la había acreditado sobre algunos de los sectores que se consideraban invadidos (muy señaladamente, el de dependencia).

Aunque la Sentencia de la AN de 17 de mayo de 2016 se resuelve por esta cuestión procesal, ciertamente, entró en parte del fondo del asunto para determinar si el CCAIS invadía determinados sectores, pues esta cuestión

estaba directamente relacionada con la legitimación activa de la patronal impugnante. Si existía invasión en el sector de la dependencia, esta patronal estaría legitimada activamente y, por tanto, no podría estimarse de ninguna manera la falta de legitimación activa de la patronal impugnante.

En el anterior contexto, la sentencia de la AN aprovechó para sentar algunos criterios interpretativos que ordenaran el caos que, para el sector, supuso la publicación del CCAIS y que se exponen más adelante (apartado III posterior).

2. Casación ordinaria ante el TS. Cuestiones relevantes sobre la legitimación de las firmantes del CCAIS que la Sentencia de la AN ha dejado para el debate en casación

La Sentencia de la AN —como se ha dicho— desestimó la demanda de impugnación y, por tanto, el CCAIS resulta en estos momentos vigente. Mediante resolución de 22 de junio de 2016 se publicaron sus tablas salariales (BOE núm. 158, de 1 de julio de 2016).

No obstante, aunque resulte vigente el CCAIS, continúa impugnado. La Sentencia de la AN se encuentra actualmente recurrida en casación ordinaria ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Habrà que estar, por tanto, al criterio del Alto Tribunal para confirmar de manera definitiva si el sector de la intervención social cuenta con convenio colectivo válidamente suscrito por sus patronales en correcto cumplimiento de las reglas de legitimación del título III del ET o no. Esto es, si se considera que las patronales firmantes disponían de legitimidad suficiente para suscribir un convenio colectivo cuyo potencial número de afectados era de 150.000 trabajadores según las hojas estadísticas presentadas por las patronales y sindicatos firmantes (hecho probado octavo de la Sentencia de la AN), y de unos 52.000 según la pericial aportada por uno de los sindicatos en juicio (fundamento de hecho décimo, tercer párrafo y fundamento de derecho segundo J). Dicho sea en este punto que no deja de resultar llamativo que en las hojas estadísticas se haga constar un potencial de afectados (150.000) que se verán reducidos a un tercio (52.000) cuando se proceda a defender la validez del CCAIS en la Sala de lo Social de la AN.

Más allá de lo anterior, lo cierto es que la Sentencia de la AN, en el análisis de legitimación de las patronales firmantes que realiza, tuvo por confesa a una de las patronales firmantes demandada, que resultó ser una «patronal fantasma», la misma patronal a la que ya anularon el anterior convenio

colectivo estatal de intervención social como se ha expuesto en el apartado I.1 anterior.

Al no acreditar sus representados reales esa patronal, pese a los requerimientos de prueba efectuados por la Sala a instancias de la patronal impugnante, se la dio por confesa, y los 98.000 trabajadores que decía representar en la constitución de la mesa negociadora del CCAIS se vieron reducidos a cero (hecho probado undécimo y fundamento de derecho segundo k de la Sentencia de la AN):

« (...) aunque concurra la presunción de representatividad de [esta patronal firmante], activada por el reconocimiento mutuo de todos los firmantes del acta constituyente de la comisión negociadora del convenio de 27-07-2010, puesto que dicha presunción ha sido destruida por [la patronal impugnante], quien solicitó por una parte, documentación acreditativa de dicha representatividad a [esa patronal firmante] admitiéndose por la Sala, así como el interrogatorio de su presidenta, admitiéndose también por la Sala con expresa advertencia de que se podrían tener por probados los hechos de la demanda, caso de incomparecencia (...). Pues bien [esa patronal firmante] no aportó documento alguno, ni su presidenta acudió al interrogatorio de parte reclamándose por [la patronal impugnante] que se tuvieran por probados los hechos de la demanda en lo que afecta a dicha asociación empresarial, a lo que se accede por la Sala, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 91.2 y 94.2 LRJS aun cuando se haya acreditado que extinguió su personalidad jurídica el 30-06-2015, publicándose en el BOE de 14 de septiembre de 2015, puesto que dicha circunstancia no le impidió acudir al acto del juicio, ni justificó, de ningún modo, por qué incumplió los requerimientos judiciales, que deben cumplimentarse en sus propios términos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 118 CE».

En una línea similar, la Sentencia de la AN ha considerado acreditado que otra de las tres patronales firmantes, que alegaba ostentar unos 26.000 trabajadores representados en el sector, (i) en otro procedimiento de impugnación de convenio colectivo [el pleito de impugnación del convenio colectivo de reforma y menores que se resolvió mediante sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 6 de abril de 2016], había certificado que, de los 22.605 trabajadores que alegaba, 13.161 trabajaban en el sector de reforma y menores; y (ii) esta patronal había reconocido duplicar los trabajadores que representaba en distintos sectores (concretamente admitió haber duplicado dos bloques de 123 y 2.776 empleados, respectivamente) (hecho probado decimotercero y fundamento de derecho segundo, apartado m):

«(...) admitiéndose que [esta patronal firmante] certific[ó] las mismas empresas y trabajadores para acreditar su representatividad en los convenios de reforma juvenil y protección del menor y de ocio educativo y animación sociocultural, por cuanto lo admitió expresamente la propia [patronal firmante] siendo revelador que

en su propia certificación (...) admitió que de los 22.605 certificados, 13.161 trabajadores trabajaban en el sector de Reforma Juvenil y Protección de Menores (...). Se afirma que [esta patronal firmante] duplicó 123 trabajadores, por una parte, y 2.776 por otra, por cuanto así lo manifestó en su contestación a la demanda (...).

Por tanto, esta segunda patronal firmante podría quedar con unos 6.545 trabajadores representados, aproximadamente:

$$22.605 \text{ empleados certificados} - 13.161 \text{ (de reforma y menores)} = \\ = 9.444 \text{ empleados}$$

$$9.444 - 123 - 2776 \text{ (empleados duplicados)} = \\ = 6.545 \text{ empleados representados}$$

A la tercera de las patronales se le consideró acreditado un número de unos 21.000 trabajadores (mil menos de los que alegó en la constitución de la mesa negociadora).

La conclusión que la Sala de lo Social de la AN extrae sobre la batalla en las cifras de empleados realmente representados por cada patronal firmante no deja de ser inquietante.

Por un lado, ha observado las duplicidades de empleados alegados por una de las patronales firmantes, de la que ha dicho que, *al margen de que se trata de un sector «extremadamente complejo y es muy difícil establecer fronteras claramente definidas entre unos y otros ámbitos convencionales» conviene resaltar que «alguna asociación se haya atribuido las mismas empresas y trabajadores para acreditar sus legitimaciones en diferentes convenios, aun cuando se trate de una mala práctica que no garantiza la transparencia, ni asegura las legitimaciones requeridas para la negociación colectiva estatutaria, que son normas de derecho necesario absoluto, como viene admitiéndose por la doctrina constitucional, por todas STC 73/1984».*

A otra de las patronales se la ha declarado por confesa y se han reducido sus representados de 98.000 a no considerar acreditado ninguno.

En este contexto, es relevante la reflexión final que realiza la sentencia, en la que concluye que ha habido *«grandes oscuridades acreditadas en materia de legitimación».* Aunque esas oscuridades no han sido suficientes para la Sala de lo Social de la AN para anular el CCAIS, se trata de una cuestión a analizar con detalle por la Sala de lo Social del TS, sobre la que se volverá al final del presente trabajo.

No en vano, esta suma de representados (27.545 en total) no deberían ser en modo alguno suficientes para que se cumpla la legitimación decisoria de un convenio cuyo potencial de afectados se fijó en 150.000 en las hojas estadísticas.

III. Algunas soluciones que aporta la SAN de 17 de mayo de 2016 para el sector

La SAN de 17 de mayo de 2016 no ha anulado el CCAIS, pero aporta algunas soluciones que van a resultar de enorme utilidad para ordenar el sector y que ayudarán a superar una buena parte de los problemas que generó la publicación del CCAIS.

Efectúa la Sala de lo Social de la AN este ejercicio de ordenación del sector, bien consciente de que «*la regulación del sector es extremadamente compleja y es muy difícil establecer fronteras claramente definidas entre unos y otros ámbitos convencionales* [refiriéndose a los convenios colectivos de dependencia, discapacidad, ocio y tiempo libre, y reforma y menores]» (fundamento de derecho quinto de la Sentencia de la AN).

Simplificando al máximo esta reordenación, la Sala aclara que:

a) El CCAIS no invade los convenios colectivos de dependencia, discapacidad, reforma y menores, y ocio y tiempo libre.

b) En aquellas empresas en las que se vinieran aplicando esos convenios colectivos (incluyendo los cuatro antes mencionados) con anterioridad a la entrada en vigor del CCAIS, prevalecerá la aplicación de esos convenios sobre el CCAIS.

1. *Inexistencia de invasiones del CCAIS a los convenios de dependencia, discapacidad, reforma y menores, y ocio y tiempo libre*

A) *Problemas de invasiones que generaba el CCAIS*

La entrada en vigor del CCAIS ha suscitado en las empresas del sector de la intervención social numerosos problemas de aplicación. Algunos de ellos se señalan en la propia SAN de 17 de mayo de 2016. Por ejemplo, una empresa cuyo comité de rehabilitación, que aceptaba la aplicación del Convenio de Discapacidad, pretende ahora la aplicación del CCAIS. O también la anulación de los pliegos por parte del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid (TACP) en resolución 202/2015 de 9 de diciembre de 2015 (Recurso 202/2015) al considerar que erróneamente se había fijado el CCAIS como aplicable cuando, en realidad, debía resultar aplicable el Convenio de Ocio y Tiempo Libre, motivo por el cual anuló los pliegos del servicio de animación sociocultural, talleres y actividades de carácter lúdico, preventivo y sociocultural dirigidos a mayores del distrito de Retiro.

Argumentó el TACP que «(...) *En el caso que analizamos no encuentra este Tribunal en el expediente ni en el informe, una justificación que permita deducir que las actividades del programa de animación sociocultural objeto de la licitación estén dirigidas a personas en situación de riesgo o de exclusión social.*»

Razona el TACP que «*resulta claro de la redacción del [CCAIS] que las mencionadas actividades de intervención social (...) son más específicas que las genéricas de favorecer un envejecimiento activo o potenciar la participación de las personas mayores en la sociedad [esto es, las propias del convenio de ocio y tiempo libre]*». Continúa el TACP enseñando que el CCAIS «*[No] podemos olvidar que está incluyendo específicamente en el convenio la “Reforma Juvenil y la Protección de Menores” y también la “cooperación al desarrollo, lo cual implica que se contemplan [en el CCAIS] situaciones y por tanto actuaciones, muy diferentes a las que derivan del objeto del contrato que analizamos [el servicio para mayores de Retiro] cuyos beneficiarios no son personas mayores en la situación específica de riesgos de exclusión social por la concurrencia de circunstancias económicas, sociales o sanitarias, que habrían de especificarse, sino personas mayores en general independientemente de sus circunstancias personales”*».

Constan más supuestos de anulación de pliegos en circunstancias análogas a la de Retiro, como el caso del pliego del distrito de mayores de Moratalaz (Resolución n.º 127/2016, expdte. 127/2016).

La SAN de 17 de mayo de 2016 señala sobre este tipo de situaciones que «*se trata de una conflictividad mínima para un sector tan complejo como el examinado, donde la coexistencia de actividades justificaría razonablemente que hubiera una mayor conflictividad*». No obstante, quizá esa falta de conflictividad hasta la fecha pueda traer causa del hecho de que el anterior Convenio Colectivo Estatal de Acción e Intervención Social fue anulado (SAN y STS) y que el actual CCAIS continúa *sub iudice* y, en general, su aplicación sigue siendo muy minoritaria a la espera de que la Sala de lo Social del TS conozca del recurso de casación ordinaria interpuesto contra la Sentencia de la AN.

Sea como fuere, lo cierto es que con anterioridad a que la SAN de 17 de mayo de 2016 aclarara que «no existe invasión» cabía apreciar numerosas actividades, contempladas en el Anexo I del CCAIS en las que se podrían estar invadiendo los convenios colectivos de dependencia, discapacidad, reforma y menores, ocio y tiempo libre.

Debe recordarse en este punto que la propia SAN de 17 de mayo de 2016 señala, en su fundamento de derecho quinto, que «(...) *Los servicios sociales están extraordinariamente relacionados entre sí, existiendo fronteras muy tenues en la mayor parte de actividades*» y que «*un gran número de empresas prestan servicios que afectan a las diferentes áreas de servicios sociales (...) utilizan locales,*

medios materiales e instrumentales comunes en muchas ocasiones, (...) prestan servicios paralelos, aun cuando se diferencien en la calidad de los destinatarios, en los que puede coincidir dependencia, discapacidad y exclusión social, siendo perfectamente posible que menores afectados por medidas de reforma juvenil, o necesitados de protección, sean dependientes, discapacitados y se encuentren en riesgo de exclusión social». Incluso se razona que «parte de los servicios prestados, especialmente los menos cualificados, así como los que no requieran especialidad, pueden prestarse indistintamente por todos los trabajadores del sector».

Por todas estas razones, la Sala concluyó que la regulación del sector es «*extraordinariamente compleja*» y que es «*muy difícil establecer fronteras definidas entre unos y otros ámbitos convencionales*». Así pues, esos puntos de intersección o invasión se vienen a reconocer, si bien se ofrece una solución que se expone en el apartado siguiente, solución que, por otra parte, es muy de agradecer, ya que antes de que la Sala de lo Social de la AN nacional interpretara el CCAIS y «pusiera orden», no eran poco habituales en las empresas, asociaciones y fundaciones del sector las solicitudes de aplicación de este convenio (el CCAIS) en detrimento de los convenios colectivos de dependencia, discapacidad, ocio y tiempo libre, y reforma y menores.

A nuestro entender, los puntos en los que se venía identificando una invasión de manera más clara son los que se resumen en los cuadros siguientes:

Convenio Colectivo de Dependencia

Ámbito de aplicación Dependencia (artículo 1)	Ámbito aplicación Acción e intervención social
Actividad residencial (tanto de personas dependientes como no dependientes)	Actividad residencial (Anexo I, pág. 54718)
Centros de día y de noche (tanto de personas dependientes como no dependientes)	Centros de día y de noche (Anexo I, pág. 54718)
Servicios de ayuda a domicilio (tanto de personas dependientes como no dependientes)	Servicios de ayuda a domicilio y teleasistencia (Anexo I, pág. 54717)
Viviendas tuteladas (tanto de personas dependientes como no dependientes)	Viviendas tuteladas (Anexo I, pág. 54718 y 54720)
Teleasistencia (tanto a personas dependientes como no dependientes)	Teleasistencia (Anexo I, pág. 54717)

Convenio Colectivo de Reforma
y Protección de menores

Ámbito de aplicación Reforma y Protección de menores (artículo 1)	Ámbito de aplicación Acción e Intervención Social
Información, orientación y asesoramiento/Intervención y apoyo familiar	Información, orientación y asesoramiento (Anexo I, pág. 54717) Intervención y apoyo familiar (Anexo I, pág. 54718)
Intervención y protección de menores	Intervención y protección de menores (Anexo I, pág. 54717) Sólo excluye acogimiento residencial No se pronuncia sobre centros de internamiento, tratam. ambulatorio, centros de día, recepción, acogida, pisos tutelados...

Convenio Colectivo de Ocio Educativo
y animación Socio-Cultural

Ámbito de aplicación Ocio Educativo y animación Socio-Cultural (artículo 2)	Ámbito de aplicación Acción e Intervención Social
Ámbito socio-cultural	Ámbito socio-cultural (art.7) Actividades de animación socio-cultural y ocio y tiempo libre , salvo que les fuera de aplicación el Convenio de Ocio Educativo y animación Sociocultural (Anexo I, pág. 54720) Técnico en animación socio-cultural (Art. 21)
Ocio y apoyo al enfermo hospitalizado	Ocio y apoyo al enfermo hospitalizado (Anexo I, pág. 54720)

Convenio Colectivo de centros
y servicios a personas con discapacidad

Ámbito de aplicación centros y servicios a personas con discapacidad (artículo 1)	Ámbito aplicación Acción e intervención social
Atención domiciliaria para personas con discapacidad	Atención a domicilio a personas con discapacidad (Anexo I, pág. 54717)
Centros de rehabilitación e inserción laboral para personas con discapacidad	Servicios de inserción, servicios de mejora de la ocupabilidad para colectivos en riesgo de exclusión (Anexo I, pág. 54719)
Centros de día o estancia diurna para personas con discapacidad	Centros de día o de estancia diurna para personas con discapacidad (Anexo I, pág. 54721)
Centros de rehabilitación e integración social de enfermos mentales, residencias y pisos o viviendas tuteladas para personas con discapacidad	Enfermedad mental , servicios de salud mental y centros residenciales de enfermedad mental (Anexo I, pág. 54720)
Centros de día, viviendas tuteladas y residencias para personas con discapacidad, enfermos mentales, personas con daño cerebral sobrevenido, etc.	Centros, pisos o cualquier otro dispositivo residencial a colectivos en riesgo de exclusión (Anexo I, pág. 54720)

Pero, ante las anteriores invasiones, la AN alcanza la solución que se expondrá a continuación.

B) *La SAN de 17 de mayo de 2016 declara que el CCAIS no invade otros convenios colectivos*

El fundamento de derecho séptimo de la SAN de 17 de mayo de 2016 aporta una primera solución a los problemas que había generado el CCAIS desde su publicación. Declara de manera rotunda que el CCAIS no invade los convenios colectivos de dependencia, reforma y menores, discapacidad y ocio y tiempo libre: «(...) *consideramos que el convenio impugnado no ha invadido los ámbitos de ningún otro convenio*».

El argumento que utiliza para ello es que el convenio se inhibe o se autoexcluye: «(...) *Consiguientemente, si el convenio se autoexcluye su aplicación en relación con todas las actividades reguladas por los convenios citados [se refiere a los convenios de dependencia, discapacidad, ocio y tiempo libre, y reforma y menores], debemos concluir que no ha invadido los convenios reiterados*».

Esta conclusión se alcanza sobre la base de «*la simple lectura de los apartados 4, 5, 9 y 10 de su artículo 7, así como la DA 1.ª y los párrafos 1, a; 1.2; 1.4; 1.5 y 1.7 del Anexo I [que] permite concluir que el convenio impugnado privilegia la*

aplicación de los convenios colectivos mencionados en su DA 1.^a entre los que se encuentran los supuestamente invadidos».

Lo anterior es coherente con el concepto de «intervención social residual», si se entiende que en absoluto se afectan las tan citadas actividades de reforma y menores, ocio y tiempo libre, dependencia y discapacidad, y sólo a las actividades residuales de intervención social (ayuda a mujeres maltratadas, personas sin hogar, drogodependientes, etc.). También resulta coherente con el acta de constitución de la comisión negociadora del CCAIS (que había declarado de manera clara la exclusión de los sectores de dependencia, discapacidad, reforma y menores, y ocio y tiempo libre), pero las ampliaciones que sufrió la redacción del ámbito de aplicación del CCAIS en su posterior tramitación apuntaban hacia otra dirección (finalmente se acabaron incluyendo y se pasó de la intervención social residual a una suerte de macroconvenio).

Tampoco esa era la posición de los sindicatos cuando entró en vigor el CCAIS y, como es sabido en el sector, defendieron una interpretación «expansiva» del mismo y presionaron para su aplicación en empresas, asociaciones y fundaciones que venían aplicando pacíficamente los convenios de dependencia discapacidad, reforma y menores, y ocio y tiempo libre.

Sea como fuere, la rotundidad de este fundamento de derecho séptimo de la Sentencia de la AN ha dotado de una mayor seguridad jurídica al sector y ha evitado una relevante litigiosidad que podría haberse suscitado como consecuencia de las citadas invasiones.

2. *Prevalencia en la aplicación del convenio colectivo que las empresas vinieran aplicando*

La segunda solución relevante que aporta la Sentencia de la AN es la interpretación que realiza sobre la DA 1.^a del CCAIS en el que se definen los convenios reconocidos por el CCAIS como preexistentes y la regla de prevalencia de esos convenios sobre el CCAIS.

Ya se ha expuesto que la situación del sector era muy compleja, y que se venía solicitando la aplicación del CCAIS en empresas que venían aplicando pacíficamente los convenios colectivos de dependencia, discapacidad, ocio y tiempo libre, y reforma y menores.

En este contexto, el espaldarazo que la Sala da a «la técnica utilizada por el convenio impugnado» ayudará a resolver numerosos problemas de aplicación de convenio colectivo. Uno de los más recurrentes es: ¿si mi empresa

venía aplicando dependencia, discapacidad, reforma y menores, u ocio y tiempo libre, debe ahora pasar a aplicar el CCAIS?

Como respuesta conviene señalar que la Sala de lo Social de la AN indica que debe aplicarse *«la técnica utilizada por el convenio impugnado, según la cual prevalecerá el convenio que viniera aplicándose precedentemente»*. Razona la Sala que esto *«coloca a las asociaciones patronales quejas con el convenio en la mejor situación para la defensa de sus intereses, puesto que, en las empresas en las que se vienen aplicando sus convenios, prevalecerá su aplicación sobre el impugnado, porque así lo dispone el propio convenio impugnado, que cede cualquier derecho de primogenitura a los demás a la hora de resolver situaciones conflictivas»* (fundamento de derecho sexto *in fine* de la Sentencia de la AN).

Por tanto, siguiendo la doctrina anterior de la Sala, aquellas empresas que venían aplicando el convenio colectivo de dependencia, discapacidad, reforma y menores, y ocio y tiempo libre con anterioridad a la publicación del CCAIS deberán seguir aplicando esos convenios sin que les afecte el CCAIS.

Lo anterior será igualmente aplicable también en el caso de la dependencia, cuyo convenio se encuentra en ultractividad (86.3 ET) y por tanto su vigencia *«se producirá en los términos que hubiese establecido el convenio colectivo»*. En este caso, el convenio colectivo de dependencia, en su artículo 8, párrafo tercero, ha previsto:

«Denunciado el convenio, en tanto no se llega a un acuerdo sobre el nuevo, se entenderá que el contenido íntegro del convenio se prorroga provisionalmente hasta tanto no se llegue a acuerdo expreso (...)».

3. Aplicación del CCAIS al sector de la intervención social «residual»

Finalmente, resulta claro que el CCAIS deberá aplicarse a aquellas actividades que le son propias.

Nos referimos a los supuestos de la «intervención social residual», esto es, la que no regulan los convenios de dependencia, discapacidad, reforma y menores, y ocio y tiempo libre. Por citar algunos supuestos claros, los albergues de personas sin hogar, la atención a los drogodependientes, la asistencia a mujeres maltratadas, la cooperación al desarrollo, etc.

Como es sabido, el CCAIS ha incluido algunas condiciones especialmente onerosas (por ejemplo, en materia de salarios), que pueden comprometer la viabilidad de las empresas, asociaciones y fundaciones que realicen trabajos incardinables en la intervención social residual. En este sentido, el propio convenio prevé que puede resultar compleja la adaptación a las nuevas con-

diciones económicas del CCAIS y por ello prevé en su disposición transitoria segunda un régimen de equiparación salarial gradual (se cita un incremento de masa salarial en la empresa de un 15 %). Probablemente esa disposición transitoria segunda sea ya imposible de aplicar, puesto que se prevé que las empresas, asociaciones y fundaciones afectadas por el CCAIS disponen de un plazo de dos meses para solicitarla ante la comisión paritaria.

Pues bien, es posible que la implementación del CCAIS pueda poner en jaque a empresas, asociaciones y fundaciones del sector, en cuyo caso deberá valorarse la implementación de medidas de flexibilidad (descuelgues de convenio colectivo *ex* artículo 82.3 ET y en los que deberán tenerse en cuenta las previsiones de la disposición adicional segunda del CCAIS, negociación de convenio colectivo de empresa o acuerdo de empresa en determinadas materias, modificaciones sustanciales *ex* artículo 41 ET, etc.). La negociación colectiva puede ser una de las opciones más adecuadas para quienes se encuentren en el sector de la intervención social residual y deban adaptarse al CCAIS con alguna mitigación.

4. Otras recomendaciones que efectúa la SAN de 17 de mayo de 2016

Por último, la Sentencia de la AN deja una última enseñanza de un carácter más general. Realiza una serie de recomendaciones de interés, a la vista de las oscuras circunstancias en las que se suscribió el CCAIS.

Este calificativo («oscuridades») lo emplea la propia Sentencia de la AN en su penúltimo párrafo al razonar lo siguiente: «(...) *Así pues, vamos a desestimar la demanda, aunque no queremos dejar de llamar la atención sobre las grandes oscuridades acreditadas en materia de legitimación en el convenio impugnado, así como en otros del sector de servicios sociales, que podrían dar al traste con la negociación colectiva sectorial en el mismo, lo que obliga a sus negociadores a extremar la buena fe para posibilitar que la negociación colectiva en el sector, ya sea global o manteniendo los convenios actuales, asegure las legitimaciones, exigidas por los artículos 87, 88 y 89 ET, que son normas de derecho necesario absoluto, evitando atajos que ni benefician a los empresarios ni tampoco a los trabajadores afectados*».

Resulta cuando menos llamativo que la Sala efectúe tales reproches sobre el CCAIS y considere acreditado que existieron «grandes oscuridades» en la legitimación de los firmantes.

No en vano, ya se ha explicado que la Sentencia de la AN dio por confesa a una de las patronales firmantes, la supuestamente mayoritaria, sobre el papel, con un 27,5 % de representatividad en la mesa, que decía aportar

98.000 trabajadores en el sector que fueron reducidos a ninguno (fundamento de derecho segundo k, de la Sentencia de la AN).

También, como se ha expuesto, alguna otra patronal que también contaba con un 27,5 % de representatividad en la mesa sufrió una disminución importante en los empleados que decía representar. La Sala consideró probado sobre esta última *«que certificaron las mismas empresas y trabajadores para acreditar su representatividad en los convenios de reforma juvenil y protección del menor y de ocio y animación sociocultural, por cuanto admitió lo expresamente [esa patronal] (...) siendo revelador que en su propia certificación (...) admitió que de los 22.605 [trabajadores] certificados [en intervención social], 13.161 trabajadores trabajaban en el sector de Reforma Juvenil y Protección de Menores»*. Igualmente, en la propia contestación a la demanda, esa patronal afirmó *«que duplicó 123 trabajadores por una parte y 2776 por otra»* (fundamento de derecho segundo, apartado M).

No se le escapa, por tanto, a la Sala que las circunstancias en las que se firma el CCAIS no son las más cristalinas de entre las posibles, y que deben *«evitarse atajos»*. Por ello, lanza una recomendación a futuro para combatir la mala *praxis* sobre la acreditación de la legitimación en la negociación de convenios colectivos sectoriales. Se basa, para ello, en el artículo 1 del Real Decreto 708/2015, que ha modificado el artículo 11, apartado 1, del Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas y bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 84/1996, de 126 de enero.

Sugiere aquí la Sala que, en la medida en que en el documento de solicitud de inscripción del empresario deberán determinarse determinados datos, se aprovechen esos datos para arrojar claridad. Se refiere a (i) los datos relativos a la denominación, domicilio, actividad económica principal de la empresa y actividades concurrentes que no se integren en el proceso productivo de la principal, así como que (ii) en cada solicitud deberá indicarse el código o códigos de convenio colectivo aplicables. La Sala indica que ambas cuestiones permitirán a los negociadores constatar el número de trabajadores que emplean las empresas afiliadas a las asociaciones empresariales correspondientes para determinar su representatividad.

Con base en lo anterior, recuerda la Sala que *«(...) sería extraordinariamente positivo, a nuestro juicio, que los interlocutores empresariales y sindicales identifiquen con absoluta transparencia sus representatividades reales, para promover, a partir de ahí, los ámbitos de negociación pertinentes, que eviten el cuestionamiento judicial permanente de los convenios colectivos sectoriales, cuya estabilidad es esencial para el funcionamiento de las empresas y para asegurar los derechos de los trabajadores»*.

Una sugerencia de utilidad, sin duda, aunque desde aquí debemos preguntarnos: ¿podría crearse algún registro público en el que constaran los trabajadores afectados por actividad y convenio colectivo de cada empresa, a fin de evitar para siempre las dudas en la legitimación y la extrema complejidad de su prueba en juicio?



CRÓNICA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS



Andalucía. Novedades en materia de fundaciones, asociaciones de utilidad pública y cooperación al desarrollo en 2015¹

Manuel Rodríguez Portugués

Profesor Contratado Doctor (acreditado TU)
Universidad de Córdoba

SUMARIO: I. NOVEDADES EN MATERIA DE FUNDACIONES: 1. *Personal procedente de fundaciones del sector público: se consolida la doctrina del TS sobre su integración en entidades de Derecho público.* 2. *Actividad administrativa de fomento desarrollada a favor de las fundaciones.*—II. ASOCIACIONES DE UTILIDAD PÚBLICA: «INTERÉS GENERAL» NO ES SINÓNIMO DE «GRATUIDAD O AUSENCIA DE ÁNIMO DE LUCRO».—III. NOVEDADES EN MATERIA DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL AL DESARROLLO: 1. *Nuevos Estatutos para la Agencia Andaluza de Cooperación Internacional para el Desarrollo.* 2. *Aprobación del Plan Andaluz de Cooperación para el Desarrollo 2015-2018.* 3. *Las ayudas del Parlamento de Andalucía en materia de cooperación internacional del desarrollo.*

RESUMEN: Este trabajo constituye una crónica sobre las novedades producidas en el Derecho Andaluz en materia de fundaciones, asociaciones de utilidad pública y cooperación internacional al desarrollo.

PALABRAS CLAVE: Derecho andaluz, fundaciones, asociaciones de utilidad pública, cooperación internacional al desarrollo.

ABSTRACT: This work is a chronicle of the developments in the Andalusian law on foundations, public utility associations and international development cooperation.

KEY WORDS: Andalusian law, foundations, public utility associations, international development cooperation

En el período considerado por la presente crónica se exponen las principales novedades acaecidas en Andalucía en los últimos meses tanto en materia de fundaciones como de asociaciones de utilidad pública y cooperación

¹ El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación con referencia DER2015-67695-C2-2-P (MINECO/FEDER), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER).

internacional al desarrollo. En relación con el primer punto, es necesario aludir a diversos pronunciamientos del TS sobre un problema del que se ha ido dando cuenta en ediciones anteriores: la integración, en diversos entes de la Administración andaluza instrumental, del personal de fundaciones del sector público extinguidas. También se alude brevemente a diversas ayudas y subvenciones de que han sido beneficiarias en el período considerado las fundaciones andaluzas. En relación con el segundo punto, aludimos a una Sentencia del TS sobre asociaciones declaradas de utilidad pública, sujetos que tienen una evidente relevancia para el tercer sector. La sentencia se refiere a un ente andaluz de esta naturaleza y ha servido para que el TS continúe asentando su jurisprudencia acerca de los requisitos exigidos a los entes asociativos para recibir la consideración de asociaciones de utilidad pública. Por lo que se refiere a la cooperación internacional al desarrollo, lo más destacable ha sido la aprobación de unos nuevos Estatutos para la Agencia Andaluza de Cooperación Internacional para el Desarrollo, y la concesión de diversas subvenciones en esta materia por parte de la Mesa del Parlamento de Andalucía.

I. Novedades en materia de fundaciones

1. *Personal procedente de fundaciones del sector público: se consolida la doctrina del TS sobre su integración en entidades de Derecho público*

En números anteriores de este Anuario se daba noticia de la importante STS de 2 de octubre de 2013. En ella, el TS intervino en el conflicto suscitado con ocasión de la reforma del sector público andaluz en 2010 y la integración del personal laboral procedente de determinadas fundaciones del sector público andaluz en algunas entidades de Derecho público, sin que —al parecer— se hubiera dado cumplimiento en bastantes casos a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso al empleo público. En particular, la citada STS de 2 de octubre de 2013 declaró en el caso concreto —la Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo (FAFFE)— que la extinción de fundaciones del sector público y la casi automática integración de su personal en entidades instrumentales de Derecho público no resultaba contrario a los citados principios de acceso al empleo público (art. 23.2 CE).

Pues bien, en el período considerado por esta crónica, dicha doctrina se ha consolidado a través de una serie de sentencias recaídas sobre supuestos equivalentes. Así, en la STS de 20 de diciembre de 2013 (recurso de casación 3425/2012; ponente: Díaz Delgado), el TS reitera básicamente los argumen-

tos de la STS de 2 de octubre de 2013, dando de nuevo por buenos los Estatutos del Servicio Andaluz de Empleo en lo que a la integración del personal laboral de la FAFPE se refiere. La segunda es la STS de 30 de diciembre de 2013 (recurso de casación 3633/2012; ponente: Lucas Murillo de la Cueva), que se pronuncia en idéntico sentido sobre el mismo objeto, si bien a instancias de un recurrente distinto (en este caso el Sindicato CSIF).

En la tercera, STS de 8 de abril de 2014 (recurso de casación 1006/2013; ponente: Pico Lorenzo), el pronunciamiento tiene más interés porque en él se extiende la referida doctrina a otras dos entidades fundacionales diferentes a las de las sentencias anteriores. El litigio arranca del recurso interpuesto por el Sindicato Andaluz de Funcionarios de la Junta de Andalucía contra la Resolución de 20 de abril de 2011, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se aprobaba el Protocolo de Integración del personal de las extintas Fundación Andaluza de Servicios Sociales y Fundación para la Atención a las Drogodependencias e Incorporación Social, en la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía. La STSJ de Andalucía de 29 de octubre de 2012 (recurso contencioso-administrativo 1315/11) resolvió favorablemente y anuló la regla cuarta de la resolución impugnada. El Tribunal estimó que, en la medida en que la citada regla suponía la incorporación automática del personal de las fundaciones en la Administración instrumental de la Junta de Andalucía, se vulneraban los principios de igualdad, mérito y capacidad recogidos en los artículos 14 y 23.2 CE.

El TS, sin embargo, casa la Sentencia y confirma la validez de la disposición administrativa, sobre la base de argumentos contenidos en una STS anterior a la que se remite y que se reproducen a continuación:

«Para decidir si, como dice la sentencia recurrida, este Decreto (...) ha infringido los artículos 14 y 23.2 de la Constitución que garantizan el derecho de acceso a las funciones públicas conforme a los principios de igualdad y, según el artículo 103.3, mérito y capacidad, se deben tener presentes los siguientes datos que resultan del expediente y de las actuaciones siguientes.

En primer lugar, que el personal laboral de las sociedades —Talentia y CIT Andalucía— no cambió su régimen jurídico de personal laboral como consecuencia de lo establecido en la Ley 1/2011 y del Decreto recurrido (...). Además, no se debe pasar por alto que la subrogación del nuevo empleador en la situación jurídica que ostentaban los anteriores en sus contratos de trabajo no es una innovación normativa, sino una aplicación de

la regulación de la sucesión de empresas contenida en la normativa laboral general (art. 44 del Estatuto de los Trabajadores). (...)

Pues bien, estos presupuestos impiden apreciar en la integración combatida por los actores un acceso al empleo público que merezca ser calificado de gratuito, ilegal o injustificadamente discriminatorio. No es ilegal porque, por un lado, está amparado en los artículos 3 y 4 y en la disposición adicional cuarta de la Ley 1/2011 y, por otro, es coherente con lo establecido en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. (...)

Por lo demás, hemos de añadir que si la Sala de Sevilla no planteó la inconstitucionalidad de la Ley 1/2011, debió desestimar el recurso contencioso-administrativo pues, limitándose el Decreto 92/2011 a su estricto cumplimiento y no teniendo duda de la constitucionalidad de aquélla, el Decreto tampoco podía infringir los artículos 14 y 23.2 de la Constitución.

Sentado, pues, que la integración no es contraria a las exigencias que para el acceso a las funciones y cargos públicos establecen los artículos 14 y 23 de la Constitución, el litigio se desplaza a decidir si las normas legales y la disposición reglamentaria que nos ocupan inciden en el derecho de los miembros del sindicato recurrente a la promoción profesional (...).

En este punto, hemos de reiterar cuanto venimos diciendo desde nuestra anterior sentencia de 21 de enero de 2013 (casación 6191/2011). El derecho del que se trata, ciertamente, es de configuración legal, y a ella contribuye la Ley 1/2011 que, como ya sabemos, el Decreto 92/2011 se limita a cumplir en sus términos. Y esta configuración, tratándose no ya del acceso a la función pública sino del desarrollo de la carrera administrativa, permite mayores márgenes a la Administración a la hora de organizar la forma de provisión de los puestos de trabajo. En este sentido, la solución seguida por el legislador andaluz no suscita dudas de constitucionalidad porque se mueve dentro de ese espacio y lo hace, además, ateniéndose, sin variarla, a la situación existente. Es decir, manteniendo en la condición laboral que ya tenía al personal de Talentia y de CIT Andalucía con la única diferencia de que ahora pasa a serlo de la Agencia. Así, quienes eran empleados de unas sociedades de titularidad pública siguen siéndolo ahora de la Agencia Andaluza del Conocimiento, sin que como consecuencia de la integración discutida pasen a formar parte de la función pública ni del personal laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía (...).» [FJ 5 de la STS de 30 de diciembre de 2013 (recurso de casación 3355/2012), a la que se remite la STS de 8 de abril de 2014].

Los argumentos del Tribunal se cifran, resumidamente, en que la integración controvertida es admisible, puesto que tiene por objeto empleados públicos, en la medida en que *las entidades de las que procedían eran de Derecho*

público. La inexactitud de esta última afirmación, que sirve de premisa al razonamiento, ya se señaló en ediciones anteriores de esta crónica. Ahora —sin embargo— se incorpora un motivo más para la casación de la sentencia recurrida. A juicio del TS la disposición administrativa inicialmente combatida deviene inatacable, aunque resulte contraria a la Constitución, porque su contenido es prácticamente reproducción de lo previsto por una ley: por tanto, en todo caso, el tribunal de instancia debería haber planteado, antes de dictar sentencia, cuestión de inconstitucionalidad en relación con dicha ley. Tampoco parece que esta doctrina sea aceptable. Ciertamente, el artículo 35.1 LOTC señala que cuando «*un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley*». En este caso, sin embargo, el fallo no depende de la *validez* de la ley aludida, puesto que lo que en este asunto se dilucidaba era la adecuación o no de la disposición reglamentaria a la Constitución, no su adecuación o no a la citada ley. No se estaba planteando que el reglamento fuera ilegal por vulnerar una ley (que pudiera ser inconstitucional), sino por vulnerar la Constitución (con independencia de que la vulnerara también dicha ley). Por supuesto que los jueces y tribunales pueden anular un reglamento que contradiga la Constitución. No sólo es que pueden, sino que deben hacerlo en cuanto tengan la competencia para ello y las partes lo pidan. Otra cosa equivaldría a poner en entredicho la eficacia normativa directa de la propia Constitución.

2. *Actividad administrativa de fomento desarrollada a favor de las fundaciones*

Por otra parte, en el período considerado las fundaciones han sido objeto de múltiples medidas de fomento por parte de la Administración andaluza en los más diversos sectores.

No se trata de medidas específicamente dirigidas a fundaciones, sino de ayudas en las que las fundaciones tienen la condición de beneficiarias con el mismo alcance que las personas físicas u otro tipo de personas jurídicas. Las normas reguladoras de algunas de estas ayudas exigen, sin embargo, determinados requisitos específicos cuando el solicitante o beneficiario sea una fundación. En concreto, es muy común que estas normas recuerden la obligación de hallarse al corriente del cumplimiento de la obligación de presentar las cuentas al Protectorado de las Fundaciones Andaluzas (art. 36 de la Ley andaluza 10/2005, de fundaciones). Véanse a este respecto, por ejemplo, la Disposición Adicional 6.^a del Decreto-ley 1/2014, de 18 marzo, por el que

se regula el Programa de Impulso a la Construcción Sostenible en Andalucía y se efectúa la convocatoria de incentivos para 2014 y 2015; artículo 3 de la Orden de 6 de junio de 2014, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones del Programa de Apoyo a la Promoción y el Desarrollo de la Economía Social para el Empleo; artículo 13 de la Orden de 14 de julio de 2014, por la que se aprueban las bases reguladoras, en régimen de concurrencia competitiva, para la concesión de los Premios Andalucía de Periodismo, y efectúa la convocatoria para 2014; artículo 3 de la Orden de 15 de julio de 2014, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones a las Comunidades Andaluzas, en régimen de concurrencia competitiva, destinadas a actividades de promoción cultural, de orientación a la población andaluza en el exterior así como para el mantenimiento de dichas entidades; y artículo 4 de la Orden de 28 de octubre de 2014, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de los Premios Andalucía de Comunicación Audiovisual Local y se efectúa su convocatoria para el año 2014.

Recordemos que el protectorado se ejerce en Andalucía «por la Consejería competente en materia de fundaciones» (art. 44 de la Ley andaluza 10/2005, de Fundaciones), y que actualmente es la Consejería de Justicia e Interior (Decreto 214/2015, de 14 de julio), aunque existe una cierta dispersión entre otras Consejerías, dependiendo de los fines estatutarios de la fundación concreta.

II. Asociaciones de utilidad pública: «interés general» no es sinónimo de «gratuidad o ausencia de ánimo de lucro»

Las asociaciones declaradas de utilidad pública tienen una naturaleza jurídica totalmente diferente a las fundaciones. Pero tienen en común con éstas tanto la persecución de fines de interés general como —en atención a dicho elemento teleológico— el ser destinatarias de una importante actividad administrativa de fomento. Por ejemplo, son objeto —junto con las fundaciones— de los numerosos beneficios e incentivos fiscales previstos en la Ley 49/2002, de Mecenazgo. La STS de 30 de enero de 2015 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, recurso de casación 2745/2012), al anular la revocación de la declaración de utilidad pública a una asociación andaluza, clarifica una vez más el alcance del requisito del «interés general» exigido a las actividades de estas asociaciones para obtener dicha declaración.

La «Asociación de Obras Cristianas de Gibraleón», vinculada a una comunidad parroquial de dicha localidad onubense, fue declarada en 1995 por

la Administración del Estado como de «utilidad pública». Sin embargo, tras el oportuno procedimiento administrativo, el Ministerio del Interior acordó el 9 de agosto de 2009 la revocación de dicha declaración, por entender que la citada entidad había dejado de reunir uno de los requisitos necesarios para mantener vigente la declaración de utilidad pública: el que sus fines estatutarios tiendan a promover el interés general [art. 32.1.a) de la Ley Orgánica 1/2002, de Asociaciones]. Para la Administración estatal, el incumplimiento radicaba en la actividad desplegada por la asociación en cuestión, dedicada a la gestión de varias residencias para ancianos y personas con discapacidad. La revocación se apoyaba en que esa actividad constituía una «prestación de servicios sociales en general», una «actividad de índole estrictamente privado y particular», que «se enmarca dentro del principio de “libertad de empresa” y no en la promoción de interés general».

Sin embargo, aunque dichos servicios eran prestados a cambio de una módica cantidad, resultaban insuficientes para el sostenimiento de la actividad, nutrida en gran parte de convenios y conciertos suscritos con la Administración autonómica. Además, los ingresos obtenidos no se destinaban al reparto de ganancias entre los socios, sino que revertían en las mismas actividades asistenciales de la asociación. Por todo ello, el TS anula la revocación y aprovecha para dejar claro, en la estela de pronunciamientos suyos anteriores, que:

«no cabe equiparar interés general con gratuidad o ausencia de ánimo de lucro, habida cuenta de que, como indicábamos anteriormente, no existe una equivalencia entre ánimo de lucro y contraprestación por servicios prestados (...) En consecuencia, no cabe entender que la prestación onerosa de un servicio conduzca necesariamente a conceptuar que la asociación que lo presta carezca de interés general, por cuanto que para ello habrá que tener en cuenta las actividades que realiza para el cumplimiento de su objeto social, si éstas redundan en beneficio de la colectividad, y del destino al que se aplican los ingresos que la entidad pudiera obtener» (FJ 5).

III. Novedades en materia de Cooperación Internacional al Desarrollo

1. *Nuevos Estatutos para la Agencia Andaluza de Cooperación Internacional para el Desarrollo*

En materia de cooperación internacional al desarrollo, una de las novedades más destacables que se han producido es la aprobación de unos nuevos Estatutos para la Agencia Andaluza de Cooperación Internacional para el Desarrollo, mediante Decreto 184/2014, de 30 de diciembre.

El organismo sigue configurándose como agencia pública empresarial (art. 1), lo cual significa que se rige «por el Derecho Administrativo en las cuestiones relacionadas con la formación de la voluntad de sus órganos y en el ejercicio de las potestades administrativas que tiene atribuidas» y, en los demás aspectos, «por el Derecho Administrativo o por el Derecho Privado según su particular gestión empresarial así lo requiera» (art. 3.1).

Tiene atribuidas diversas potestades administrativas, como, por citar las más relevantes, las «derivadas del ejercicio de la potestad subvencionadora» (*sic*), la «inscripción, modificación y cancelación en el Registro de Agentes de la Cooperación Internacional para el Desarrollo en Andalucía», o la «calificación de las Organizaciones No Gubernamentales de Desarrollo para acceder a la realización de programas de generación de procesos de desarrollo, de acción humanitaria, excepto emergencia, de educación para el desarrollo y de formación y/o investigación para el desarrollo» (art. 3.3).

Por lo demás, actualmente la Agencia está adscrita a la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales de la Junta de Andalucía (art. 2.3 del Decreto 209/2015, de 14 de julio, que establece la estructura orgánica de la citada Consejería).

2. *Aprobación del Plan Andaluz de Cooperación para el Desarrollo 2015-2018*

Unos meses más tarde, y después de diversas vicisitudes, en las que han tenido que ver los efectos de la crisis en los presupuestos públicos, se ha aprobado también el Plan Andaluz de Cooperación para el Desarrollo 2015-2018 (el anterior fue el de 2008-2011) mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía de 27 de agosto de 2015 (BOJA n.º 171, de 2 de septiembre de 2015). Precisamente en atención a la inminente aprobación del Plan la Orden de 9 de enero de 2015 de la Consejería de Administración Local y Relaciones Institucionales (BOJA n.º 8, de 14 de enero de 2015) adoptó la arriesgada decisión de suspender la convocatoria anual de subvenciones a ONGD para el ejercicio de 2015².

² El plazo para la presentación de solicitudes para la convocatoria anual comenzaba el 15 de enero. La suspensión se acordó el 9 de enero y se publicó un día antes del inicio del plazo, el 14 de enero. Por muy poco podría haberse entendido que la Administración habría vulnerado la doctrina de los tribunales según la cual una convocatoria de subvenciones constituye un acto favorable o declarativo de derechos y su revocación debe discurrir —en consecuencia— por los cauces de la revisión de oficio. *Vid.* a este respecto STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 12 de junio de 2014 (recurso contencioso-administrativo número 440/2013).

El Plan Andaluz de Cooperación para el Desarrollo tiene una duración cuatrienal y debe contener los objetivos y prioridades que deben regir esta política durante su período de vigencia, así como determinar los recursos financieros indicativos para su ejecución (art. 6 de la Ley andaluza 14/2003, de 22 diciembre, de Cooperación Internacional al Desarrollo). El texto del citado Plan vigente, no publicado en BOJA, puede consultarse en la página web de la Agencia Andaluza de Cooperación Internacional para Desarrollo.

3. *Las ayudas del Parlamento de Andalucía en materia de cooperación internacional del desarrollo*

Finalmente, pese a la existencia y las funciones atribuidas a la Agencia Andaluza de Cooperación Internacional para el Desarrollo, el Parlamento de Andalucía —en una más que dudosa autoatribución de competencias materialmente administrativas— ha seguido otorgando subvenciones destinadas a organizaciones no gubernamentales de desarrollo. Mediante acuerdo de 11 de diciembre de 2013 («BOJA» n.º 233, de 28 de noviembre), la Mesa del Parlamento distribuyó trescientos sesenta y siete mil ochocientos treinta y nueve euros (367.839 €) entre los proyectos de 15 organizaciones no gubernamentales. Con ello resolvió el procedimiento convocado por la misma Mesa en el mes de mayo anterior, y del que dimos cuenta en la última crónica.

Sin embargo, un mes antes de la resolución citada, la Mesa del Parlamento acordó el 13 de noviembre de 2013 («BOJA» n.º 225, de 15 de noviembre), la concesión extraordinaria de ayudas y subvenciones para actividades de cooperación y solidaridad a desarrollar en Filipinas. Las correspondientes solicitudes se tramitaron conforme a las bases reguladoras especiales aprobadas en el mismo acuerdo, y se resolvieron el 18 de diciembre de 2013 («BOJA» n.º 3, de 7 de enero), repartiéndose ciento cincuenta y siete mil seiscientos cuarenta y cinco euros (157.645 €) entre los proyectos de tres organizaciones no gubernamentales de desarrollo.

Ya dentro del año 2014, y con fecha 29 de abril («BOJA» n.º 90, de 13 de mayo), la Mesa del Parlamento volvió a convocar y aprobar las bases reguladoras de subvenciones de cooperación y solidaridad con los países en vías de desarrollo. Las entidades beneficiarias son nuevamente organizaciones no gubernamentales de desarrollo radicadas preferentemente en Andalucía (art. 2). Esta convocatoria ha sido resuelta por Acuerdo de 12 de noviembre de 2014 («BOJA» n.º 233, de 28 de noviembre), mediante el cual se distribuyeron trescientos cincuenta y dos mil ochocientos noventa y cuatro euros (352.894 €) entre doce organizaciones no gubernamentales. Y nuevamente,

en el año 2015, se realizó una nueva convocatoria por Acuerdo de la Mesa de 14 de mayo («BOJA» n.º 100, de 27 de mayo de 2015). Parece, en suma, que se consolida en esta materia una curiosa forma de «administración por el parlamento» a la que se aludía críticamente en la edición anterior de esta crónica³.

³ En efecto, son muchos los problemas e interrogantes que plantean estas anómalas subvenciones del Parlamento andaluz. Por ejemplo, en las bases que regulan las distintas convocatorias se señala invariablemente que los acuerdos de imposición de sanciones en esta materia —competencia atribuida a la Mesa— «ponen fin a la vía administrativa». Evidentemente, se entiende que entonces son recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero está lejos de ser una cuestión clara. El ámbito de dicha jurisdicción, a tenor de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se extiende a determinados actos de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, no a cualesquiera actos, sino sólo a los «actos y disposiciones *en materia de personal, administración y gestión patrimonial* sujetos al Derecho Público».

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 JURISPRUDENCIALES: 1. *La prohibición del ejercicio de actividades económicas por parte de una fundación sobre la base de la Ley de Competencia Desleal*. 2. *La prohibición de encomiendas a las fundaciones públicas en materias procedimentales*.—III. PRÁCTICA ADMINISTRATIVA DE LOS REGISTROS DE FUNDACIONES.

I. Introducción

Un ejercicio más la normativa en materia de subvenciones dictada en Asturias brilla precisamente por su ausencia, no obstante podemos destacar algunas resoluciones judiciales de interés que han sido adoptadas por órganos jurisdiccionales asturianos o se han generado en pleitos que tienen como parte a fundaciones con sede en el Principado e igualmente podemos destacar la actividad de los registros de fundaciones.

En relación a esta última cuestión debemos destacar que tras las últimas elecciones autonómicas la Administración asturiana ha sufrido una reorganización de sus Consejerías (a partir del Decreto 6/2015, de 28 de julio, del Presidente del Principado de Asturias, de reestructuración de las Consejerías que integran la Administración de la Comunidad Autónoma) en la que, sin embargo, se mantienen los tres registros de fundaciones existentes en el Principado aunque se cambie la denominación de las Consejerías de las que dependen.

Así el Decreto 65 /2015, de 13 de agosto, por el que se establece la estructura orgánica básica de la Consejería de Educación y Cultura atribuye en su artículo 2.1.g) a la Secretaría General Técnica de dicha Consejería las funciones de «asesoramiento, estudio y coordinación de las funciones de protectorado de fundaciones que competen a la Consejería en materia de

fundaciones docentes y culturales de interés general del Principado de Asturias, así como la llevanza del correspondiente registro».

En lo que respecta al registro de fundaciones asistenciales el Decreto 66/2015, de 13 de agosto, por el que se establece la estructura orgánica básica de la Consejería de Servicios y Derechos Sociales, tras la modificación operada por el Decreto 190/2015, de 2 de diciembre, de primera modificación del Decreto 66/2015, atribuye, en su artículo 2.2.f) a la Secretaría General Técnica de la Consejería citada las funciones de «asesoramiento, estudio y coordinación de las funciones de protectorado de fundaciones asistenciales de interés general y la llevanza del Registro de Fundaciones».

Por último, el registro de fundaciones laborales se adscribe a la Consejería de Industria y Turismo a través de la Dirección General de Trabajo, en virtud de la previsión contenida en el Decreto 82/2005, de 28 de junio y teniendo en cuenta lo dispuesto en el Decreto 64/2015, de 13 de agosto, por el que se establece la estructura orgánica básica de la Consejería de Empleo, Industria y Turismo.

II. Novedades jurisprudenciales

1. *La prohibición del ejercicio de actividades económicas por parte de una fundación sobre la base de la Ley de Competencia Desleal*

Merece destacarse la sentencia número 57/2015, de 1 de abril, del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Oviedo, recaída en el procedimiento ordinario 267/2014, de la que se extraen los siguientes párrafos:

«Planteados los términos de la cuestión litigiosa en la forma expuesta, y siendo cierto que el art. 4 de la Ley de Competencia Desleal [LCD], además de un cláusula general como señala la rúbrica que lo encabeza, puede entenderse como una norma jurídica en sentido técnico, es decir una norma sustantiva completa de la que se derivan deberes jurídicos precisos, lo que supone que su infracción pueda servir de base para el ejercicio de la acción de competencia desleal como señalan las SSTs de 24-11-2006 y 22-3-2007, no lo es menos que la última citada advierte en su fundamento de derecho tercero que para que el tribunal resuelva la mencionada acción ha de ejercitarse en sentido estricto con dimensión de acción individualizada, ya que “no es una norma que autorice a proceder de oficio al órgano judicial”, con lo que el tema del debate ha de quedar circunscrito al objeto de la controversia a los términos contenidos en la fundamentación jurídica del escrito rector, y en este sentido se ha de decir que, efectivamente, el artículo 15 de la LCD dispone que “1. Se considera

desleal prevalecer en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja ha de ser significativa”».

Considerando la parte actora la existencia de tal vulneración legal de los artículos 3.3.º y 7.11.º de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de Régimen Fiscal de las Entidades sin fines lucrativos y de los Incentivos Fiscales al Mecenazgo y 24.1 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, se ha de decir que de la prueba practicada resulta acreditado que la fundación demandada que, entre otras funciones, tiene como parte de su objeto la prestación de servicios veterinarios, viene publicitando dichos servicios, generalmente de cirugía menor, por medio de pasquines e informaciones en la Web, a precios muy inferiores a los orientadores que el Colegio Oficial de Veterinarios ha publicado en el año 2009.

Resulta igualmente acreditado que la demandada percibe ingresos no solo de dichos servicios y de la venta de productos relacionados con los animales sino también de subvenciones públicas y de donaciones privadas, ya directas mediante el pago en metálico a los responsables de la fundación, bien mediante recaudaciones ambulantes a medio de la colocación de huchas en distintos establecimientos de la región y donaciones directas.

Resulta igualmente acreditado que la parte demandada presta servicios veterinarios si bien no entrega factura en todos y cada uno de los casos, limitándose a entregar un recibo de pago que no posee el carácter de factura ni de factura simplificada, no pudiendo así tenerse debidamente acreditadas cumplidamente las cantidades percibidas en concepto de prestación de servicios veterinarios y en concepto de donaciones toda vez que la demandada tampoco guarda soporte documental alguno de dicha donaciones aun cuando en cuanto a éstas últimas no tenga obligación legal de hacerlo. Así las cosas, puede concluirse que la demandada, a quien incumbía por su facilidad probatoria, no ha acreditado cumplidamente las cantidades reales percibidas en concepto de donaciones privadas ni tampoco las derivadas de la asistencia veterinaria a animales con dueño, limitación que la demandada atribuye al hecho de que, o bien se desconoce la identidad de los donatarios, caso de las huchas, o bien los beneficiarios se niegan a dar sus datos por distintas razones o bien no solicitan le sean entregada o enviada a su domicilio la correspondiente factura correspondiente a los servicios prestados. Igualmente, la demandada no ha acreditado tampoco mediante la aportación de los correspondientes soportes documentales los reales ingresos derivados de la prestación de servicios veterinarios. En éste sentido, la parte actora ha aportado un informe de un detective privado del cual resulta que la demandada no le ha entregado al actor factura de los servicios recibidos sino un mero recibo, no obstante lo cual, la demandada ha aportado a los autos las facturas correspondientes, no pudiendo tenerse

acreditado si la emisión de las facturas se ha producido *ex post* y como consecuencia de la existencia de éste procedimiento. Todo ello, sin perjuicio del alcance probatorio que haya de darse a las cuentas presentadas por la fundación demandada en cada ejercicio.

Pues bien, a la vista de las cuentas de la fundación de los ejercicios 2010 a 2013 que obran unidas a los autos resulta acreditado lo siguiente: en las cuentas del ejercicio 2010, se contabilizan como donaciones 17.693,44 euros, no percibiendo la asociación más ingresos por ningún concepto; en las cuentas del ejercicio 2011, se contabilizan ingresos por ventas de productos y servicios de las actividades propias y mercantiles por importe de 62.151,34 euros, 6.958,08 euros en concepto de subvenciones y 45.074,14 euros en concepto de donaciones y aportaciones privadas; en el ejercicio 2012 se contabilizan 5.219 euros de patrimonio, 162.729,36 euros en concepto de ingresos ordinarios por actividades mercantiles, 30.000 euros en concepto de subvenciones y 97.174,93 euros en concepto de donaciones; y en el ejercicio 2013 se contabilizan 255.897,34 euros en concepto de actividades mercantiles, 30.000 euros en concepto de subvenciones y 182.233,54 euros en concepto de donaciones.

A la vista del resultado de la prueba se ha de decir que, si bien el artículo 24 de la Ley de Fundaciones «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», el artículo 7 de la Ley 49/2002, de Régimen Fiscal de la entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo dispone que «están exentas del Impuesto sobre Sociedades las rentas obtenidas por entidades sin fines lucrativos que procedan de las siguientes explotaciones económicas, siempre y cuando sean desarrolladas en cumplimiento de su objeto o finalidad específica: 11.º Las explotaciones económicas que tengan un carácter meramente auxiliar o complementario de las explotaciones económicas exentas o de las actividades encaminadas a cumplir los fines estatutarios o el objeto de la entidad sin fines lucrativos. No se considerará que las explotaciones económicas tienen un carácter meramente auxiliar o complementario cuando el importe neto de la cifra de negocios del ejercicio correspondiente al conjunto de ellas exceda del 20 por 100 de los ingresos totales de la entidad».

Asimismo, el artículo 3.3 de la misma normal legal dispone que las fundaciones serán consideradas, a efectos de esta Ley, como entidades sin fines lucrativos siempre que «la actividad realizada no consista en el desarrollo de explotaciones económicas ajenas a su objeto o finalidad estatutaria. Se entenderá cumplido este requisito si el importe neto de la cifra de

negocios del ejercicio correspondiente al conjunto de las explotaciones económicas no exentas ajenas a su objeto o finalidad estatutaria no excede del 40 por 100 de los ingresos totales de la entidad, siempre que el desarrollo de estas explotaciones económicas no exentas no vulnere las normas reguladoras de defensa de la competencia en relación con empresas que realicen la misma actividad. A efectos de esta Ley, se considera que las entidades sin fines lucrativos desarrollan una explotación económica cuando realicen la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos, o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios. El arrendamiento del patrimonio inmobiliario de la entidad no constituye, a estos efectos, explotación económica».

Pues bien, en este sentido el contenido de las cuentas presentadas por la demandada permiten afirmar a la perito de la demandante, cuyo informe ha sido aportado a los autos en el acto de la audiencia previa, que la demandada ha incumplido durante los ejercicios 2012 y 2013 el requisito del artículo 3.3 antes citado al exceder la cifra de negocios de las explotaciones económicas no exentas y ajenas al 40% de los ingresos totales de la entidad, con lo que la Fundación demandada habría tributado los ingresos obtenidos por las clínicas veterinarias *Low Cost* al tipo del 10%, pudiendo predicarse tal conclusión del ejercicio 2013 si pudiera constatarse documentalmente las cantidades reales obtenidas por vía de donaciones.

A la vista de cuanto ha quedado expuesto se ha de acudir a los estatutos de la fundación en los cuales se hace constar que el objeto principal de la misma se constituye por «el bienestar animal en general y el de los perros en particular. Para ello luchará por erradicar el abandono animal, denunciar el maltrato en todas sus formas y mejorar la situación de los animales en su ámbito de actuación». Asimismo, se hace constar que, «para el cumplimiento de sus fines la fundación desarrollará con carácter enunciativo y no exhaustivo, la siguientes actividades: a) la recogida, protección y inserción de animales abandonados, con especial atención a los perros; b) la realización de estudios proyectos e iniciativas que permitan la consecución de una normativa jurídica efectiva de protección animal en general y canina en particular que implique a todas las administraciones; c) promover acciones de todo tipo para evitar el maltrato animal, ejerciendo todos los medios legales al alcance de la entidad; d) difundir la importancia de la protección animal en los distintos niveles educativos, así como en la sociedad en general. Para ello podrán organizarse exposiciones, conferencias, coloquios, cursos y seminarios o acudir a los mismos; e) concienciar a la sociedad de las consecuencias del abandono y maltrato de los animales en general y a los perros en particular; f) colaborar con otras organizaciones,

tanto públicas como privadas, cuyo objeto sea la reinserción de los animales abandonados y la mejora de la situación de los animales en general; g) elaboración, producción, edición, publicación y distribución de libros, revistas, publicaciones periódicas, folletos, material audiovisual y material multimedia de carácter educativo, cultural o social vinculados a los fines de la entidad; h) organización, elaboración y desarrollo de programas, talleres y seminarios permanente y temporales de formación y difusión de aquellos aspectos que estén vinculados con la recogida, atención, protección y reinserción de los animales abandonados; i) realización de proyectos de investigación, desarrollo e innovación, por si sola o en colaboración con otras entidades, que puedan redundar en una mejora de las condiciones de vida de los animales; j) la concesión de premios y otras ayudas de cualquier naturaleza, tanto a personas físicas como a jurídicas por su contribución al desarrollo de los objetivos de la entidad; k) el establecimiento de canales de información, cooperación e intercambio con entidades públicas, particulares e instituciones afines de todo el mundo, que posibiliten la colaboración y la realización de proyectos comunes tendentes a favorecer la mejora de las condiciones de vida animal; l) la promoción y realización de actividades terapéuticas con animales; ll) la prestación de servicios veterinarios; m) la gestión de centro de depósitos de animales y refugios; n) la educación y adiestramiento de animales, especialmente perros, participando en concurso, pruebas, exhibiciones y manifestaciones similares o promoviendo su organización; ñ) cuales quiera otras actividades no mencionadas expresamente pero que sea adecuadas para el cumplimiento de los fines fundacionales».

Partiendo de dicho contenido, y pese al hecho de que la prestación de servicios veterinarios se contiene en los últimos epígrafes del artículo 6 dedicado a los fines, de la documental que ha sido aportada con la demanda se desprende que la demandada publicita profusamente, no ya la multitud de fines de la fundación, sino específicamente la prestación de servicios veterinarios sin condicionamiento alguno y dirigido a la población en general, asumiendo así un rol de clínica veterinaria que, a la vista del resultado de las cuentas presentadas por la fundación, se ha constituido en la principal actividad de la fundación desde el punto de vista de sus ingresos.

Así las cosas, y trayendo a colación la normativa antes reseñada, puede concluirse sin género de dudas que la fundación demandada viene realizando una explotación económica ajena a su objeto o finalidad estatutaria que aporta a la fundación unos beneficios que exceden del 40 por 100 de los ingresos totales de la entidad en los ejercicios 2011 y 2012 y posiblemente también en el ejercicio 2013 sin consideramos el hecho antes puesto de manifiesto en relación con la dificultad de comprobación de la

realidad de las cantidades contabilizadas en concepto de donaciones y de prestación de servicios y venta de productos, no obstante lo cual, la fundación ha venido beneficiándose de exenciones tributarias del impuesto de sociedades que le permiten fijar precios inferiores a los de mercado obteniendo así una mejora competitiva pudiendo así acceder a una mayor cuota de mercado e incrementando sus ingresos de forma exponencial en cada ejercicio desde su constitución en perjuicio del resto de profesionales del sector.

Es por ello que, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 de la LCD procede declarar que la prestación indiscriminada de servicios veterinarios llevada a cabo por la demandada constituye un acto de competencia desleal, condenando a la demandada a estar y pasar por tal pronunciamiento y a retirar del mercado y de su página Web cuales quiera folletos y publicidad relativos al ofrecimiento de tales servicios. En cuanto a la petición solicitada por la parte actora relativa al cese de la actividad de prestación de servicios veterinarios limitándola a la que corresponda a los animales abandonados, se ha de decir que de los estatutos de la fundación, pese a la inclusión como fin principal de la búsqueda del bienestar animal, es lo cierto que del contenido de los mismos se desprende que el objeto de la fundación es la protección, asistencia y cuidado de animales abandonados, especialmente perros, con lo que su ámbito de actuación ha de quedar limitado a este objeto sin que pueda ofrecer servicios de carácter veterinario de forma indiscriminada (aunque podrían incluirse otros como los de guardería, peluquería —que realmente también ofrece— y otros similares).

Aunque la cita puede ser tal vez demasiado extensa, resulta a nuestro juicio necesaria para exponer los antecedentes y la doctrina de la sentencia, de gran interés por los problemas que en ella se plantean (y se resuelven con decisión).

Estando reconocido, en general, el valor que para los intereses públicos representa la actividad de las entidades que integran el «tercer sector», entre las que destacan las fundaciones, constituye una preocupación recurrente la de su financiación, en la medida en que su sostenimiento con los réditos generados por el patrimonio fundacional es un ideal rara vez cumplido, y la dependencia excesiva de subvenciones públicas ha llevado al cierre a numerosas fundaciones¹. Precisamente por ello, junto a las fundaciones que cons-

¹ En estas crónicas se subrayó desde el primer número (2009) la particularidad que supone la existencia de fundaciones cuyo patrimonio fundacional es absolutamente insuficiente para costear su actividad, de modo que dependen de forma completa de la obtención de subvenciones para subsistir, lo que plantea si no nos encontramos ante un auténtico abuso de

tituyen entes instrumentales de grupos empresariales que canalizan su «responsabilidad social corporativa» (y que en realidad no llegan a independizarse del grupo matriz fundador, lo que constituye nuevamente una cierta peculiaridad tipológica), por distintas vías se intenta facilitar el ejercicio de actividades económicas por parte de estos entes, como una forma de asegurar su subsistencia. Partiendo de la idea de que su actuación supone un ahorro para las Administraciones Públicas, al encargarse de tareas de carácter social que en otro caso tendrían que asumir ellas mismas de forma muchas veces más costosa (no olvidemos que el recurso al voluntariado, por ejemplo, reduce los costes de estas entidades y mejora su eficacia), se favorece su acceso al mercado, incluso en el ámbito de la contratación pública, donde tienen cabida a través de técnicas como las cláusulas sociales, las condiciones de ejecución y los talleres protegidos.

Por otro lado, también sintoniza la actividad económica de estas entidades con tendencias económicas actuales, surgidas a raíz de la crisis y la devaluación interna, como la economía colaborativa y la economía del «coste marginal cero». Dicho en otros términos, se trata de facilitar la utilización y la obtención de rentabilidad a partir de muchos recursos que hasta ahora estaban ociosos como consecuencia de costes y barreras (con frecuencia jurídicos) que hacían más rentable no utilizarlos. La tecnología levanta muchas de estas barreras, y de ahí surge una presión importante en favor de la supresión de las demás, incluidas las jurídicas. El fenómeno suscita muchas reflexiones y ofrece aspectos positivos y negativos, pero no cabe duda de que dentro del mismo se incluye la posibilidad de poner en el mercado (normalmente en un segmento que no entra, en realidad, en competencia con muchos de los operadores económicos tradicionales) las capacidades de las entidades del tercer sector.

La sentencia que se comenta penetra hasta el corazón de esta técnica, prohibiendo, directamente, el ejercicio por parte de una fundación de defensa de los animales de la actividad económica de prestación de servicios veterinarios a propietarios de mascotas, debiendo limitar en adelante esa actividad a la atención estricta de los animales abandonados, que obviamente no suelen pagar por la atención recibida.

la forma fundacional. Precisamente la crisis económica está llevando a la desaparición a algunas de estas fundaciones, que en algunos casos se encontraban plenamente asentadas como operadores del mercado de la formación permanente. Así lo ha reflejado recientemente la prensa (<http://www.lne.es/asturias/2016/05/31/fundaciones-construccion-metal-cursos-borde/1934922.html>).

El fundamento de la prohibición es el disfrute por esta fundación de un régimen fiscal más favorable que el aplicado a las entidades sin ánimo de lucro. No es que la entidad lo aplicara indebidamente, porque las rentas obtenidas en el ejercicio de esta actividad económica no eran tratadas como rentas exentas, sino que tributaban al 10%, pero la ventaja que este régimen tributario supone respecto al aplicable a los beneficios de las sociedades mercantiles lleva a la sentencia a prohibir la realización de estas actividades.

Son muchas las reflexiones que suscita esta decisión. En primer lugar, es llamativo el juego sectorial del principio de igualdad, que en casos como éste supera ciertamente la aplicación que del mismo ha dado el Tribunal Constitucional al interpretar el artículo 14 de la Constitución. Así, mientras que en el plano interno es poco frecuente utilizar el artículo 14 para exigir a las autoridades contratantes que apliquen procedimientos de licitación allí donde no los impone la legislación de contratos públicos (aunque ha habido algún caso en relación con el reparto de publicidad institucional y la exclusión de medios de comunicación), en el ámbito comunitario sí se ha desarrollado un conjunto de exigencias para los contratos no sometidos a las Directivas de contratación, sobre la simple base de las libertades comunitarias, que en este caso suponen una consagración indirecta o aplicada del principio de igualdad. No es distinto lo que ocurre en el presente caso, en el que la aplicación de un régimen tributario específico para esta clase de entes, que difícilmente hubiera suscitado objeciones en el tablero jurídico-constitucional (no olvidemos la existencia de evidentes notas que justifican el otorgamiento de un trato diferenciado a las entidades sin ánimo de lucro frente a las demás), recibe un significativo recorte en una jurisdicción privada y además mercantil, que también administra (como el TJUE) una versión reducida o aplicada del principio de igualdad (justamente la que es propia de la competencia desleal, una de cuyas formas es la competencia con ventaja o desigual).

Como siempre ocurre con la aplicación de estas cláusulas horizontales —como la competencia desleal, la defensa de la competencia o la unidad del mercado—, que en principio no distinguen entre operadores públicos y privados y que suelen tener una cláusula de salvaguardia que deja fuera los supuestos amparados en una Ley (art. 4 de la Ley de Defensa de la Competencia), se plantea el problema de si los supuestos aparentemente contrarios a la vigencia de dichas cláusulas no constituyen en realidad excepciones legalmente reconocidas y asumidas por el legislador. En este sentido, la admisión por la Ley de Fundaciones del ejercicio por éstas de actividades económicas, y la previsión, igualmente por Ley, de un régimen tributario que ya tiene en cuenta esas actividades económicas (cuyos resultados no se consideran, como

otras rentas de las fundaciones, rentas exentas, sino que son sometidos a una tributación del 10%), no deja de suponer un cierto reconocimiento legal de esta «desigualdad», que se une a tantas otras cuya supresión radical daría al traste con muchas cosas, incluida la actividad económica de estos entes. No hay que olvidar las inevitables desigualdades tributarias y de otro tipo que se producen en un Estado como el español, que no sólo es territorialmente «compuesto», sino que integra a comunidades de régimen foral.

La pretensión de eliminar, en nombre de la competencia, la actividad económica de las fundaciones, supone en realidad el levantamiento de una barrera a la entrada de nuevos competidores, en beneficio, en último término, de los ya establecidos (los llamados «incumbentes») y en particular de los de mayor tamaño, que tienen más facilidad para asumir los costes fijos de la subsistencia de una empresa propiamente dicha. No puede afirmarse que el ocio forzado de las capacidades de estos entes del tercer sector suponga un avance desde el punto de vista de la competencia.

En todo caso, esta discreta sentencia de un juzgado ovetense nos muestra una interesante batalla de un conflicto que se plantea en múltiples sectores de la economía actual.

2. La prohibición de encomiendas a las fundaciones públicas en materias procedimentales

La Sentencia de 1 de julio de 2015 del Tribunal Supremo en el recurso de casación 3012/2013 anula la Sentencia de 15 de julio de 2013 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias estimando el recurso interpuesto contra la Resolución de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda del Principado de Asturias, de 3 de junio de 2010 por la que se encomendaba a la Fundación asturiana de Atención y Protección a personas con discapacidades y/o Dependencias (FASAD) el análisis y valoración de la documentación presentada por los centros de servicios sociales para su acreditación, así como la emisión de informes sobre el cumplimiento de aquellos requisitos de acreditación de índole documental a que se refiere la resolución de 22 de junio de 2009 por la que se desarrollan los criterios y condiciones para la acreditación de centros de atención de servicios sociales en el ámbito territorial del Principado de Asturias.

La Sentencia aborda la problemática de la naturaleza jurídica y límites de las encomiendas de gestión y llega a la conclusión de que el encargo realizado por la Administración del Principado de Asturias en la fundación de ella dependiente no constituye una encomienda de gestión en un medio

propio en el sentido de la legislación de contratos del sector público, esto es un contrato *in house*, sino una encomienda de gestión regulada por el artículo 15 de la Ley 30/1992 (hoy art. 11 de la Ley 40/2015).

La clave para esta clasificación del acto enjuiciado reside, para el Tribunal Supremo, en que lo encomendado es un trámite dentro de un procedimiento administrativo y así lo habría, además, reconocido la Administración demandada ya que en el texto de la encomienda se aludía al precepto de la normativa procedimental asturiana que regulan la encomienda de gestión, esto es al artículo 18 de la Ley del Principado de Asturias 2/1995, de 13 de marzo, sobre Régimen Jurídico de la Administración del Principado de Asturias.

En estas condiciones, el Tribunal Supremo, rechaza que se pueda clasificar el encargo como una contratación doméstica y lo considera una encomienda sometida al artículo 15 de la Ley 30/1992 que, además, incumple los límites marcado por esta norma básica, ya que la Fundación asturiana de Atención y Protección a personas con discapacidades y/o Dependencias no es un ente de derecho público y, precisamente el apartado 5 de dicho artículo excluye de su ámbito las encomiendas de gestión que recaigan «*sobre personas físicas o jurídicas sujetas a derecho privado*», en cuyo caso les será aplicable, en lo que proceda, la legislación de contratos del Estado y se añade que no pueden «*encomendarse a personas o Entidades de esta naturaleza actividades que, según la legislación vigente, hayan de realizarse con sujeción al derecho administrativo*».

En definitiva el Tribunal Supremo concluye que por su naturaleza la actividad encomendada es un trámite administrativo y, precisamente por ello, de naturaleza jurídico-pública y por lo tanto nunca encomendable a un ente privado por más que el mismo sea medio propio y se integre en el sector público de la Comunidad Autónoma.

III. Práctica administrativa de los registros de fundaciones

Desde el 1 de enero de 2015 al 31 de diciembre del mismo año la práctica de los registros de fundaciones del Principado de Asturias se ha concentrado, dejando a un lado las numerosas autorizaciones de cambios en los estatutos de fundaciones, esencialmente en nuevas inscripciones.

En el Registro de Fundaciones Docentes y Culturales de Interés General del Principado de Asturias podemos señalar las altas decretadas por las siguientes Resoluciones:

—Resolución de 23 de abril de 2015, de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte, por la que se acuerda la inscripción de la «Fundación Vital» en el Registro de Fundaciones Docentes y Culturales de Interés General del Principado de Asturias, clasificándola como cultural.

—Resolución de 12 de agosto de 2015, de la Consejería de Educación y Cultura, por la que se acuerda la inscripción de la «Fundación TAC (Fundación de las Tecnologías del Aprendizaje y Conocimiento)» en el Registro de Fundaciones Docentes y Culturales de Interés General del Principado de Asturias, clasificándola como docente.

—Resolución de 12 de agosto de 2015, de la Consejería de Educación y Cultura, por la que se acuerda la inscripción de la «Fundación Doctor Armando» en el Registro de Fundaciones Docentes y Culturales de Interés General del Principado de Asturias, clasificándola como docente.

—Resolución de 14 de diciembre de 2015, de la Consejería de Educación y Cultura, por la que se acuerda la inscripción de la «Fundación Docente Gineco-Obstétrica de Gijón» en el Registro de Fundaciones Docentes y Culturales de Interés General del Principado de Asturias, clasificándola como docente.

En el Registro de Fundaciones Asistenciales de Interés General del Principado de Asturias se constata una inscripción, la realizada por la Resolución de 27 de noviembre de 2015, de la Consejería de Servicios y Derechos Sociales, que declara la «Fundación por la acción social Mar de Niebla» de interés general, clasificándola como asistencial.

La fundación pública local en la nueva Ley de Municipios de Canarias. Algunos aciertos y demasiadas lagunas

Luis F. Prieto González

Doctor en Derecho

Secretario General del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife

Profesor Asociado de Derecho Administrativo de la Universidad de La Laguna

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS FUNDACIONES PÚBLICAS COMO INTEGRANTES DEL SECTOR PÚBLICO.—III. SU NATURALEZA JURÍDICA: 1. *Las fundaciones públicas*. 2. *Fundaciones públicas, fundaciones privadas*.—IV. SU CAPACIDAD E IDONEIDAD COMO MODO GESTOR.—V. CREACIÓN, MODIFICACIÓN, EXTINCIÓN: 1. *Separación de las fases administrativa y fundacional*. 2. *La exigencia de una especial motivación*.—VI. LA VINCULACIÓN PERMANENTE DE PATRIMONIOS PÚBLICOS.—VII. ESPECIALIDADES DE SU RÉGIMEN JURÍDICO: 1. *La posición de los patronos designados por la corporación*. 2. *La pérdida del control sobre la fundación: la tutela del Protectorado*. 3. *Régimen de sus actos y acuerdos*. 4. *Actuaciones sujetas al derecho público*.—VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN.—BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: En el trabajo se analiza la regulación que hace de las fundaciones públicas locales la nueva Ley de Municipios de Canarias, poniendo de manifiesto el intento de la misma de disciplinar alguno de los problemas que plantean estas controvertidas entidades para el derecho público, como la posibilidad de constituir las, su régimen jurídico, el papel de la entidad local en su gestión, o el control del protectorado, lo que no impide que sigan quedando en el aire otras cuestiones como su capacidad para la gestión de servicios o el control sobre sus actos, sobre el cumplimiento de sus fines o sobre la gestión de su patrimonio.

PALABRAS CLAVE: Fundaciones públicas. Régimen Local. Canarias. Ayuntamientos.

ABSTRACT: The following text analyses the regulation of the public local foundations in the context of the new Law of Municipalities of the Canary Islands, revealing the attempts to discipline some of the issues arising from these controversial public entities like the possibility of being constituted, their legal regime, the role of the local entity in their management, or the degree of control over the protectorate, all of which don't solve other questions like their capacity to manage services, the control over their acts, the compliance with their aims or their asset management.

KEY WORDS: Public foundations. Local regime. Canary Islands. City Councils.

I. Introducción

Seguramente una de las novedades más sobresalientes de la reciente Ley 7/2015, de 1 de abril, de los municipios de Canarias (BOE 101, de 18 de abril), y que ha pasado hasta cierto punto desapercibida, sea el reconocimiento, dentro del sector público local, de las denominadas fundaciones públicas municipales, para las que establece una mínima regulación en el Capítulo VI, de su Título IV, dedicado a todas aquellas entidades distintas del municipio, entre las que incluye, por cierto, las asociaciones de municipios como Mancomunidades (arts. 62 y ss.) y Áreas Metropolitanas (arts. 65 y ss.)¹.

Esta sorprendente aparición en la ley canaria de las fundaciones públicas municipales —está por ver aún que papel van a desempeñar en el singular régimen local del archipiélago—², abre sin duda interesantes posibilidades organizativas, pero deja en el aire algunas incógnitas jurídicas sobre las que vale la pena al menos una somera reflexión.

La utilización por las entidades locales de la forma fundacional, en cuanto afectación de un patrimonio a la realización de determinadas finalidades públicas no es ninguna novedad. Suele citarse el caso de los pósitos como uno de los antecedentes más remotos y más duraderos³, aunque no

¹ Por dejar constancia de la sistemática de la Ley, el artículo 2 de la misma extiende su ámbito de aplicación a los municipios, las áreas metropolitanas, las mancomunidades de municipios, la entidad de gestión desconcentrada de la isla de la Graciosa (a la que dedica únicamente la DA segunda), los organismos autónomos y entidades públicas empresariales constituidos para la prestación de servicios por cualquiera de las entidades anteriores, los consorcios en que se integre alguna de las entidades municipales canarias, las empresas constituidas por entidades públicas municipales con capital mayoritariamente público, y las fundaciones públicas municipales.

² En el que además de municipios y provincias, éstas últimas virtualmente inexistentes, apenas reducidas a la administración del sistema portuario y muy poco más, existen entidades locales propias de su estructura territorial como las Islas (art. 3.1.c de la Ley 7/1985) y otras como las mancomunidades provinciales interinsulares, subsistentes por mor del artículo 41.2 de la LRBRL, si bien privadas de competencias, medios y recursos, que son traspasados en bloque a las Instituciones de la Comunidad Autónoma (DT Séptima del EAC).

³ Los primeros pósitos fueron creados en la segunda mitad del siglo xv, la mayoría por benefactores privados. Ya en 1558, Felipe II declaró inembargables sus fondos, aprobando luego las «Reglas para la conservación, aumento y distribución de los pósitos de los pueblos» mediante Real pragmática de 15 de mayo de 1584. Tras numerosas vicisitudes, generalmente vinculadas a las distintas crisis agrarias de los siglos xviii y xix, el último reglamento de los mismos fue aprobado por Decreto de 14 de enero de 1955. Suprimidos por la Ley de Presupuestos para 1985 (art. 85), la disposición adicional decimotercera de la Ley 49/1998, de 30 de diciembre, autoriza al Ministerio de Agricultura para regularizar la situación de los Pósitos y devolver el capital paralizado de los mismos a los Ayuntamientos que lo soliciten.

el único⁴, lo que ha llevado a la doctrina a catalogar a las fundaciones, no sin cierta ligereza, como un modo de gestión de los servicios públicos⁵, obviando de algún modo el debate sobre su verdadera naturaleza jurídica.

Y dando por supuesta la capacidad de creación o de participación de los municipios en este tipo de entidades (nada digamos de la idoneidad de las mismas para el ejercicio de competencias municipales), tampoco queda clara la posibilidad de afectación permanente de bienes a una finalidad concreta y determinada, bien que sea de interés público y en cierto modo coincidente con las finalidades propias de la Administración municipal, ni de los mecanismos de control de dicho patrimonio y de la actividad económico financiera que realiza, ni la esencia y especialidades de su régimen jurídico y organizativo.

II. Las fundaciones públicas como integrantes del sector público

La primera sorpresa que nos brinda la regulación de las fundaciones públicas en la Ley 7/2015, es precisamente ésa, la inclusión de las mismas dentro de lo que la propia Ley denomina el «sector público municipal de Canarias» (art. 2.2). Sin embargo, la novedad es sólo aparente.

La referencia inicial a las fundaciones públicas locales la encontramos en los artículos 67 y 85 y ss. del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955. Bien cierto es que identificadas allí, como luego explicaremos, con el concepto genérico de «establecimiento público», bajo el paraguas legal que le proporcionaba, en aquel momento, el artículo 121 del texto articulado de la Ley de Régimen Local de 1955 para la «creación, modificación o disolución de Mancomunidades, Instituciones o Establecimientos municipales»⁶, y que poco o nada tenían que ver con las fundaciones de derecho privado, reconocidas en el artículo 35 del Código Civil, ni con el concepto de fundación pública que pretende diseñar la Ley de municipios de Canarias.

⁴ Un ejemplo notable lo constituyen las Cajas de Ahorros, tradicionalmente vinculadas a los Montes de Piedad, surgidos en Italia en el siglo xv para luchar contra los préstamos usurarios; aparecen reguladas por primera vez en nuestro país por la Real Orden de 3 de abril de 1835.

⁵ Así, SOSA WAGNER, E., *La gestión de los servicios públicos locales*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 97 y ss., y en su *Manual de Derecho Local*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 235; igualmente, RIVERO YSERN, J. L., *Manual de Derecho Local*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 457 y ss.; BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A., *Manual de Administración Local*, Comares, Granada, 1998, pp. 496 y ss., etc.

⁶ Como una de las competencias del Pleno, y como ya lo hicieran el Estatuto Municipal de 8 de marzo de 1924 (art. 153.10) y la Ley Municipal de 31 de octubre de 1935 (art. 105.10).

Tras el reconocimiento constitucional (art. 34) del derecho de fundación con arreglo a la ley⁷, el primer desarrollo legal del mismo se produce por la Ley 30/1994, de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general⁸, que extiende este derecho a las personas jurídico-públicas, criterio que se ha venido manteniendo en la legislación posterior, tanto estatal, en particular en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, y en su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, como autonómica⁹.

Por lo que se refiere a la legislación local, la primera norma que reconoce a las entidades locales la posibilidad de constituir fundaciones o de participar en su creación con otras entidades públicas o privadas y particulares para la realización de fines de su competencia y de acuerdo con la legislación general en materia de fundaciones, será la Ley 7/1999, de la Administración Local de Aragón, cuyo artículo 217 establece que los acuerdos correspondientes deberán adoptarse «con el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación y cumplir los requisitos legales establecidos para la disposición de sus bienes». En idénticos términos reproducen dicha habilitación la Ley 1/2003, de 3 de marzo, de la Administración Local de La Rioja (art. 218) y la Ley 20/2006, de 15 de diciembre, Municipal y de Régimen Local de las Islas Baleares (art. 172)¹⁰.

⁷ Sobre el alcance del derecho constitucional de fundación, además de las certeras observaciones de ARIÑO ORTIZ, G: *Principios de Derecho público económico*, Comares, Granada, 2004, pp. 180 y ss., *vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «Constitución, Fundaciones y Sociedad civil», en *Revista de Administración Pública*, n.º 122, mayo-agosto de 1990, pp. 235-256 y PIÑAR MAÑAS, J. L.: «El derecho de fundación como derecho constitucional», en *Derecho Privado y Constitución*, n.º 9, mayo-agosto de 1996, pp. 147-183.

⁸ Si bien unos años antes ya se habían promulgado las leyes 1/1982, de 3 de marzo, de fundaciones privadas de Cataluña; 7/1983, de 22 de junio, de régimen de las fundaciones de interés gallego; y 1/1990, de 29 de enero, de fundaciones canarias. Y unos meses antes la Ley 12/1994, de Fundaciones del País Vasco (BOPV de 15 de julio), que por cierto, verá demorada su publicación en el BOE hasta el 4 de febrero de 2012.

⁹ Así, las leyes 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid; Ley 2/1998, de 6 de abril, de Fundaciones Canarias; Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de Fundaciones de la Comunidad Valenciana; Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones de Cataluña (posteriormente sustituida por Ley 4/2008, de 24 de abril, del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las Personas Jurídicas); Ley 13/2002, de 15 de julio, de Fundaciones de Castilla y León; Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía; Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de Fundaciones de interés gallego y Ley 1/2007, de 12 de febrero, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

¹⁰ Bien cierto es que, con anterioridad, el Reglamento de Obras, Actividades y Servicios de los Entes Locales, aprobado por Decreto 179/1995, de 13 de junio, de la Generalitat de Catalunya, permitía a las entidades locales catalanas crear organismos autónomos, que también

Pero será la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, la que establece una regulación más completa de las fundaciones públicas locales, a las que dedica los artículos 40, 41 y 42 de la misma y de donde proceden directa y casi literalmente, por cierto, los artículos 83, 84 y 85 de nuestra Ley 7/2015, con los únicos añadidos significativos, en la Ley de Municipios de Canarias, de la obligación de rendir cuentas al órgano de control externo que proceda (art. 85.3), la remisión a la legislación básica en materia de acceso al empleo público para la selección y contratación de personal (art. 85.4), y la presencia mayoritaria o suficiente de la corporación municipal en el patronato, como órgano de gobierno y representación de la fundación, para garantizar el cumplimiento de sus fines y el control e integridad del patrimonio fundacional (art. 86), aspectos todos ellos a los que he de referirme en el momento oportuno¹¹.

Sin embargo, y a pesar de ser la regulación más detallada de las fundaciones públicas que podemos encontrar entre la legislación de régimen local, la Ley 7/2015 no alcanza a resolver las numerosas dudas que ensombrecen su régimen jurídico, someramente apuntadas en la introducción y a las que voy a referirme con mayor detalle.

III. Su naturaleza jurídica

1. *Las fundaciones públicas*

Así, la primera incógnita que nos plantea al respecto la Ley 7/2015, pese al epígrafe que ostenta su artículo 83, es el de su Naturaleza jurídica. Nada nos aclara en este punto más allá de su carácter público y su ámbito municipal, limitándose a afirmar que tendrán las consideración de fundaciones públicas municipales aquellas en que concurra alguna de las siguientes circunstancias: «a) Que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, del municipio, o en las que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un cincuenta por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por el municipio; b) Aquellas en

podrían constituirse «...adquiriendo bienes de particulares adscritos a una determinada finalidad por compra, donación o disposición fundacional, en este caso de acuerdo con la voluntad del fundador» (art. 199.2).

¹¹ Un esquema más novedoso en la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi, que sin regularlas específicamente, establece el carácter de directivos de los puestos de máxima responsabilidad de las fundaciones del sector público local (arts. 36.5 y 39.2), la aplicación a las mismas de las normas sobre transparencia (art. 49.1) y de endeudamiento, presupuestario y de contabilidad del sector público autonómico (art. 115.3).

las que el municipio tenga una representación mayoritaria. Se entenderá que existe ésta cuando más de la mitad de los miembros de los órganos de administración, dirección o vigilancia de la fundación sean nombrados por la entidad fundacional».

Antes bien, incluidas como hemos visto en el catálogo de entidades de la más variada naturaleza que constituyen el ámbito de aplicación subjetivo de la Ley (art. 2), junto a los propios municipios (apartado a), entidades asociativas de carácter territorial (como mancomunidades y áreas metropolitanas, apartados b y c), organismos públicos (apartado e), los consorcios (apartado f) y las sociedades mercantiles (apartado g), como integrantes todas ellas del denominado «sector público municipal de Canarias»¹² nada nos dice sobre si son o no Administraciones públicas (como sería el caso de los organismos autónomos o las entidades públicas empresariales); si no lo son pero pertenecen a las administraciones públicas (como las empresas de capital público), o si son un *tertius genus* difícil de catalogar¹³. La cuestión no es baladí. La naturaleza jurídica de una institución permitirá la aplicación expansiva del ordenamiento, con cierta coherencia, ante las eventuales lagunas en su régimen jurídico. Sólo habiendo determinado previamente lo que es y lo que no es una fundación pública municipal, podremos establecer con claridad su régimen jurídico y las consecuencias que se desprenden del mismo¹⁴.

Por lo que sabemos, las fundaciones públicas locales forman parte de la denominada administración institucional, cuya característica común, siguiendo a JIMÉNEZ DE CISNEROS, es la de «poseer personalidad jurídica distinta de la del Estado y de las Corporaciones Locales o tener un carácter *institucional* frente a las personas jurídico-públicas de carácter *territorial*»¹⁵, y

¹² La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, no incluye directamente las fundaciones públicas en su ámbito de aplicación (art. 2), refiriéndose a ellas como «entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas que quedarán sujetas a lo dispuesto en las normas de esta Ley que específicamente se refieran a las mismas»; sí las incluye sin embargo en el sector público institucional estatal (art. 84.1.e) regulándolas en los artículos 128 y ss.; *vid.*, sobre el particular, BOTO ÁLVAREZ, A.: «La noción del sector público institucional», en *DA Documentación Administrativa*, n.º 2, enero-diciembre de 2015.

¹³ *Vid.*, al respecto, las interesantes observaciones de ALI TURRILLAS, J. C., *Fundaciones y Derecho Administrativo*, Pons, Madrid, 2010, pp. 409 y ss., para quien las fundaciones públicas serían finalmente una *contradictio in terminis*.

¹⁴ Por ejemplo en materia de responsabilidad, pues existe una gran diferencia entre la aplicación del régimen civil de responsabilidad extracontractual, que gira sobre los conceptos subjetivos de culpa o negligencia, y el régimen administrativo de responsabilidad patrimonial, que se apoya en el concepto objetivo de daño o lesión antijurídica.

¹⁵ JIMÉNEZ DE CISNEROS, F., *Los Organismos autónomos en el Derecho Público español: tipología y régimen jurídico*, INAP, Madrid, 1987, pp. 62 y 63.

entre las que se ha venido diferenciado las corporaciones, de base asociativa (*universitas personarum*), de las fundaciones, de base fundacional (*universitas rerum*)¹⁶.

Precisamente será el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955 el primer texto normativo que se refiere a la «Fundación pública del servicio» como una modalidad de gestión directa de los servicios de competencia local (arts. 67 y 85 y ss.), si bien, como nos recuerda ALBI, no tanto en el sentido que damos a las fundaciones privadas, como patrimonio afectado a una finalidad de interés general, sino como reflejo de la idea francesa del establecimiento público o¹⁷, en definitiva, siguiendo a GARRIDO FALLA, como articulación del concepto de descentralización funcional, que se produce al confiar el ejercicio de determinadas actividades a verdaderas personas jurídicas que no tienen una base asociativa, sino que tienen su origen en un verdadero acto fundacional¹⁸.

De hecho, el artículo 85 del citado RS, hace pivotar el concepto de fundación pública sobre el de «personalidad jurídica» más que sobre el de «patrimonio», como sería lógico pensar desde una perspectiva iusprivatista, utilizando dicha designación, como ha señalado GARCÍA DE ENTERRÍA, «en sentido omnicomprendivo de todos los entes institucionales»¹⁹.

En este sentido, una de las novedades de la Ley 7/2015, con respecto al viejo Reglamento de Servicios, estriba en la distinción tajante entre organismos públicos (arts. 70 y ss.) y fundaciones públicas (arts. 83 y ss.) en la que sobre el asiento común de la personalidad jurídica se intuye la clásica distinción entre entidades de base corporativa y entidades de base fundacional. En realidad sin embargo, para el derecho público la diferencia entre ambos tipos de entidades dista mucho de ser tan clara. Ambas —y nos referimos aquí a los organismos públicos en contraposición a las fundaciones públicas— comparten casi todos sus elementos estructurales, a saber, la personalidad jurídica, los fines propios y permanentes y el patrimonio separado. ¿Cuáles son entonces las diferencias entre ambas entidades si es que es posible diferenciarlas?

¹⁶ JIMÉNEZ DE CISNEROS, F., *Los Organismos...* op. cit., p. 63, En el mismo sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, Civitas, Madrid, 2002, pp. 382 y ss, y GARRIDO FALLA, F.: *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, Tecnos, Madrid, 2005, pp. 395 y ss., entre otros.

¹⁷ ALBI, F.: *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, Aguilar, Madrid, 1960, pp. 329 y ss.

¹⁸ GARRIDO FALLA, F.: *Administración indirecta del Estado y descentralización funcional*, IEAL, Madrid, 1950, pp. 124 y ss.

¹⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso...*, op. cit., p. 387.

Según nos recuerda GARCÍA DE ENTERRÍA, para GIERKE, la distinción básica sería la de Corporaciones e Instituciones, y entre estas últimas cabría distinguir las de Derecho público (Instituciones públicas) de las de Derecho privado (Fundaciones). Así, la Corporación es un conjunto de personas que adoptan la condición formal de miembros y titulares de los intereses gestionados; por el contrario, las Instituciones carecen de miembros, aunque eventualmente puede haber interesados en cuanto destinatarios o beneficiarios de la actividad que éstas realizan²⁰, de tal forma que la línea divisoria entre organismos autónomos, entidades públicas empresariales y fundaciones públicas, es mucho más tenue de lo que parece²¹. En todas ellas nos encontramos con un patrimonio amparado en el artificio de la personalidad jurídica y destinado a una finalidad de carácter público, y que se regirán, como señalaba el RS, «...por Estatuto propio, el cual habrá de ser aprobado por la Corporación Local, pero respetando en las Fundaciones la voluntad del fundador» (art. 86.2)²².

PIÑAR MAÑAS, por su parte, destaca la imposibilidad de aislar un concepto unívoco de fundación pública si tenemos en cuenta la multiplicidad de entes con la misma denominación, desde las fundaciones públicas creadas por entes públicos y con una regulación específica, a las fundaciones del Patrimonio Nacional previstas en la Ley 23/1982, de 16 de julio, u otras, en principio privadas, pero «interferidas» por normas públicas, pero después de haber dejado claro en cualquier caso que todas ellas «forman parte de las entidades institucionales de la Administración. Son Administración institucional»²³.

²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso...*, op. cit., pp. 382 y ss. Asimismo, GARRIDO FALLA, F.: *Tratado...*, op. cit., p. 398 y GARCÍA-TREVIANO FOS, J. A.: *Principios jurídicos de la organización administrativa*, Madrid, 1957, pp. 284 y ss. ARIÑO, por su parte, distingue entre Instituciones y Corporaciones, negando a estas últimas el carácter de Administración pública, por lo que no forman parte de la Administración Institucional. ARIÑO ORTIZ, G., «Corporaciones Profesionales y Administración Pública», en *Revista de Administración Pública*, n.º 72, Madrid, 1973, pp. 27-72, en particular, p. 46 y ss.

²¹ Así, la STS de 27 de enero de 2003, refiriéndose a las fundaciones públicas sanitarias, declara que constituyen, ciertamente, «...una adaptación al ámbito de la sanidad de la categoría de Organismos públicos —integrada por las entidades públicas empresariales y los organismos autónomos— prevista en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y funcionamiento de la Administración General del Estado.

²² Lo que parece remitir a los supuestos de adquisición por la entidad local de un conjunto de bienes afectados a una finalidad concreta.

²³ PIÑAR MAÑAS, J. L., «Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 97, Madrid, 1998, p. 39; en la misma idea abundan, entre otros, MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho público general*, T. III, Iustel, Madrid, 2009, p. 791; y GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso...*, op. cit., pp. 382 y ss., en particular, 384.

Siendo esto así, la diferencia más notable, a mi juicio, es que mientras en los organismos públicos el elemento primordial es la organización, en definitiva, no son más que un órgano especializado de la Administración al que se dota de personalidad jurídica y patrimonio para la gestión de servicios o la realización de actividades prestacionales, convirtiéndose de este modo en un instrumento de actuación de la Administración fundadora²⁴, en las fundaciones, el elemento patrimonial es determinante, pues es el patrimonio y no la organización, lo que se pone al servicio de los fines de la misma²⁵.

2. *Fundaciones públicas, fundaciones privadas*

Pero a pesar de compartir un nombre común y la esencia más íntima de su naturaleza (afectación de un patrimonio a una finalidad determinada de interés público), entre las fundaciones públicas y las privadas son más las diferencias que las semejanzas.

En primer lugar, y por lo que respecta a los fines, aunque pudiera parecer que los «fines de interés general» a que se refiere el artículo 34 de la Constitución tienen mucho que ver con «los intereses generales» que el artículo 103 establece como finalidad principal de las Administraciones públicas, existen entre ambos diferencias importantes que conviene poner de relieve.

Resulta innegable el hecho de que en las fundaciones privadas confluyen la voluntad altruista del fundador, canalizada por la ley, con una decidida acción de fomento de la Administración. No en vano, la Ley 50/2002 no podría entenderse sin la inmediatamente anterior, la 49/2002, de 23 de diciembre, de Régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo²⁶. En este sentido, podrá constituir el objeto de una fundación privada cualquier finalidad de utilidad pública o de interés social, como pueden ser, entre otros, «...la defensa de los derechos humanos, de las víctimas del terrorismo y actos violentos, asistencia social e inclusión social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, labora-

²⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso...*, *op. cit.*, pp. 399-400.

²⁵ Como acertadamente señala el Prof. ARIÑO, ambos elementos, personalidad jurídica y patrimonio separado, y particularmente este último, constituyen en cualquier caso la esencia de los entes institucionales, por cuanto que sin ellas, la imputación de la responsabilidad por la actuación administrativa recae en el ente matriz y no en aquéllos, con lo que estaríamos ante un «simple fenómeno de representación». ARIÑO ORTIZ, G., *La Administración institucional. Bases de su régimen jurídico*, IEA, Madrid, 1972, p. 95.

²⁶ De hecho, la primera norma estatal sobre fundaciones tras la Constitución de 1978, fue la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general.

les, de fortalecimiento institucional, de cooperación para el desarrollo, de promoción del voluntariado, de promoción de la acción social, de defensa del medio ambiente, y de fomento de la economía social, de promoción y atención a las personas en riesgo de exclusión por razones físicas, sociales o culturales, de promoción de los valores constitucionales y defensa de los principios democráticos, de fomento de la tolerancia, de desarrollo de la sociedad de la información, o de investigación científica y desarrollo tecnológico» (art. 3.1 de la Ley 50/2002).

Sin embargo, en las fundaciones públicas —en general, pero particularmente en las de ámbito local—, la consecución de los «intereses generales» que han de constituir su objeto sólo pueden ser coincidentes con los de la Administración pública que las crea²⁷, y ni son ni pueden ser genéricos o indeterminados, sino que han de ceñirse estrictamente al ámbito competencial propio de la entidad de la que dependen, tanto en su aspecto material como territorial; la propia Ley 7/2015 establece, en su artículo 85.1, que las fundaciones municipales «...solo podrán realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades fundadoras, debiendo contribuir a la consecución de los fines de las mismas», lo que implica, aunque no se diga expresamente, que sus fines no podrán apartarse de los propios de las entidades locales y en los términos que establece además la legislación básica, sea en el ejercicio de competencias propias (art. 25 de la LRBRL) o de aquéllas que la Ley denomina «distintas de las propias y de las atribuidas por delegación», cuando no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda Municipal ni se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración Pública (art. 7). Por lo que respecta a las competencias delegadas (art. 27), en mi opinión difícilmente podrán ser gestionadas mediante el recurso a una Fundación pública de servicio. Aunque podríamos argüir varias razones para apoyar esta afirmación, basta con destacar dos: en primer lugar, porque por definición, la titularidad de la competencia no corresponde a la entidad local, sino a la Administración delegante quien determinará el alcance, contenido, condiciones y duración de ésta, así como el control de eficiencia que se reserve y los

²⁷ En el ámbito estatal, artículo 46.1.b) de la Ley 50/2002 (aun vigente en el momento de redactarse estas líneas) y 128.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; y en el de la Comunidad Autónoma de Canarias, artículo 43.1, apartado b) de la Ley 2/1998, de 6 de abril, de Fundaciones de Canarias. *Vid.*, sobre el particular, CARBALLEIRA RIVERA, M. T., *Fundaciones y Administración pública*, Atelier, Madrid, 2009, pp. 144 y ss., y también BARRERO RODRÍGUEZ, C., «Algunas consideraciones sobre los fines de las fundaciones y su garantía por la Administración», en *Revista de Administración Pública*, n.º 183, septiembre-diciembre de 2010, pp. 73-97, en particular, 90 y ss.

medios personales, materiales y económicos que le asigne, lo que se aviene mal con la afectación permanente de un patrimonio a la gestión de dichas competencias por la entidad delegada; y en segundo lugar, por el control que sobre las mismas puede ejercer la Administración delegante, incompatible con su gestión descentralizada²⁸.

La segunda diferencia fundamental entre las fundaciones privadas y las públicas radica en que, como ha señalado FERNÁNDEZ FARRERES, aquéllas quedan desvinculadas «en el momento de su constitución, de la voluntad del fundador, cortándose en ese instante el nexo entre fundador y fundación, lo que obviamente, en forma alguna sucede con la fundación pública, en la que subsiste la relación de instrumentalidad e interdependencia con la Administración»²⁹.

En efecto, en estas últimas, los vínculos y la relación de dependencia con la Administración fundadora se mantienen durante toda la vida de la fundación. Ésta no sólo las crea sino que, de acuerdo con la Ley 7/2015, participa en sus órganos de gobierno y representación, que deberá estar formado, mayoritariamente, por la corporación municipal «...para garantizar el cumplimiento de los fines que dieron lugar a su constitución, así como el control sobre la gestión de los bienes y derechos del patrimonio fundacional» (art. 86); puede modificar los fines fundacionales y, en definitiva, disolver y liquidar la fundación (art. 84)³⁰, aunque nunca del mismo modo que ocurre con los organismos y entidades dependientes pues, como luego veremos, dicha dependencia es más que relativa en el caso de las fundaciones.

Como advierte GARCÍA DE ENTERRÍA, sobre esta característica «se articula justamente la diferencia última entre las dos grandes especies de Instituciones, las públicas y las privadas. En este último caso la voluntad creadora es la voluntad de un sujeto mortal» de ahí la importancia del elemento patrimonial vinculado a esa voluntad; mientras que en las Instituciones públicas, «el fundador no es fugaz, no es mortal, no desaparece; es una Administración terri-

²⁸ El artículo 27.4 de la LRBRL establece que la Administración delegante podrá, para dirigir y controlar el ejercicio de los servicios delegados, dictar instrucciones técnicas de carácter general y recabar, en cualquier momento, información sobre la gestión municipal, así como enviar comisionados y formular los requerimientos pertinentes para la subsanación de las deficiencias observadas, pudiendo incluso «revocar la delegación o ejecutar por sí misma la competencia delegada en sustitución del Municipio».

²⁹ FERNÁNDEZ FARRERES, G., *Sistema de Derecho Administrativo I*, Civitas, Pamplona, 2014, p. 162.

³⁰ Para las fundaciones del sector público estatal, artículo 135 y 136 de la Ley 40/2015 y en el autonómico canario, 4.2 de la Ley 2/1998.

torial que acompaña toda su vida posible al ente por él instituido», y en que el elemento patrimonial pasa a un segundo término³¹.

IV. Su capacidad e idoneidad como modo gestor

Más allá del entusiasmo que suscita la posibilidad de los municipios canarios de constituir o participar en fundaciones públicas, cabe preguntarse si es éste un instrumento idóneo para la gestión de las competencias que la Ley les encomienda, pues como destaca el Tribunal de Cuentas en su Informe de fiscalización de las fundaciones de ámbito local, «...en la Administración en ningún caso, conforme a su régimen jurídico, rige la autonomía de la voluntad en la disposición de sus bienes y menos aún el decisionismo o la arbitrariedad, constituyendo por el contrario sus principios básicos de actuación, entre otros, la legalidad, la continuidad en el servicio, la igualdad la eficacia, la economía o la objetividad»³².

Para empezar, debe quedar meridianamente claro que las fundaciones públicas municipales no son un modo de gestión de los servicios públicos. La Ley 7/1985, de 2 de abril, no las incluye en el catálogo de éstos del artículo 85.2, pese a los dudosos términos de los artículos 67 y 85 y ss. del Reglamento de Servicios, a que ya hemos hecho referencia. Tampoco la acreditada opinión de algunos tratadistas como SOSA WAGNER, que reconocen dicha posibilidad amparándose en lo que establece el artículo 8.4 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones³³, en el sentido de que tendrán capacidad para constituir las «...salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario», lo que no es el caso en la legislación de régimen local³⁴, no parece argumento suficiente.

Y ello por varias razones. En primer lugar, porque una cosa es la capacidad para constituir o participar en fundaciones, algo que por lo demás va

³¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso...*, cit., p. 384.

³² Informe 932, de 23 de febrero de 2012, de *Fiscalización de las Fundaciones de ámbito local*, p. 13 y, en similares términos, la Audiencia de Cuentas de Canarias en su Informe IAC-013/12, de fecha 20 de diciembre de 2012, de las fundaciones de ámbito local y las subvenciones concedidas a las fundaciones por las entidades locales 2010.

³³ En la Comunidad Autónoma de Canarias, la Ley 2/1998, de 6 de abril, reconoce también la capacidad de las personas jurídico-públicas «para constituir fundaciones salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario» (art. 4.3). *Vid.*, al respecto, VILLAR ROJAS, F. J. y SÁNCHEZ JORDÁN, E., «La legislación de fundaciones de Canarias», en *Anuario de Derecho de Fundaciones 2009*, pp. 309-352, en particular, y por lo que se refiere a las fundaciones públicas y su razón de ser, pp. 344 y ss.

³⁴ SOSA WAGNER, F., *La gestión de los servicios...*, *op. cit.*, pp. 102 y ss.; y RIVERO YSERN, J. L.: *Manual...*, *op. cit.*, p. 457.

implícito en la plena capacidad jurídica que reconoce a las Entidades locales el artículo 5 de su Ley básica, y otra muy distinta que cualquier instrumento jurídico pueda considerarse como un modo gestor de los servicios públicos locales. Si así fuera, el legislador simplemente podría haber obviado su enumeración. Curiosamente, RIVERO YSERN, que no duda en incluir a las fundaciones como modo de gestión de los servicios públicos locales, excluye de dicho catálogo el arrendamiento, señalando que la desaparición de esta forma gestora de la Ley de Contratos del Sector Público, al que se remite el artículo 85.2 de la LRBRL, ambos declarados básicos, «...permite afirmar que la referida modalidad gestora ha desaparecido como forma de gestión de servicios públicos»³⁵.

En segundo lugar, porque mientras la Ley 50/2002, y en el mismo sentido la Ley 2/1998, de 6 de abril, de Fundaciones Canarias, encuentran su fundamento competencial, aquella en el artículo 149.1.8 de la Constitución, legislación civil, y ésta en el 30.7 del Estatuto de Autonomía³⁶, la Ley 7/1985 se ampara en la competencia del 149.1.18 CE, bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, y no reconoce sino implícitamente —en su art. 5 como hemos visto—, la capacidad fundacional, lo que exigiría para su desarrollo una norma de cobertura administrativa cuya necesidad se hace patente, tal como señala el Tribunal de Cuentas, en su Informe de 2012, desde el momento en que la legislación de fundaciones prevé, expresamente, «...la posibilidad de que las diferentes normas reguladoras de las personas jurídico-públicas (estatales, autonómicas o locales) impidan esta constitución»³⁷. Ciertamente que la Ley 7/2015, proporciona esta cobertura, pero exclusivamente con el alcance que establece la misma. Esto es, capacidad fundacional innegable, pero no modo gestor³⁸, como ocurre, por ejemplo, en la Comunidad Autónoma andaluza, cuya Ley 5/2010, de 11 de junio, de auto-

³⁵ RIVERO YSERN, J. L.: *Manual...*, *op. cit.*, p. 455. *Vid.*, también, CARBALLEIRA RIVERA, M. T.: *Fundaciones y Administración...*, *op. cit.*, pp. 59 y ss.

³⁶ De acuerdo con el artículo 30 del mismo, la Comunidad Autónoma de Canarias tiene competencia exclusiva en las siguientes materias: «7. Fundaciones y asociaciones de carácter docente, cultural, artístico, benéfico, asistencial y similares en cuanto desarrollen esencialmente sus funciones en Canarias».

³⁷ Informe 932, de 23 de febrero de 2012, de *Fiscalización...*, ya citado, pp. 13-14.

³⁸ Así ha ocurrido, en el ámbito estatal, primero con el Real Decreto Ley 10/1996, de 17 de junio, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del INSALUD y posteriormente con Reales Decretos 776/1998, de 30 de abril, 1270/2003, de 10 de octubre, 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal y 1161/2007, de 7 de diciembre, que han ido conformando el régimen jurídico de las fundaciones del sector público estatal, sin olvidar la regulación que establece, de estas entidades, la Ley 40/2015, de 1 de octubre.

nomía local, establece expresamente que los servicios públicos locales puedan gestionarse de forma directa, por la propia entidad, gestión propia que puede revestir, entre otras modalidades la de «Fundación pública local» (art. 33.3 ap. g).

V. Creación, modificación, extinción

1. Separación de las fases administrativa y fundacional

Admitiendo la posibilidad, ya difícil de negar, de que la Ley 7/2015 habilita a los municipios canarios para crear fundaciones públicas como complemento de la Ley 50/2002, que les había otorgado esa capacidad genérica, es necesario destacar ahora la importancia del acto fundacional.

Hay que recordar, como señala GARCÍA DE ENTERRÍA, que «la Administración pública es una organización compleja situada ante el Derecho en una especial posición, de forma que sólo puede actuar cuando la Ley la habilita para ello y en los términos precisos de esa habilitación», de tal forma que «el proceso de formación de su voluntad es jurídicamente relevante en todo caso y debe surgir a través de los cauces que prevé la Ley»³⁹.

Ya lo había puesto de relieve PIÑAR MAÑAS en aquel trabajo de 1998, para quien la especialidad del régimen de estas fundaciones «se encuentra en el proceso de formación de la voluntad de la entidad pública que funda, que por supuesto está sometido a normas de Derecho público. Así como en el proceso de disposición de los bienes dotacionales, también sometido al Derecho público»⁴⁰.

Varias son las cuestiones que debemos analizar en este punto. Por lo que se refiere a la competencia orgánica para la adopción de los acuerdos correspondientes, ninguna duda ofrece la Ley 7/2015, que la atribuye, en cualquier caso, al Pleno de la entidad, tanto para los municipios de régimen común como para los acogidos al régimen organizativo señalado en el Título X de la LRBRL, en este último caso por aplicación, además, de lo previsto en el artículo 123.1.p de la citada Ley básica. Sin embargo, una diferencia destacable entre ambos es que, mientras en los primeros se requiere la mayoría absoluta del número legal de miembros de la corporación para la adopción del acuerdo (arts. 47.2.k y ñ de la LRBRL), en estos últimos bastará con la mayoría simple de votos (arts. 47.3 y 123.2 de la citada Ley). Sobra decir que

³⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso...*, *op. cit.*, p. 700.

⁴⁰ PIÑAR MAÑAS, J. L.: «Fundaciones constituidas por entidades públicas...», *cit.*, p. 39.

en los supuestos de modificación y extinción de las mismas se aplicará idéntico régimen competencial y procedimental.

Cuestión distinta y no menos importante es la relativa al contenido de los acuerdos correspondientes, como paso previo al otorgamiento de la escritura fundacional.

Por lo que se refiere a la primera de ellas, tal como establece el artículo 84 de la LMC, la competencia del Pleno alcanza no sólo a los acuerdos de creación, modificación y extinción de las fundaciones públicas municipales, sino que se extiende también a los supuestos de la adquisición y pérdida de la representación mayoritaria en los órganos de la misma, la modificación de sus fines fundacionales, la determinación de las condiciones generales que deben cumplir todos estos actos, la persona que haya de actuar por la corporación en el acto de constitución y, en su caso, a su representación en el patronato, que deberá ser mayoritaria o suficiente para garantizar el cumplimiento de sus fines, así como el control sobre la gestión de los bienes y derechos del patrimonio fundacional (art. 86).

A mi modo de ver, tampoco puede faltar, aunque lo omita la Ley 7/2015, un pronunciamiento expreso sobre los Estatutos de la fundación con el contenido básico que establece el artículo 11 de la Ley 50/2002, bien sea mediante aprobación literal de los mismos, bien mediante la determinación de las condiciones concretas de participación de la entidad en fundaciones en que participen otras entidades públicas o particulares⁴¹.

Adoptado el acuerdo o acuerdos correspondientes, se otorgará por quien haya sido designado por la corporación, la escritura fundacional, acto puramente civil, con el contenido mínimo que establece la legislación de fundaciones y que, con arreglo a la Ley 2/1998, de Fundaciones Canarias, deberá contener el primer programa de actuación de la misma en función de los recursos disponibles (art. 6.1.f), instando posteriormente su inscripción en el Registro de Fundaciones de la Comunidad Autónoma, momento en el que adquiere su personalidad jurídica conforme establece el artículo 4.1 de la Ley 50/2002.

Lo dicho valdría, en cualquier caso, para los supuestos en que la entidad local decidiera modificar los fines fundacionales, los estatutos de la fundación,

⁴¹ RIVERO YSERN, J. L.: *Manual de Derecho local...*, op. cit., p. 458. En el caso de las fundaciones del sector público estatal, la propuesta de estatutos deberá acompañar necesariamente al anteproyecto de Ley de creación de las mismas, aunque su aprobación corresponderá al Consejo de Ministros (arts. 133.2 y 3 de la Ley 40/2015).

la adquisición o pérdida de la representación mayoritaria en el patronato de la misma o, en último término, acordar su extinción y liquidación.

2. La exigencia de una especial motivación

Cuestión más delicada es la relativa a la especial motivación del acuerdo de creación. En Canarias, la Ley 2/1998, exige para la creación de las fundaciones públicas de carácter autonómico una «memoria justificativa de las razones por las que se considera que existirá una mejor consecución de los fines de interés general perseguidos a través de una fundación que mediante otras formas jurídicas públicas o privadas» (art. 42.3)⁴²; no así para las municipales, cuya motivación quedaría en manos de la propia corporación.

Es de notar que, si bien hemos considerado que las fundaciones públicas municipales no se encuentran entre los medios de gestión de los servicios públicos que establece el artículo 85 de la LRBRL, existe un vínculo innegable entre el ejercicio de competencias propias, la realización de actividades y la gestión servicios (destacado por el propio art. 85.1), por lo que si la Ley básica exige dentro del ejercicio de la potestad de auto organización para la gestión de servicios una especial motivación, esta exigencia debe trasladarse también al ejercicio de la potestad, reconocida por la Ley 7/2015, de creación de fundaciones públicas, pues ni la autonomía municipal ni ninguna de dichas potestades «equivale a la supresión del deber que pesa sobre todos los poderes públicos de no actuar arbitrariamente (art. 9.3 de la CE) y, por tanto, del deber de que en su actuar sea reconocible una motivación admisible en Derecho» (STS de 3 de noviembre de 2010).

En efecto, por lo que refiere a los servicios públicos, «habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente» de entre las permitidas por la Ley (art. 85.2), acreditando en todo caso, si se acude a formas de gestión bajo personificación jurídico-privada, que resultan más sostenibles y eficientes que la gestión directa o mediante organismo autónomo local sujeto al Derecho administrativo, «para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. Además, deberá constar

⁴² Curiosamente, aunque el artículo 45.2 de la Ley 50/2002 establece que en el expediente de autorización de las Fundaciones del sector público estatal deberán justificarse «suficientemente las razones o motivos por los que se considera que existirá una mejor consecución de los fines de interés general perseguidos a través de una fundación que mediante otras formas jurídicas, públicas o privadas, contempladas en la normativa vigente», dicha previsión desaparece en el artículo 133 de la Ley 40/2015, cuyos artículos 128 y ss. sustituirán a su entrada en vigor, el régimen específico de las fundaciones públicas estatales, previsto en los artículos 44, 45 y 46 de la citada Ley 50/2002.

en el expediente la memoria justificativa del asesoramiento recibido, que se elevará al Pleno para su aprobación, en donde se incluirán los informes sobre el coste del servicio, así como el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicitados. A estos efectos, se recabará informe del interventor local quien valorará la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera»⁴³.

En efecto, en ambos casos se trata del ejercicio de potestades discrecionales y por tanto acreedoras de una cuidadosa motivación que exteriorice de algún modo la justificación de las razones que llevan a la entidad local a adoptar la decisión que adoptó, permitiendo de este modo el efectivo control judicial de la misma, y que alcanzaría no solo a los supuestos de creación, sino también a los de modificación y extinción de las fundaciones⁴⁴.

VI. La vinculación permanente de patrimonios públicos

Uno de los problemas que deja sin resolver la Ley 7/2015, y no es el menos importante de todos, es el de la integración del patrimonio fundacional; no tanto cuando la entidad local concurre con otras personas físicas o jurídicas en la creación de una nueva fundación o decide participar en una preexistente, como cuando es el propio Ayuntamiento el que decide su creación *ex novo*.

Ya habíamos señalado que, mientras en los organismos autónomos y en las entidades públicas empresariales la aportación patrimonial resultaba una cuestión secundaria, primando el elemento organizativo, en el caso de las fundaciones el elemento patrimonial es determinante de su propia naturaleza jurídica (*universitas rerum*). La propia Ley 50/2002, establece que las fun-

⁴³ Comparto en este sentido, aunque con los matices que acabo de señalar, la opinión de PIÑAR MAÑAS, de que «sería aconsejable que se exigiese algo semejante a lo que impone el artículo 97 del Texto Refundido de Régimen Local de 1986...». PIÑAR MAÑAS, J. L.: «Fundaciones constituidas por entidades públicas...», cit., p. 49. En la necesidad de una motivación suficiente insisten también MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de Derecho Administrativo...* op. cit., p. 794, y RIVERO YSERN, J. L.: *Manual de Derecho local...*, cit., pp. 457-458.

⁴⁴ En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en Sentencia de 3 de noviembre de 2010, que anula, por falta de motivación, una modificación de los Estatutos de la «Fundación Salamanca Ciudad de Cultura», pese a considerar su naturaleza reglamentaria, señalando que «no cabe confundir lo discrecional con lo arbitrario, pues lo primero debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo caso, y no meramente de una calidad que las haga inatacables, mientras que lo segundo no tiene otro sustento que la mera voluntad de quien detenta la potestad...». En similares términos, STS de 13 de julio de 1984.

daciones tienen afectado «de modo duradero» su patrimonio a la realización de sus fines (art. 2.1), debiendo ser la dotación de la misma, que habrá de estar desembolsada al menos en un 25 por ciento en el momento de la constitución, «adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales» (art. 12.1 y 2), figurando a partir de entonces la fundación como «titular de todos los bienes y derechos integrantes de su patrimonio».

Todo ello implica, naturalmente, la ineludible obligación de la entidad local fundadora de dotar a la nueva fundación de un patrimonio inicial, bien mediante la aportación de fondos presupuestarios, que a efectos administrativos no constituyen patrimonio (art. 3.2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre), bien mediante la cesión de bienes patrimoniales previo cumplimiento de los requisitos que establece la legislación local (art. 109 y ss. del Reglamento de Bienes, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio). Y aunque nada se diga de cual ha de ser la aportación municipal, deberá ser superior al cincuenta por ciento del patrimonio fundacional para que ésta pueda ser considerada pública (art. 83 de la LMC).

Aunque algunos hayan podido ver en ello dificultades casi insalvables para la constitución de fundaciones públicas municipales, ni la técnica ni el procedimiento difieren esencialmente de las aportaciones patrimoniales, mucho más frecuentes en la práctica, que realizan las entidades locales en las operaciones de constitución o de ampliación de capital de las sociedades mercantiles públicas o mixtas. Ya hemos destacado en otro momento y para estas últimas⁴⁵, tanto el requisito de que se trate de bienes o derechos patrimoniales⁴⁶ como la necesaria valoración de los mismos por expertos independientes (art. 12.2 de la LF).

Una diferencia sin embargo, que no debe pasar inadvertida, es la relativa al hecho de que, mientras que la aportación de bienes patrimoniales a una sociedad a efectos de integrar el capital social no supone un decremento patrimonial del socio, sino la simple conversión de unos bienes (los aportados), por otros con idéntico contravalor nominal (las acciones o participaciones sociales, artículo 7.2 de la Ley 33/2003), en el caso de las fundaciones, la entidad fundadora se desprende de los bienes afectándolos a una finalidad de modo permanente, sin recibir a cambio de los mismos contravalor patrimonial alguno. A partir del momento en que se otorga la escritura fundacional

⁴⁵ PRIETO GONZÁLEZ, L. F.: *Las empresas mixtas locales*, Montecorvo, Madrid, 1996, pp. 82 y ss.

⁴⁶ Quedando totalmente excluida la posibilidad de aportación de bienes demaniales y comunales, precisamente por su inalienabilidad. *Vid.*, al respecto, Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de septiembre de 1985.

y se formaliza la cesión, la fundación —y no la Administración pública— pasa a ser titular única de dicho patrimonio, que sólo eventualmente retornará a esta última en el caso de que se haya previsto así, a la extinción de la fundación⁴⁷.

Como ya puso de relieve la Audiencia de Cuentas de Canarias en su Informe de 20 de diciembre de 2012, aun cuando la aportación de bienes locales a las fundaciones públicas se realice siguiendo los trámites y requisitos que establece el Reglamento de Bienes de las Entidades locales, lo cierto es que su artículo 111 establece que si los bienes cedidos no fuesen destinados al uso dentro del plazo señalado de cesión o dejasen de serlo posteriormente, se considerará resuelta la cesión y revertirán a la corporación local, y que «esta posibilidad de recuperación no queda garantizada en la normativa vigente sobre fundaciones, dado que los mismos son cedidos de forma duradera, sin quedar supeditada dicha cesión a la efectiva consecución de los fines fundacionales, e incluso, en caso de extinción de una fundación, la liquidación de la misma, conforme al artículo 33 de la LF estatal y de la LFC, destina los bienes y derechos liquidados a otras fundaciones o entidades privadas no lucrativas e incluso a entidades públicas de naturaleza no fundacional, que persigan fines de interés general, no haciéndose mención en ningún momento a la posible reversión de dichos bienes a la entidad pública, en este caso local, que la constituyó»⁴⁸.

VII. Especialidades de su régimen jurídico

1. La posición de los patronos designados por la corporación

Un problema de particular importancia es el que suscita la redacción del artículo 86 de la Ley 7/2015, en cuanto establece la representación mayoritaria o suficiente de la corporación municipal en el patronato u órgano de gobierno de la fundación, «para garantizar el cumplimiento de los fines que dieron lugar a su constitución, así como el control sobre la gestión de los

⁴⁷ El artículo 33.2 y 3 de la Ley 50/2002, prevé el destino de los bienes y derechos resultantes de las fundaciones extinguidas, conforme a sus estatutos o a la voluntad del fundador, a favor de otras fundaciones o entidades lucrativas privadas que persigan fines de interés general, o bien a favor de entidades públicas, de naturaleza no fundacional, que persigan fines de interés general.

⁴⁸ Informe IAC-013/12, de fecha 20 de diciembre de 2012, de las fundaciones de ámbito local, a que ya hemos hecho referencia. Sobre esta cuestión, además, MORILLO GONZÁLEZ, F.: «La ausencia de ánimo de lucro y la reversión de los bienes fundacionales a la extinción de la fundación», en *Derecho Privado y Constitución*, n.º 20, enero-diciembre de 2006, pp. 255-281.

bienes y derechos del patrimonio fundacional independientemente de que tal constitución se haya realizado por la propia corporación o por un particular».

Nada obsta para que efectivamente la entidad local esté presente, incluso en una posición mayoritaria, en el patronato. Así, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, establece que «en las fundaciones del sector público estatal la mayoría de miembros del patronato serán designados por los sujetos del sector público estatal», previsión que no aparece contemplada, pero que tampoco impiden, ni la Ley 50/2002, ni la canaria de 1998.

El problema se plantea sin embargo por la relación de dichos patronos con la entidad local fundadora pues, a mi modo de ver, aquéllos ni representan a la corporación, ni son mandatarios de ella. Antes bien, la legislación sobre fundaciones no ofrece ninguna duda respecto a la posición de los patronos: éstos representan el interés de la fundación, velando por el cumplimiento de los fines fundacionales y la diligente administración de los bienes y derechos que integran su patrimonio, de lo que son responsables no ante el fundador, sino ante la propia fundación (arts. 14 y 17 de la LF y 15 y 23 de la LFC)⁴⁹, del mismo modo que en las sociedades mercantiles los administradores no representan el interés de los accionistas, sino el de la propia sociedad.

Otra cuestión que tampoco resuelve la Ley, es la relativa a la necesidad o no de respetar, en la designación de patronos, la proporcionalidad de los distintos grupos políticos presentes en el Pleno, lo que debe resolverse, a mi juicio, en sentido negativo. Y ello por dos razones: en primer lugar, porque parece claro que los patronos de una fundación no tienen la consideración de cargos públicos a los efectos de lo que dispone el artículo 23.2 de la CE y, en segundo lugar, porque como ha señalado el Tribunal Supremo, el interés municipal —suponiendo que exista en una fundación—, es indivisible, esto es, no puede fraccionarse en «intereses de la mayoría y de la minoría, porque tal exigencia sería contraria a la unidad de la persona jurídico-pública del Ayuntamiento, al modo de adoptarse sus acuerdos, /.../ y a la objetividad de la Administración según el artículo 103 de la Constitución»⁵⁰.

⁴⁹ DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*, Tecnos, Madrid, 2012, pp. 542-543.

⁵⁰ Sentencia de 8 de julio de 1988 y, en similares términos las de 11 de febrero de 1989, 9 de mayo de 1990, 27 de noviembre de 1990, 27 de diciembre de 1990 y 26 de abril de 1994, entre otras.

2. *La pérdida del control sobre la fundación: la tutela del Protectorado*

Con todo, uno de las mayores problemas que plantea el régimen jurídico de las fundaciones públicas municipales, es el relativo a la pérdida de los poderes de control y dirección que le corresponden a la entidad municipal sobre los organismos y empresas de ella dependientes. Ciertamente que puede designar a los patronos, incluso con una representación mayoritaria, pero a diferencia de lo que ocurre con los organismos autónomos, entidades públicas empresariales y sociedades mercantiles municipales, no puede ejercer sobre las fundaciones públicas el control económico financiero, el control de eficacia o el más mínimo control de legalidad sobre sus actos y acuerdos; ni siquiera goza de la legitimación activa para impugnar dichos actos; antes bien, todas esas facultades de control y fiscalización corresponden a otro órgano de otra Administración pública, en concreto, al Protectorado de Fundaciones, en este caso de la Comunidad Autónoma⁵¹, lo que implica, como ha destacado el Tribunal de Cuentas, «una intensa actividad de tutela sobre las fundaciones que gestionan intereses locales»⁵² y, en consecuencia, una merma importante de su autonomía constitucionalmente garantizada.

3. *Régimen de sus actos y acuerdos*

Las fundaciones públicas son en realidad, ya parece haber quedado claro, entidades sometidas al derecho privado si bien, en la terminología de PIÑAR MAÑAS, fuertemente «interferidas» por normas públicas.

Siguiendo este esquema de fuentes, la Ley 7/2015 establece que en los aspectos no regulados específicamente por la misma, las fundaciones municipales «se regirán, con carácter general, por la legislación sobre fundaciones, subvenciones, contratos del sector público, patrimonio, haciendas locales u otra en lo que resulte de aplicación»⁵³, sin que en ningún caso puedan ejer-

⁵¹ En Canarias, regulado en los artículos 34 y ss. de la Ley 2/1998, de 6 de abril y en el Decreto 188/1990, de 19 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento del Protectorado de las Fundaciones Canarias. VILLAR ROJAS, F. J. y SÁNCHEZ JORDÁN, E.: «*La legislación de fundaciones de Canarias...*», cit., pp. 314 y ss.

⁵² Informe 932, de 23 de febrero de 2012, de *Fiscalización...*, ya citado, p. 18.

⁵³ En el sector público estatal, reguladas íntegramente por la Ley 50/2002, tal como declara el artículo 46.7 de la misma; y a partir de la entrada en vigor de la Ley 40/2015, por lo previsto en dicha Ley, por la Ley 50/2002, por la legislación autonómica que resulte aplicable, y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que le sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control económico-financiero y de contratación del sector público (art. 130). Idéntico régimen jurídico, en cuanto al sistema de fuentes, en la Ley 2/1998, de Fundaciones Canarias, para las del sector público autonómico.

cer potestades administrativas (art. 85), compartiendo dicha prohibición con todas las fundaciones públicas, tanto estatales como autonómicas (46.1.a de la LF, 128.2 de la Ley 40/2015 y, en Canarias, 43.1.a de la Ley 2/1998), lo que sitúa por tanto un importante núcleo de su actividad (salvo en las materias *interferidas* por el derecho público) sujeto al derecho civil⁵⁴.

El problema que se plantea entonces es el del régimen jurídico de sus actos y acuerdos, particularmente su impugnabilidad y el control judicial de los mismos. La cuestión no deja de tener su importancia; en las entidades públicas empresariales, organismos públicos regidos básicamente por el derecho privado, el régimen jurídico de sus actos y acuerdos parece quedar claro desde el momento en que son Administración pública, estableciendo al efecto la Ley 6/1997, que contra los actos dictados en el ejercicio de potestades administrativas caben los recursos previstos en la legislación sobre procedimiento administrativo común (art. 60.1 y Disposición adicional decimoquinta, punto tercero)⁵⁵ quedando el resto de sus actuaciones sujetas al derecho civil o laboral, tras la correspondiente reclamación previa (art. 60.2).

De igual modo, en las sociedades mercantiles públicas, también sujetas al derecho privado, están claras las posibilidades de impugnación y acciones contra los acuerdos y actos societarios por parte de los socios disidentes (art. 204 y ss. del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio).

Pero no ocurre así en el caso de las Fundaciones. Ni la Ley 7/2015, de la que nos venimos ocupando, ni la Ley Canaria de Fundaciones 2/1998, regulan el régimen jurídico de los actos y acuerdos de las mismas más allá de declarar, ésta última, que los actos del Protectorado que pongan fin a la vía administrativa serán impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 38), previsión ociosa, por cierto, si tenemos en cuenta que el Protectorado, al cabo, es un órgano de la Administración autonómica (arts. 34 y 35). La Ley 50/2002, sin embargo, sí declara la competencia de la jurisdicción civil, de acuerdo con los trámites del proceso declarativo que corresponda, frente a determinadas pretensiones concretas, como el otorgamiento de la escritura fundacional por el Protectorado, en las fundaciones *mortis causa*, en ausencia de albaceas o herederos, o para instar su inscripción en el

⁵⁴ Una reflexión crítica sobre el exceso de tutelas administrativas en GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J.: «Algunas acotaciones al concepto formal de fundación en la Constitución Española», en *Revista de Administración Pública*, n.º 155, mayo-agosto de 2001, pp. 107-145; en particular, 143 y ss.

⁵⁵ Artículos 2.2.b) y 114.2.d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, a partir de su entrada en vigor.

Registro cuando los patronos hayan incumplido esta obligación, o para exigir la responsabilidad de alguno de los patronos, o la suspensión o cese de los mismos (art. 43.3), reservando a la Jurisdicción contencioso-administrativa los recursos contra los actos del Protectorado o las resoluciones dictadas en los recursos contra las calificaciones del Registro (art. 43.1 y 2), lo que permite dejar impunes, o al menos exentos de control, muchos de los actos ordinarios de la fundación, algo que se aviene mal con el control a que está sometida la totalidad de la actuación administrativa (art. 106 CE).

Cierto que en algunos supuestos, la aplicación de normas específicamente administrativas, como las relativas a la contratación pública, determinan la sujeción al régimen de recursos contractuales de las actuaciones llevadas a cabo en este ámbito por las fundaciones públicas; pero no siempre ocurre así, ni tampoco cabe impugnar determinadas decisiones ante la jurisdicción civil que, siendo válidas con arreglo al Derecho privado, pueden no serlo con arreglo a los principios que deben regir la actuación de las administraciones públicas, como por ejemplo las relativas a la selección y contratación de personal.

La solución no es fácil y la reacción frente a dichos actos y acuerdos no podrá ejercitarse ante el ente fundador, que carece de facultades para ello desde el momento en que otorgada la escritura fundacional se corta hasta cierto punto, el cordón umbilical entre ambas entidades, por lo que, a mi juicio, sólo cabrá por vía indirecta, a través de la tutela ejercida por el Protectorado, cuyos actos y resoluciones son revisables ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

4. Actuaciones sujetas al derecho público

Pero aun siendo entidades básicamente regidas por el Derecho privado, no dejan de estar, como se ha dicho, fuertemente interferidas por el Derecho público, aunque nunca podrán ejercer potestades públicas⁵⁶. La Ley 7/2015, al establecer el sistema de fuentes de las fundaciones públicas municipales es clara al respecto: en los aspectos no regulados específicamente por la misma, se regirán, con carácter general, por el derecho de fundaciones, esto es, por el Derecho civil, salvo en lo que se refiere a las «subvenciones, contratos del sector público, patrimonio, haciendas locales u otra en lo que resulte de aplicación», así como en la selección y contratación de personal, que se regirán «por los mismos principios contenidos en la legislación básica para el acceso

⁵⁶ Artículos 46.1.a) de la Ley 50/2002, 43.1.a) de la Ley 2/1998, de Fundaciones canarias y 85.1 de la Ley 7/2015 de los Municipios de Canarias.

al empleo público» (art. 85.4), debiendo rendir cuentas, como entidades del sector público «al órgano de control externo que proceda» (art. 85.2).

No obstante la aparente simplicidad del sistema, parecen necesarias algunas observaciones al respecto. Así, en cuanto al régimen aplicable a las subvenciones, la Ley remite su regulación a la contenida en el Derecho público, «en lo que resulte de aplicación»; Lo cierto es que las fundaciones no están incluidas dentro del ámbito de aplicación subjetivo (art. 3) de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, y que de acuerdo con lo que establece la disposición adicional decimosexta de la misma, «las entregas dinerarias sin contraprestación que realicen las fundaciones del sector público, se regirán por el derecho privado» con las dos únicas limitaciones de que «serán de aplicación los principios de gestión contenidos en esta Ley y los de información a los que se hace referencia en el artículo 20»⁵⁷, y de que 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»⁵⁸.

Por lo que se refiere a los contratos del sector público, la cuestión resulta más sencilla por cuanto el texto refundido de su Ley reguladora, aprobada por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, las incluye específicamente en su ámbito de aplicación subjetivo (art. 3.1.f), en cuanto se considera que forman parte del sector público, siempre que su patrimonio fundacional, con carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de derecho público⁵⁹, acogiendo en este sentido la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea tras algunas condenas por la incorrecta transposición de las Directivas comunitarias en materia de contratación⁶⁰.

⁵⁷ Se refiere a la información que las entidades públicas gestoras de subvenciones deben remitir a la Intervención General de la Administración del Estado «a efectos meramente estadísticos e informativos».

⁵⁸ *Vid.*, al respecto MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo...* *op. cit.*, p. 797, y en general, la aportación de LASAGABASTER HERRARTE, I., «Las fundaciones en el ámbito local: algunas consideraciones sobre su régimen jurídico», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 160, Madrid, 2013, pp. 61-78.

⁵⁹ *Id.* en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DOUE n.º 94, de 28 de marzo de 2014). Claramente remiten, además, a la legislación sobre contratos del sector público, tanto la legislación estatal (art. 131 de la Ley 40/2015) como la autonómica canaria (art. 43.2 de la Ley 2/1998). Sobre el particular, CARBALLEIRA RIVERA, M. T.: *Fundaciones y Administración...*, *op. cit.*, pp. 173 y ss.

⁶⁰ Así, entre otras, STJCE de 16 de octubre de 2003 (Asunto C-283/00) o de 13 de enero de 2005 (Asunto C-84/03) al excluir del ámbito de aplicación de la legislación de

En cuanto al régimen jurídico patrimonial, a pesar de la previsión contenida en el artículo 85.4 de la Ley, entiendo que se rigen exclusivamente por el Derecho privado. Y ello por varias razones. En primer lugar, porque ni la Ley 50/2002, ni la Ley de Fundaciones Canarias establecen un régimen específico para las fundaciones públicas distinto de la legislación civil⁶¹; en segundo lugar, porque ni la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las Administraciones públicas ni el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, las incluyen en su ámbito de aplicación (art. 2 de la LPAP), antes bien, la disposición adicional vigésimo primera de dicha Ley parece excluir las expresamente cuando se refiere a los bienes de las entidades públicas empresariales y entidades análogas, que estuviesen afectos a la cobertura de provisiones u otras reservas que viniesen obligadas a constituir o que tengan funcionalidades específicas según su propia legislación reguladora; finalmente, porque como ya hemos señalado, una vez perfeccionado el acto fundacional, el vínculo con la Administración fundadora se disuelve, de tal modo que la fundación deja de pertenecer o depender de aquélla y se consagra a sus propias finalidades bajo la tutela del Protectorado, que no de la entidad local que la crea⁶².

Mucho más clara parece resultar, en principio, la aplicación del derecho público al régimen económico financiero, presupuestario y contable de las fundaciones. En realidad no lo es tanto. En el caso de las públicas estatales, por remisión a la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (art. 25 de la LF)⁶³; en el caso de las autonómicas, a la Ley de Hacienda Canaria (art. 43.2 de la LFC) y en las integrantes del sector público local canario a la Ley de Haciendas Locales, «en lo que resulte de aplicación»⁶⁴. Sin embargo, el texto refundido de la citada Ley, aprobado por Real Decre-

contratos, a las entidades de Derecho privado que reúnan los requisitos recogidos en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, guiones primero, segundo y tercero, de las Directivas 93/36/CEE y 93/37/CEE del Consejo, ambas de 14 de junio de 1993.

⁶¹ Antes bien, los artículos 19 y ss. de la Ley 50/2002 otorgan la titularidad del patrimonio a la propia fundación (20.1), bajo la administración del patronato (19.2), que no obstante deberá obtener autorización previa del Protectorado para su enajenación, onerosa o gratuita, así como para su gravamen (21.1). En el caso de las fundaciones canarias, artículos 12 y 13 de la Ley 2/1998, que a diferencia de la estatal somete las enajenaciones y gravámenes del patrimonio fundacional al régimen de actos comunicados.

⁶² JUAN CRUZ ALLI ha defendido, en una posición que no deja de ser interesante, el carácter cuasi «demanial» —o *servicial*— de los bienes patrimoniales de la fundación, en cuanto vinculados al cumplimiento de las finalidades de la misma. *Vid.*, al respecto, ALLI TURRILLAS, J. C.: *Fundaciones...*, *op. cit.*, pp. 308 y ss.

⁶³ Previsión que se mantiene en la Ley 40/2015, de 1 de octubre (art. 132).

⁶⁴ Tal como establece el artículo 85.4 de la Ley 7/2015 y como vienen admitiendo, pacíficamente, algunos autores. Así, RIVERO YSERN, J. L.: *Manual de Derecho local...*, *cit.*, p. 458.

to Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, omite cualquier referencia expresa a las fundaciones, lo que plantea una cierta laguna legal, ya que mientras las fundaciones públicas estatales y autonómicas están claramente sometidas al control de la Intervención General de la respectiva Administración⁶⁵, en el caso de las locales, la Ley sólo atribuye a los Interventores el control interno de la propia entidad, de sus organismos autónomos y de las sociedades mercantiles de ellas dependientes (art. 213 y ss. de la LHL), de tal modo que, a falta de una atribución expresa de potestades fiscalizadoras, la Intervención municipal tiene muy limitadas sus facultades de control interno de las fundaciones públicas locales.

No ocurre lo mismo con el control externo, que corresponderá a la Audiencia de Cuentas de Canarias conforme establecen sus artículos 1.1 y 2.d, que considera integrantes del sector público canario a cualquier otra entidad u organismo que administre o utilice caudales públicos procedentes de las entidades integrantes del mismo, y sin perjuicio de las competencias que correspondan al Tribunal de Cuentas de conformidad con lo establecido en la Constitución y en su Ley Orgánica⁶⁶ (arts. 1.1 y 12 de la Ley 4/1989, de 2 de mayo, de la Audiencia de Cuentas de Canarias).

Finalmente, y por lo que se refiere al régimen de selección y contratación de personal, parece claro que deberá realizarse, en todo caso, con sujeción a los mismos principios contenidos en la legislación básica para el acceso al empleo público, esto es, igualdad, mérito, capacidad y publicidad de la convocatoria y, teniendo en cuenta en general, en cuanto resulten aplicables, los principios de actuación recogidos en el Estatuto básico del empleado público, cuyo texto refundido ha sido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

VIII. A modo de conclusión

A la vista de cuanto queda dicho, la valoración global de la Ley no puede ser demasiado positiva. Las fundaciones públicas municipales canarias, pese a ser una realidad innegable, han surgido casi espontáneamente, aprovechando

⁶⁵ Se infiere de lo establecido en el artículo 46.3, aún vigente, de la Ley 50/2002 y se despeja cualquier duda en el 132.2 de la Ley 40/2015. En el mismo sentido, artículo 43.2 de la Ley de fundaciones canarias.

⁶⁶ En el sector público estatal, los presidentes de los patronatos de las fundaciones están obligados a rendir cuentas a dicho Tribunal por conducto de la Intervención General de la Administración del Estado (arts. 137 y 138.1.f de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria).

do esa corriente favorable a las nuevas formas de gestión de que tanto se ha hablado y escrito en los últimos años. Y pese al entusiasmo de algunos, que ven en ellas una modalidad de indudable futuro en la huida de las rigideces del Derecho administrativo, el intento de regulación por el legislador canario resulta más que cuestionable, pues si bien resuelve algunos problemas como la legitimación para crear dichas entidades, la imposibilidad de que ejerzan potestades públicas, el papel de la entidad local en la creación, modificación y extinción de las mismas, o su presencia en el patronato, deja sin resolver muchos otros, como su capacidad para la gestión de servicios públicos locales, su vinculación con el ente fundador una vez constituidas, el control sobre sus actos y acuerdos, sobre el cumplimiento de sus fines o sobre la gestión de su patrimonio, todas ellas consecuencia de su dudosa naturaleza jurídica, pues sin ser ni una cosa ni la otra, han acabado pareciéndose más a un organismo público que a una verdadera fundación.

Bibliografía

- ALBI, F., *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, Aguilar, Madrid, 1960.
- ALLI TURRILLAS, J. C., *Fundaciones y Derecho Administrativo*, Pons, Madrid, 2010.
- ARIÑO ORTIZ, G., *Principios de Derecho público económico*, Comares, Granada, 2004.
- ARIÑO ORTIZ, G., *La Administración institucional. Bases de su régimen jurídico*, IEA, Madrid, 1972.
- ARIÑO ORTIZ, G., «Corporaciones Profesionales y Administración Pública», en *Revista de Administración Pública*, n.º 72, Madrid, 1973.
- BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A., *Manual de Administración Local*, Comares, Granada, 1998.
- BARRERO RODRÍGUEZ, C., «Algunas consideraciones sobre los fines de las fundaciones y su garantía por la Administración», en *Revista de Administración Pública*, n.º 183, septiembre-diciembre de 2010.
- BOTO ÁLVAREZ, A., «La noción del sector público institucional», en *DA Documentación Administrativa*, n.º 2, enero-diciembre de 2015.
- CARBALLEIRA RIVERA, M. T., *Fundaciones y Administración pública*, Atelier, Madrid, 2009.
- DIEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, Tecnos, Madrid, 2012.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G., *Sistema de Derecho Administrativo I*, Civitas, Pamplona, 2014.
- GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., «Algunas acotaciones al concepto formal de fundación en la Constitución Española», en *Revista de Administración Pública*, n.º 155, mayo-agosto de 2001.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, Civitas, Madrid, 2002.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Constitución, Fundaciones y Sociedad civil», en *Revista de Administración Pública*, n.º 122, mayo-agosto de 1990.
- GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., *Principios jurídicos de la organización administrativa*, Madrid, 1957.
- GARRIDO FALLA, F., *Administración indirecta del Estado y descentralización funcional*, IEAL, Madrid, 1950.
- GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, Tecnos, Madrid, 2005.
- JIMÉNEZ DE CISNEROS, F., *Los Organismos autónomos en el Derecho Público español: tipología y régimen jurídico*, INAP, Madrid, 1987.
- LASAGABASTER HERRARTE, I., «Las fundaciones en el ámbito local: algunas consideraciones sobre su régimen jurídico», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 160, Madrid, 2013.
- MORILLO GONZÁLEZ, F., «La ausencia de ánimo de lucro y la reversión de los bienes fundacionales a la extinción de la fundación», en *Derecho Privado y Constitución*, n.º 20, enero-diciembre de 2006.
- MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho público general*, t. III, Iustel, Madrid, 2009.
- PIÑAR MAÑAS, J. L., «El derecho de fundación como derecho constitucional», en *Derecho Privado y Constitución*, n.º 9, mayo-agosto de 1996.
- PIÑAR MAÑAS, J. L., «Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 97, Madrid, 1998.
- PRIETO GONZÁLEZ, L. F., *Las empresas mixtas locales*, Montecorvo, Madrid, 1996.
- RIVERO YSERN, J. L., *Manual de Derecho Local*, Civitas, Madrid, 2003.
- SOSA WAGNER, F., *La gestión de los servicios públicos locales*, Civitas, Madrid, 2004.
- SOSA WAGNER, F., *Manual de Derecho Local*, Aranzadi, Pamplona, 1999.
- VILLAR ROJAS, F. J. y SÁNCHEZ JORDÁN, E., «La legislación de fundaciones de Canarias», en *Anuario de Derecho de Fundaciones 2009*.

Fundaciones en Castilla-La Mancha

José Antonio Moreno Molina

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha

Alma Patricia Domínguez Alonso

Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo la Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: I. LA PRÓRROGA DE LOS PRESUPUESTOS DE 2015. PREVISIONES RELACIONADAS CON LAS FUNDACIONES PÚBLICAS.—II. ACCESO ELECTRÓNICO A LA INFORMACIÓN REGISTRAL DE FUNDACIONES.—III. CONTROLES ORGANIZATIVOS RELATIVOS A LAS FUNDACIONES PÚBLICAS REGIONALES.—IV. JURISPRUDENCIA SOBRE FUNDACIONES: RECONOCIMIENTO EN PROCESO SELECTIVO DE FORMACIÓN RECIBIDA EN UNA FUNDACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO.

Han sido pocas las normas aplicables a las fundaciones aprobadas en Castilla la Mancha durante el año 2015.

Desde el 1 de enero de 2016, y hasta la aprobación y entrada en vigor de la Ley de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2016, se prorrogaron los Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades para el año 2015, aprobados por la Ley 10/2014, de 18 de diciembre, y el artículo 11 del Decreto autonómico 225/2015, de 22 de diciembre, estableció unas disposiciones específicas para las fundaciones públicas y las entidades del sector público regional instrumental.

Por otra parte, se fijaron algunas reglas relacionadas con la tramitación electrónica de los procedimientos en materia de fundaciones y los controles organizativos relativos a las fundaciones públicas regionales.

Se analizarán a continuación estas disposiciones, así como una sentencia, seleccionada entre la escasa jurisprudencia sobre fundaciones dictada en 2015, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, sobre el reconocimiento en un proceso selectivo de la formación recibida en una fundación del sector público estatal.

I. La prórroga de los presupuestos de 2015. Previsiones relacionadas con las fundaciones públicas

El Decreto autonómico 225/2015, de 22 de diciembre, establece las condiciones específicas a las que debe ajustarse la prórroga de los Presupuestos

Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2015, que había aprobado la Ley 10/2014, de 18 de diciembre.

El artículo 21.2 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas establece que, si los Presupuestos Generales de las Comunidades Autónomas no fueran aprobados antes del primer día del ejercicio económico correspondiente, quedará automáticamente prorrogada la vigencia de los anteriores.

El mecanismo de la prórroga presupuestaria se contempla en el artículo 51 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, aprobado por la Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto. A su vez, el artículo 43.2 del texto refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha, aprobada por el Decreto Legislativo 1/2002, de 19 de noviembre, dispone que la prórroga no afectará a los créditos para gastos correspondientes a actuaciones que deban terminar en el ejercicio cuyos presupuestos se prorrogan o que estén financiados con créditos u otros ingresos específicos o afectados y se adapten a la organización administrativa en vigor para el ejercicio en el que tenga que ejecutarse el presupuesto prorrogado.

Tanto los Presupuestos como su prórroga han de conciliarse con el cumplimiento de las exigencias de los principios de estabilidad presupuestaria y de sostenibilidad financiera contemplados en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera y en la Ley autonómica 11/2012, de 21 de diciembre, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. El artículo 12 de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria establece la regla de gasto, en virtud de la cual, la variación del gasto computable de la Administración, Central, de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, no podrá superar la tasa de referencia de crecimiento del PIB de medio plazo de la economía española¹.

De acuerdo con el artículo 11 del Decreto 225/2015, que establece las disposiciones específicas para entidades del sector público regional instrumental, los ingresos y el resto de aportaciones a las entidades, empresas y fundaciones del sector público regional, provenientes de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, de sus organismos autónomos

¹ El Ministerio de Economía y Competitividad fijó la tasa de referencia de crecimiento del PIB de medio plazo de la economía española para el ejercicio 2016 en el 1,8%. A su vez, el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas remitió la propuesta de objetivos para el período 2016-2018 al Consejo de Política Fiscal y Financiera, que informó favorablemente dicha propuesta en su sesión del 8 de julio de 2015, quedando establecido en el 0,3% del PIB para 2016.

o de cualquier entidad perteneciente al sector público regional serán, como máximo, los consignados en los presupuestos de explotación y capital integrados en los Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades para 2015.

Sólo quedarían exceptuadas aquellas entidades, empresas y fundaciones públicas que se hayan extinguido o se encuentren en proceso de extinción, así como aquellas que se hayan transformado, fusionado o escindido o se encuentren en el curso de tales operaciones.

II. Acceso electrónico a la información registral de fundaciones

La disposición adicional segunda del Decreto 22/2015, de 30 de abril, de reducción de plazos y modificación del sentido del silencio administrativo en determinados procedimientos tramitados por la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha², contempla unas previsiones sobre el acceso electrónico a la información registral de fundaciones.

Establece así para impulsar el principio de transparencia que cualquier persona, a través de la sede electrónica de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, podrá consultar, con respeto a la legislación sobre protección de datos, los datos básicos inscritos en el Registro de Fundaciones de Castilla-La Mancha siguientes:

- a) Nombre de la fundación.
- b) Código de inscripción registral.
- c) Tipo de fundación.
- d) Fecha de inscripción registral.
- e) Domicilio.
- f) Localidad.
- g) Provincia.

² La Ley de Castilla-La Mancha 7/2013, de 21 de noviembre, de Adecuación de Procedimientos Administrativos y Reguladora del Régimen General de la Declaración Responsable y la Comunicación Previa, revisó los procedimientos incluidos en la Ley 8/2006, de 20 de diciembre, que establece el régimen jurídico aplicable a la resolución administrativa en determinadas materias, en concreto, el plazo máximo de resolución y notificación superior a seis meses y el sentido desestimatorio del silencio en un número determinado de procedimientos, habilitando su disposición final segunda al Consejo de Gobierno a modificar, mediante Decreto y en relación con los procedimientos regulados por normas autonómicas con rango de ley, los plazos de duración máxima en los procedimientos que no excedan de seis meses y el sentido del silencio administrativo desestimatorio en estimatorio.

- h) Código postal.
- i) Teléfono.
- j) Correo electrónico.
- k) Web.
- l) Fines.
- m) Estatutos.

El Protectorado publicará la relación de las fundaciones inscritas que hayan cumplido debidamente la obligación de presentar las cuentas anuales en el primer semestre del año, en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha y en la sede electrónica de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Si esta obligación se hubiera cumplido fuera del plazo legal, se indicará expresamente en cada caso.

III. Controles organizativos relativos a las fundaciones públicas regionales

La disposición adicional tercera del Decreto 22/2015, de 30 de abril, de reducción de plazos y modificación del sentido del silencio administrativo en determinados procedimientos tramitados por la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, se dedica a las Fundaciones del sector público regional y la aceptación por la Administración de la Junta de Comunidades de la condición de miembro del patronato de fundaciones.

En este sentido, prevé que para la tramitación ante el Protectorado y Registro de Fundaciones de Castilla-La Mancha de la inscripción y, en su caso, autorización, no oposición o ratificación, de la constitución, transformación, fusión, extinción, actos o negocios que impliquen la pérdida de su carácter y modificación de estatutos de las fundaciones del sector público regional, será requisito previo la obtención de la autorización correspondiente mediante acuerdo del Consejo de Gobierno, que se adjuntará a la documentación que acompañe a la solicitud que proceda.

También para la tramitación ante el Registro de Fundaciones de Castilla-La Mancha de la inscripción de la aceptación como miembros del patronato de una fundación de personas en razón de su cargo en la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, será requisito previo la obtención de la autorización correspondiente mediante acuerdo del Consejo de Gobierno, que se adjuntará a la documentación que acompañe a la solicitud.

Sin perjuicio de la preceptiva autorización del Protectorado de Fundaciones de Castilla-La Mancha, los actos de enajenación y gravamen de los bienes y derechos que formen parte de la dotación o estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, así como los que impliquen autocontratación, de las fundaciones del sector público regional, requerirán autorización previa mediante acuerdo del Consejo de Gobierno, que se adjuntará a la documentación que se acompañe a la solicitud.

IV. Jurisprudencia sobre fundaciones: reconocimiento en proceso selectivo de formación recibida en una fundación del sector público

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha n.º 192/2015 de 24 febrero, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, recurso contencioso-administrativo 89/2012, se pronuncia sobre unas pruebas selectivas para ingreso en la función pública, en concreto en el Servicio de Salud de Castilla La Mancha, en la categoría de grupo auxiliar de la función administrativa.

Frente a la valoración de méritos que hizo la Administración, el TSJ de Castilla-La Mancha estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo y entiende que sí procede valorar curso de «Introducción a Windows XP», que fue impartido por la «Fundación Tripartita para el Empleo».

Para llegar a su conclusión, el Tribunal analiza el artículo 2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, que define el sector público estatal a efectos de la norma e incluye en el mismo a las fundaciones del sector público estatal, definidas en la Ley de Fundaciones.

Por otra parte, el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo, señala en su artículo 34 que la Fundación Tripartita para la Formación en el Empleo, perteneciente al Sector Público Estatal, «tiene carácter tripartito y su Patronato está constituido por la Administración Pública (con representación del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y las Comunidades Autónomas) y por las organizaciones empresariales y sindicales más representativas».



Implantación de un sistema de gestión y calidad dentro del Protectorado y Registro de Fundaciones de Castilla-La Mancha¹

Inés Peláez Peláez

Coordinadora de Finanzas y Logística de la Fundación Atenea Grupo GID
Máster en Administración y Dirección de Asociaciones, Fundaciones y Entidades No Lucrativas
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: 1. *Justificación del trabajo*. 2. *Descripción de la situación: punto de partida*. 3. *Objetivo general y objetivos específicos*. 4. *Metodología*. 5. *Estructura*.—II. MARCO TEÓRICO: 1. *Definición y antecedentes históricos de fundación como institución*: A) Definición. B) Antecedentes históricos. C) Contexto actual. 2. *Estructura y funciones de los protectorados y registros de fundaciones*: A) Funciones registrales y funciones del Protectorado. B) Ámbito estatal. C) Ámbito autonómico. 3. *El Protectorado y Registro de Fundaciones de Castilla-La Mancha*.—III. IMPLANTACIÓN DE UN SISTEMA DE GESTIÓN Y CALIDAD DENTRO DEL PROTECTORADO Y REGISTRO DE FUNDACIONES DE CASTILLA-LA MANCHA: 1. *Descripción del servicio y análisis de la situación*. 2. *Proceso de modernización mediante la implantación de un sistema de gestión y calidad*: A) Estandarización de los procesos de trabajo. B) Tramitación electrónica. C) Optimización de los recursos humanos. IV. CONSIDERACIONES FINALES.—V. BIBLIOGRAFÍA Y WEBGRAFÍA.

I. Introducción

1. *Justificación del trabajo*

La sociedad de nuestro tiempo se encuentra inmersa en un profundo y continuo cambio prácticamente en todos los ámbitos: social, económico, político y tecnológico, lo cual exige un gran esfuerzo de adaptación por parte de las Administraciones Públicas a esta nueva realidad. La modernización administrativa debe ser una puesta al día permanente de la Administración a las exigencias de los nuevos tiempos, debe ser un proceso inacabado como lo son todos los cambios sociales, los cuales no tienen fin. Este nuevo contexto ha traído consigo cambios en lo relativo a los procedimientos de gestión

¹ Trabajo Fin de Máster presentado en el XIX Máster de Administración y Dirección de Asociaciones, Fundaciones y Entidades No Lucrativas de la Universidad Autónoma de Madrid (UAM).

internos y externos de las Administraciones Públicas, tales como el modo en la que éstas se acercan a los ciudadanos o en las formas de prestación de los servicios.

Las Administraciones Públicas deben asegurar un marco normativo estable y adaptado a las necesidades de los ciudadanos y que contribuya a simplificar las relaciones entre las distintas administraciones. Las medidas de modernización de las Administraciones Públicas deben ir orientadas principalmente al desarrollo e implantación de la administración electrónica, la simplificación de los procedimientos administrativos y la reducción de las cargas administrativas, la mejora de la calidad en la prestación de los servicios públicos, la evaluación y el control de los programas y las políticas públicas, la dirección por objetivos orientada a resultados, la gestión integral del conocimiento corporativo y la transversalidad.

Los protectorados y los registros de fundaciones, como parte de las Administraciones Públicas, no deben ser ajenos a estos procesos de modernización, sobre todo los protectorados, para que, según la Asociación Española de Fundaciones (AEF), sean concebidos como órganos supervisores y reguladores similares a los previstos para otros sectores económicos y sociales que están en áreas de interés general y, sobre todo, para que puedan contar con recursos materiales y humanos adecuados y sean eficaces los instrumentos de supervisión que contempla la legislación actual.

Uno de los grandes retos que afrontan los protectorados y registros de fundaciones en el actual Ordenamiento español es la dispersión administrativa, ya sea a nivel estatal como autonómico, lo cual conlleva inseguridad jurídica y discrecionalidad, y por tanto la nueva normativa en materia de fundaciones se debe encaminar a dar más transparencia al sector y a favorecer aún más la rendición de cuentas, con criterios de buen gobierno para todos los miembros de los patronatos, y a proporcionar un mejor y más fácil acceso a la información por parte de los ciudadanos, además de mejorar la interlocución de las fundaciones con la administración pública.

2. Descripción de la situación: punto de partida

Este trabajo se va a centrar en el Protectorado y Registro de Fundaciones de Castilla-La Mancha, una unidad administrativa de tamaño medio, con un personal adscrito de 8 funcionarios y con alrededor de 400 fundaciones registradas, que desde que se transfirieron las competencias por parte del Estado a la Comunidad Autónoma, en el año 1995, ha evolucionado muy poco, funcionando con procedimientos y procesos antiguos, casi arcaicos, y poco

adaptado a las nuevas corrientes de modernización de las Administraciones Públicas.

3. *Objetivo general y objetivos específicos*

El objetivo general de este trabajo es estudiar el proceso de modernización del Protectorado y Registro de Fundaciones de Castilla-La Mancha mediante la implantación de un sistema de gestión y de calidad. Dentro de este objetivo general, destacan tres objetivos específicos:

- 1.º La estandarización del trabajo mediante protocolos y guías de tramitación.
- 2.º La implantación de la gestión y tramitación electrónica.
- 3.º La optimización de los recursos humanos disponibles.

4. *Metodología*

La metodología a utilizar se va a basar fundamentalmente, al ser un estudio de caso, en la obtención de información directamente de las fuentes originarias, mediante entrevistas con el Jefe de Servicio de Planificación y Coordinación Jurídica, responsable del Protectorado y Registro de Fundaciones de Castilla-La Mancha, y con otros miembros del Servicio, y la recopilación de información mediante documentos, tanto de gestión como administrativos, puestos a disposición por dicha unidad de la administración autonómica.

Para el marco teórico, se va a recurrir a la obtención de información mediante los métodos clásicos de búsqueda de legislación, jurisprudencia, libros o artículos de doctrina sobre la materia, ya sea en versión papel o mediante buscadores y páginas web.

5. *Estructura*

La estructura del trabajo se soporta en cuatro pilares básicos:

- 1.º La introducción, donde se ha expuesto la justificación del trabajo, la descripción de la situación o el punto de partida, la definición del objetivo general y los objetivos específicos, la metodología llevada a cabo para la realización del trabajo y una breve explicación de la estructura del mismo.
- 2.º El marco teórico, donde se realiza una definición de fundación como institución, desde una visión histórica hacia la visión actual, se realiza un

análisis de las estructuras y funciones de los distintos protectorados y registros de fundaciones que existen en España, tanto en el ámbito estatal como autonómico, profundizando en el Protectorado y Registro de Fundaciones de Castilla-La Mancha.

3.º El desarrollo del proyecto, el cual consiste en la modernización del Protectorado y Registro de Fundaciones de Castilla-La Mancha mediante la implantación de un sistema de gestión y de calidad.

4.º Las consideraciones finales, las cuales van a hacer referencia al grado de implantación del proyecto y, por tanto, va a ser un instrumento de evaluación y control del mismo.

II. Marco teórico

1. *Definición y antecedentes históricos de fundación como institución*

A) *Definición*

El artículo 2 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, es fundamental para entender el concepto de fundación dentro del Derecho español, el cual dispone que: *«son fundaciones las organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general. Las fundaciones se rigen por la voluntad del fundador, por sus estatutos y, en todo caso, por la Ley»*. Por tanto, esta Ley establece las siguientes características esenciales de la figura de fundación:

- son organizaciones,
- sin fin de lucro,
- persiguen fines de interés general,
- disponen de un patrimonio afecto a tales fines.

Estos elementos básicos o estructurales sirven para entender la evolución histórica del concepto de fundación desde una perspectiva de patrimonio hacia una perspectiva de organización, que implica valorar más a las «personas» que a las «cosas». El patrimonio es el elemento históricamente más característico de las fundaciones, y lo sigue siendo hoy; sin patrimonio o dotación fundacional no hay fundación, pero la organización juega un papel instrumental muy importante y existe para alcanzar los fines de interés general mediante una adecuada gestión y administración de ese patrimonio.

Las fundaciones representan una más de las múltiples y diferentes figuras a través de las cuales las personas pueden aportar su grano de arena a la consecución de fines de interés general, sin embargo la participación privada en actividades de interés general puede desarrollarse a través de otras personas jurídicas, como asociaciones o corporaciones, o incluso, directamente, sin entidades interpuestas. La peculiaridad fundamental de las fundaciones radica en el desprendimiento patrimonial irreversible que el fundador efectúa.

B) *Antecedentes históricos*

La fundación ha sido y es un patrimonio afecto a una finalidad y estos tres elementos: patrimonio, afección y finalidad son característicos en todas las épocas y en todos los Ordenamientos de nuestro entorno.

La legislación de desarrollo de la Ley de Establecimientos Generales de Beneficencia, de 14 de enero de 1822, supone el inicio del concepto moderno de fundación, puesto que se considera de interés público y esto es lo que le va a perfilar en el futuro su singular régimen jurídico. En 1834 se crean los protectorados, cuyo origen se encuentra en el Derecho Canónico sobre las fundaciones pías, y cuyas primeras competencias son de inspección, protección y vigilancia. Por la Real Orden de 19 de abril de 1848 se ordena que se abra un registro donde consten las obras pías, memorias o fundaciones que vayan descubriéndose, puesto que era interés del gobierno investigar, por un lado cuántas fundaciones existían en las provincias dedicadas a la beneficencia y por otro lado, cuántas de ellas se encontraban alejadas del objeto al que las destinaron sus institutores. Durante este período son constantes las peticiones de información legal acerca de estas fundaciones, como la exhibición de las escrituras de fundación, peticiones que son el inicio de una colaboración entre estos establecimientos privados y el Protectorado que con el tiempo será conocida como la rendición de cuentas. En resumen, a finales del siglo XIX se impone dentro de la fundación una organización: la junta de patronos o los administradores, así como la gratuidad absoluta de sus cargos, y además se consolida como nuevo ente el Protectorado con finalidades de control y fiscalización. Sobre estas bases históricas nace el moderno concepto de fundación.

Actualmente, el derecho de fundación para fines de interés general viene recogido en el artículo 34.1 de la Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978, lo cual constituye una verdadera novedad en el Ordenamiento Jurídico español puesto que es la primera vez que una Constitución lo contempla como derecho subjetivo. La Ley 30/1994, de 24 noviembre, de Fundaciones e Incentivos Fiscales a la Participación privada en Actividades de

Interés General, supuso un importante avance normativo en la regulación de las fundaciones, cuyas normas hasta entonces se encontraban dispersas y resultaban inadecuadas a las nuevas demandas sociales y, por tanto, se puso fin a una regulación en materia de fundaciones antigua, fragmentada e incompleta. La vigente Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, sustituye a esta anterior y pretende superar ciertas rigideces de la anterior regulación, denunciadas por las propias fundaciones, así como recoger en el Ordenamiento Jurídico español algunas experiencias positivas contempladas en otros países de nuestro entorno.

C) *Contexto actual*

En un contexto de crisis económica como el actual, en el que los recursos de las fundaciones, sobre todo los procedentes de las Administraciones Públicas, se ven limitados, el replanteamiento de las estrategias de financiación de las entidades y el establecimiento de alianzas, tanto con el sector empresarial como con otras entidades no lucrativas, puede representar una oportunidad para mantener y reforzar el buen desarrollo de sus programas y actividades, así como para ampliar el número de potenciales beneficiarios.

Además, en este nuevo entorno, la ciudadanía es cada vez más exigente con el papel que deben jugar en un futuro las fundaciones, ya no como un elemento complementario al Estado dentro del llamado «Estado del Bienestar», sino como su pilar fundamental, y por ello las entidades deben regirse por los principios de buen gobierno y transparencia. Y para las empresas, la «responsabilidad social corporativa» ya no puede suponer una utilización táctica para sus campañas de comunicación y marketing, sino una parte sustancial de sus valores y de su estrategia, en esencia, su columna vertebral, y hacer de la colaboración con las fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro una pieza importante de su política de alianzas.

Las fundaciones en este proceso de transformación deben incorporar modelos flexibles de organización capaces de adaptarse a las necesidades sociales cambiantes y a estos nuevos retos de transformación, con un modelo de financiación basado en la diversificación (pública, privada de empresas, privada de particulares y propia), y a través también del trabajo en red y la colaboración con entidades que buscan un impacto común, de fusiones o alianzas como vía para incrementar la eficiencia, competitividad y el impacto en resultados y de una relación intensa con la sociedad civil en sus diferentes facetas de colaboración (donante/voluntario/ciudadano). Y los protectorados y registros de fundaciones deben regirse por un marco regulador adecuado a esta evolución, para que las fundaciones puedan promover la

participación activa de la sociedad civil y se contribuya a incrementar la financiación privada de las entidades sin fin de lucro.

2. Estructura y funciones de los protectorados y registros de fundaciones

A) Funciones registrales y funciones del Protectorado

Funciones registrales.

Los principios que rigen los registros de fundaciones, tanto el estatal como los autonómicos, intentan ser una réplica o adaptación de los que inspiran los dos Registros Públicos más conocidos y consolidados: el de la Propiedad y el Mercantil; y estos principios sobre los que se asienta el régimen registral de las fundaciones se pueden concentrar en siete:

- 1.º Titulación pública.
- 2.º Legalidad.
- 3.º Legitimación.
- 4.º Fe pública.
- 5.º Prioridad.
- 6.º Tracto sucesivo.
- 7.º Publicidad formal.

La normativa que rige en la actualidad el Registro de Fundaciones de competencia estatal, pretende convertir a este Registro en una instancia centralizada en relación con los Registros equivalentes de las Comunidades Autónomas, donde consten ciertos datos fundamentales, sin embargo, en la realidad, la constitución de registros y órganos de protectorado propios por parte de las Comunidades Autónomas ha provocado la existencia de regímenes registrales distintos. En la práctica, tampoco a nivel estatal el Registro de Fundaciones se encuentra centralizado, puesto que existen tantos registros como protectorados, a pesar del esfuerzo del Ministerio de Justicia de avanzar hacia la puesta en marcha efectiva del Registro Único de fundaciones de competencia estatal. A pesar de ello, tanto la normativa estatal como la autonómica, coinciden en considerar al registro de fundaciones como un registro administrativo sujeto, en cuanto a la legitimación de acceso por parte de los interesados, funcionamiento y alcance de publicidad, a lo establecido en la legislación estatal.

Para entender las principales funciones de los registros de fundaciones, se relacionan a continuación las que aparecen en el Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, del Registro de Fundaciones de competencia estatal. Se-

gún este reglamento, el Registro tiene por objeto la inscripción, constancia y depósito de los actos, negocios jurídicos y documentos relativos a las fundaciones, y sus funciones son:

- a) La inscripción de las fundaciones y los actos relativos a ellas que determinan la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, y el Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre.
- b) La legalización de los libros obligatorios de las fundaciones: libro de actos, libro diario y libro de planes de actuación y cuentas anuales.
- c) El nombramiento de auditores de cuentas.
- d) El depósito y publicidad del plan de actuación y de las cuentas anuales, acompañadas, cuando proceda, del informe de auditoría y del informe anual sobre el grado de cumplimiento de los códigos de conducta para la realización de inversiones temporales.
- e) La expedición de certificaciones sobre denominaciones, y de certificaciones y notas sobre los asientos y documentos que obren en el Registro.
- f) La determinación del protectorado de la fundación.
- g) La evacuación de consultas, cuando éstas sean de interés general.

Funciones del Protectorado.

Cabe identificar al protectorado como al órgano o unidad administrativa a quien, conforme a la normativa, se encomienda el ejercicio de la potestad de tutela sobre todas o determinada clase de fundaciones. La principal justificación para fundamentar esta intervención pública y la existencia de este órgano administrativo de control, es la de garantizar el cumplimiento de la voluntad del fundador durante toda la vida de la fundación, lo que se concreta en la conservación de su patrimonio fundacional y la aplicación de los rendimientos que se obtengan a idénticas o semejantes finalidades. Además, al ser las fundaciones entidades de base patrimonial y no personal, y no existir un desdoblamiento orgánico, el protectorado se configura también como un órgano de control y supervisión del patronato, sin olvidar que son entidades autónomas y que el protectorado no puede sustituir al patronato salvo en casos muy graves, y debe actuar siguiendo principios de legalidad y no de oportunidad. La normativa en materia de fundaciones de las Comunidades Autónomas ha recogido idéntico criterio, en el que se inspira la legislación del Estado y en que se basa el concepto de protectorado.

El Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal, recoge en sus artícu-

los las principales funciones del Protectorado de Fundaciones ejercido desde la Administración General del Estado:

1. Funciones de apoyo, impulso y asesoramiento: asesorar a las fundaciones en proceso de constitución en relación con la normativa aplicable a dicho proceso, asesorar a las fundaciones ya inscritas en relación con su régimen jurídico, económico-financiero y contable, promover la realización de estudios de viabilidad, dar a conocer la existencia y actividades de las fundaciones y promover la elaboración de publicaciones sobre los diversos aspectos de la realidad fundacional.

2. Funciones en relación con el proceso de constitución: velar por el respecto a la legalidad en la constitución de la fundación e informar sobre la idoneidad de los fines y sobre la adecuación y suficiencia de la dotación fundacional.

3. Funciones en relación con el patronato: autorizar al patronato para asignar retribuciones a los patronos distintas de las propias de su cargo, autorizar a los patronos a contratar con la fundación.

4. Funciones en relación con el patrimonio de la fundación: autorizar la enajenación o gravamen de los bienes y derechos de la fundación cuando formen parte de la dotación o estén directamente vinculados al cumplimiento de sus fines, velar en todo momento por la adecuación y suficiencia de la dotación fundacional.

5. Funciones relativas al cumplimiento de fines: velar por el efectivo cumplimiento de los fines fundacionales, conocer y examinar el plan de actuación y las cuentas anuales, verificar si los recursos económicos de la fundación han sido aplicados a los fines fundacionales.

6. Funciones en relación con la modificación de estatutos, fusión y extinción de las fundaciones: tener conocimiento y, en su caso, oponerse por razones de legalidad o de forma motivada a los acuerdos de modificación de estatutos o de fusión adoptados por el patronato, ratificar el acuerdo del patronato sobre la extinción de la fundación, tener conocimiento y supervisar las operaciones de liquidación de la fundación.

7. Funciones en relación con el ejercicio de las acciones legalmente previstas: ejercitar la acción de responsabilidad en favor de la fundación frente a los patronos, instar judicialmente el cese de los patronos por la no diligencia en el desempeño de su cargo, impugnar los actos y acuerdos del patronato que sean contrarios a la ley o a los estatutos, instar de la autoridad judicial la intervención de la fundación cuando concurren las circunstancias previstas legalmente.

B) *Ámbito estatal*

El modelo de Registro de Fundaciones de ámbito estatal que aparece en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, es un modelo único, al establecer que «existirá un Registro de Fundaciones de competencia estatal dependiente del Ministerio de Justicia, en el que se inscribirán los actos relativos a las fundaciones que desarrollen su actividad en todo el territorio del Estado o principalmente en el territorio de más de una Comunidad Autónoma». Y sobre el Protectorado esta ley expone que será ejercido por la Administración General del Estado respecto de las fundaciones de competencia estatal, sin precisar su concreta organización.

No obstante a lo anterior, lo cierto es que hasta la fecha no se ha puesto en marcha el Registro único de Fundaciones de competencia estatal, de tal forma que actualmente se han consolidado tantos registros como los existentes hasta la fecha de promulgación de la Ley 50/2002, y son los diferentes Ministerios quienes asumen la responsabilidad del registro y protectorado de las fundaciones de sus concretos ámbitos sectoriales, según sus propios criterios administrativos, lo que en ocasiones confunde a fundaciones y a ciudadanos abrumados por una indeseable y *contra legem* dispersión organizativa.

Actualmente existen los siguientes protectorados y registros de fundaciones en la Administración General del Estado:

— *Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Secretaría General Técnica. Subdirección General de Normativa. Protectorado y Registro de Fundaciones.*

Corresponde al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad el ejercicio del Protectorado de Fundaciones con fines de asistencia social e inclusión social, sanitarios, de cooperación para el desarrollo, fomento de la economía social, promoción del voluntariado, cívicos, defensa de los derechos humanos, promoción de la acción social y promoción y atención a personas en riesgo de exclusión.

La inscripción registral, depósito o incorporación al Registro de los actos y documentos relativos a las fundaciones cuyos fines sean los anteriormente relacionados, en tanto no entre en funcionamiento el Registro de Fundaciones de Competencia Estatal, debe realizarse en el Registro de Fundaciones de este Departamento.

— *Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. Subsecretaría. Secretaría General Técnica. Subdirección General del Protectorado de Fundaciones.*

Este Ministerio ejerce las atribuciones del Protectorado de las fundaciones cuyos fines de interés general sean de carácter educativo, cultural, deportivo

y los relacionados con la investigación, el desarrollo tecnológico y la innovación.

El Registro de este Ministerio desarrolla sus funciones respecto de las fundaciones de carácter educativo, cultural, deportivo y de investigación, así como respecto de aquellas otras que así se haya determinado por no disponer en su ámbito de Registro.

— *Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Subdirección General de la Economía Social, del Trabajo Autónomo y de la Responsabilidad Social de las Empresas. Registro de Sociedades Cooperativas, Sociedades Laborales y Fundaciones Laborales.*

El Protectorado de Fundaciones Laborales de competencia estatal es ejercido a través del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, teniendo como objetivo velar por el correcto ejercicio del derecho de fundación y asegurar la legalidad de la constitución y funcionamiento de las fundaciones laborales.

La inscripción registral, depósito o incorporación al Registro de los actos y documentos relativos a las fundaciones de carácter laboral, debe realizarse en el Registro de Fundaciones de este Departamento.

— *Ministerio de Industria, Energía y Turismo. Subsecretaría.*

Corresponde al Ministerio de Industria, Energía y Turismo el ejercicio del Protectorado y Registro de Fundaciones, cuyos fines estén relacionados con energía, desarrollo industrial, turismo, telecomunicaciones y de la sociedad de la información.

— *Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente. Subsecretaría. Vicesecretaría General Técnica.*

El Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente ejerce el Protectorado y Registro de fundaciones cuando sus fines estén vinculados con las atribuciones de este Ministerio.

— *Ministerio de Fomento. Subsecretaría.*

El Ministerio de Fomento ejerce el Protectorado respecto de las fundaciones de competencia estatal, cuyos fines fundacionales estén más directamente relacionadas con las competencias de este Ministerio.

La inscripción registral, depósito o incorporación al Registro de los actos y documentos relativos a las fundaciones con fines relacionados con este Ministerio, en tanto no entre en funcionamiento el Registro de Fundaciones de competencia estatal, debe realizarse en el Registro de Fundaciones de este Departamento.

—*Ministerio de Justicia. Subsecretaría. Dirección General de los Registros y del Notariado. Subdirección General del Notariado y de los Registros.*

El Ministerio de Justicia ejerce el Protectorado y Registro de fundaciones cuyos fines se vinculen con las atribuciones del Departamento. Además le corresponde a este Ministerio la competencia respecto a la llevanza del Registro Único de Fundaciones aprobado en el Reglamento del Registro de Fundaciones de competencia estatal, por Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre.

—*Entidades Religiosas. Secretaría de Estado de Justicia. Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional y Relaciones con las Confesiones. Subdirección General de Relaciones con las Confesiones.*

El Registro de Entidades Religiosas ejerce sus competencias sobre las entidades religiosas que quieran obtener personalidad jurídica civil.

En el Registro consta el nombre oficial de la entidad, la fecha y número de inscripción, el domicilio social, una descripción de sus fines, su régimen de funcionamiento y órganos representativos y, en la mayor parte de los casos, los nombres de los representantes legales y de los lugares de culto (iglesias, templos, mezquitas, sinagogas, oratorios, etc.).

—*Ministerio de Economía y Competitividad. Secretaría General del Tesoro y Política Financiera. Subdirección General de Legislación y Política Financiera.*

De conformidad con lo previsto en la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias, el protectorado de las fundaciones bancarias cuyo ámbito de actuación principal exceda el de una Comunidad Autónoma será ejercido por el Ministerio de Economía y Competitividad.

C) *Ámbito autonómico*

Ante la imposibilidad de entrar en un análisis detallado de las funciones que, en cada una de las Comunidades Autónomas, se encomienda al Protectorado y Registro de Fundaciones, puede llevarse a cabo un resumen breve del panorama en materia de fundaciones que se plantea en el Estado de las Autonomías:

Comunidad Autónoma de Cataluña.

Las funciones que ejerce el Protectorado y otras materias relacionadas con fundaciones se recogen en la Ley 21/2014, de 29 de diciembre, del protectorado de las fundaciones y de verificación de la actividad de las asociaciones

declaradas de utilidad pública. Al Protectorado de Fundaciones en Cataluña le corresponde funciones de asesoramiento, de registro, de supervisión, de suplencia y de nombramiento de patronos, siempre respetando los supuestos establecidos en el Código civil de Cataluña.

El Protectorado y Registro de Fundaciones de Cataluña se encuentra en la Subdirección General de Entidades Jurídicas y del Protectorado, Dirección General de Derecho de Entidades Jurídicas, Secretaría General de Justicia, Departamento de Justicia.

Comunidad Autónoma de Galicia.

Las funciones del Protectorado gallego se recogen en la Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de fundaciones de interés gallego y en el Decreto 14/2009, de 21 de enero, por el que se aprueba el reglamento de fundaciones de interés gallego. Esta normativa atribuye al Protectorado de Fundaciones de Galicia funciones de apoyo, impulso y asesoramiento, en relación al proceso de constitución, en relación con el patronato, en relación con el patrimonio de la fundación, relativas al cumplimiento de los fines fundacionales, en relación con la modificación, fusión, escisión y extinción de las fundaciones y en relación con el ejercicio de las acciones previstas legalmente. Por lo cual, se deduce que son funciones prácticamente idénticas a las atribuidas al Protectorado de Fundaciones de competencia estatal.

El Registro de Fundaciones de Galicia es único y se encuentra dentro de la Secretaría General, Vicepresidencia y Consejería de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia. Existen distintas secciones adscritas a cada uno de las Consejerías con funciones de protectorado, en cada una de las cuales se lleva un registro auxiliar.

Comunidad Autónoma del País Vasco.

Conforme a la Ley 12/1994, de 17 de junio, de Fundaciones del País Vasco, al Decreto 100/2007, de 19 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del Protectorado de Fundaciones del País Vasco, y al Decreto 101/2007, de 19 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Fundaciones del País Vasco, al Protectorado le corresponden las siguientes funciones genéricas: asesorar e informar a las fundaciones en constitución y ya inscritas, llevar el Registro de Fundaciones, velar por el efectivo cumplimiento de los fines de cada fundación, verificar la aplicación de los recursos económicos de las fundaciones al cumplimiento de sus fines de interés general, aprobar los acuerdos de modificación estatutaria y fusión, y ratificar los

acuerdos de extinción, así como controlar las operaciones de liquidación de las fundaciones, entre otras funciones.

El Protectorado y Registro de Fundaciones del País Vasco está situado dentro de la Dirección de Relaciones con las Administraciones Locales y Registros Administrativos, Viceconsejería de Relaciones Institucionales, Departamento de Administración Pública y Justicia.

Comunidad Autónoma de Canarias.

Con carácter general, las funciones del Protectorado de las fundaciones canarias se regulan por la Ley 2/1998, de 6 de abril, de Fundaciones de Canarias, y por el Decreto 188/1990, de 19 de septiembre, por el que se aprueba el reglamento de organización y funcionamiento del Protectorado de Fundaciones Canarias, las cuales se pueden concretar en: asesorar e informar a las fundaciones inscritas o en proceso de constitución; velar por el efectivo cumplimiento de los fines de cada fundación conforme a la voluntad expresada por el fundador y teniendo en cuenta la consecución del interés general; comprobar si los recursos económicos de las fundaciones se destinan al cumplimiento de los fines fundacionales; ejercer la acción de responsabilidad de los patronos cuando ello fuera pertinente; dar la adecuada publicidad a la existencia y a las actividades de las fundaciones; u otorgar las autorizaciones y aprobaciones previstas en la ley.

El Protectorado y Registro de Fundaciones de la Comunidad Autónoma canaria se sitúa dentro de la Dirección General de Transparencia, Participación Ciudadana y Relaciones Institucionales, Viceconsejería de Relaciones con el Parlamento y Transparencia, Consejería de Presidencia, Justicia e Igualdad.

Comunidad Autónoma de Andalucía.

La Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía y el Decreto 279/2003, de 7 de octubre, por el que se crea el Registro de Fundaciones de Andalucía y se aprueba su reglamento de organización y funcionamiento, recogen las funciones del Protectorado de las fundaciones andaluzas, tales como asesorar a las fundaciones que se encuentren en proceso de constitución; informar sobre la adecuación y suficiencia de la dotación y sobre la idoneidad de los fines de las fundaciones en proceso de constitución; velar por el cumplimiento adecuado de los fines fundacionales de acuerdo con la voluntad del fundador y teniendo en cuenta la consecución del interés general; velar por la integridad, suficiencia y rentabilidad del patrimonio fundacional y verificar si los recursos económicos de las fundaciones han sido aplicados al cumplimiento de los fines fundacio-

nales; garantizar la legalidad de las modificaciones de estatutos, fusiones y extinciones de las fundaciones; y controlar el proceso de liquidación, entre otras.

El Protectorado y Registro de Fundaciones de Andalucía se encuentra en la Dirección General de Justicia Juvenil y Cooperación, Secretaría General para la Justicia, Consejería de Justicia e Interior.

Comunidad Autónoma de Castilla y León.

Conforme a la Ley 13/2002, de 15 de junio, de Fundaciones de Castilla y León y al Decreto 63/2005, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de Castilla y León, las funciones asignadas al Protectorado son las siguientes: informar a los interesados sobre el régimen jurídico, económico y fiscal de las fundaciones, así como de los trámites y procedimientos para su constitución; asesorar a las fundaciones sobre las cuestiones jurídicas, contables y fiscales que se susciten en la constitución y funcionamiento de las mismas; apoyar a las fundaciones en la realización de las actividades para el cumplimiento de sus fines; velar por la efectiva realización de actividades dirigidas al cumplimiento de los fines fundacionales, procurando respetar la voluntad del fundador siempre que no sea contraria a lo dispuesto en la normativa aplicable y persiga fines de interés general; comprobar la aplicación de los recursos de la fundación al cumplimiento de los fines fundacionales; y verificar que las actuaciones de las fundaciones y sus órganos de gobierno y administración se llevan a cabo de conformidad con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico.

El Protectorado y Registro de Fundaciones de Castilla y León se encuentra situado dentro de la Secretaría General, Consejería de Presidencia.

Comunidad Autónoma de Madrid.

La Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid y el Decreto 20/2002, de 24 de enero, por el que se regula el Registro de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, establece cuáles son las funciones propias del Protectorado: velar por el efectivo cumplimiento de los fines fundacionales de acuerdo con la voluntad del fundador y teniendo en cuenta la consecución del interés general; asesorar a las fundaciones que se encuentren en trámite de constitución o ya inscritas, en cualquier asunto que se refiera a su régimen jurídico o económico, o a las actividades a realizar en cumplimiento de sus fines; difundir la existencia y las actividades de las fundaciones; y verificar si los recursos económicos de la fundación han sido

aplicados a los fines fundacionales, pudiendo solicitar del patronato la información que a tal efecto resulte necesaria.

En el ámbito de cada Consejería la titularidad del Protectorado corresponde al Consejero, sin perjuicio de la posibilidad de desconcentración de dicha titularidad o delegación del ejercicio de la competencia.

El Registro de Fundaciones de la Comunidad de Madrid es único y se encuentra dentro de la Subdirección General de Política Interior, Dirección General de Seguridad, Viceconsejería de Presidencia y Justicia, Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno.

Comunidad Autónoma de Cantabria.

Son funciones del Protectorado, conforme señala el Decreto 26/1997, de 11 de abril, por el que se crea y regula el Protectorado y el Registro de las Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Cantabria, las siguientes: asegurar la legalidad en la constitución de la fundación; asesorar a las fundaciones ya inscritas y a las que se encuentren en período de constitución sobre aquellos asuntos que afecten a su régimen jurídico y económico, así como a las cuestiones que se refieran a las actividades desarrolladas por aquellas en el cumplimiento de sus fines, prestándoles a tal efecto el apoyo necesario; elaborar el informe previo a la inscripción de la fundación en el Registro en relación a los fines y suficiencia de la dotación; comprobar si los recursos económicos de la fundación han sido aplicados a los fines fundacionales; ejercer provisionalmente las funciones del órgano de gobierno o patronato de la fundación, si por cualquier motivo faltasen todas las personas que lo debieran integrar; ejercer la correspondiente acción de responsabilidad por los daños y perjuicios que causen los patronos por actos contrarios a la Ley o a los estatutos, o por los realizados negligentemente; resolver las solicitudes de autorización para todos aquellos asuntos y actos de administración y gestión de las fundaciones que precisen la del Protectorado; controlar la liquidación del patrimonio de las fundaciones; y decidir, cuando proceda, el destino de los bienes de la fundación liquidada, entre otras.

El Protectorado y Registro de Fundaciones cántabras se sitúa dentro de la Secretaría General, Consejería de Presidencia y Justicia.

Comunidad Valenciana.

La Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de Fundaciones de la Comunidad Valenciana, establece las funciones que debe asumir el Protectorado: llevar el Registro de Fundaciones; velar por el cumplimiento adecuado de las actividades que realicen los promotores, así como garantizar la efectiva afectación

de los bienes y derechos recaudados a fines de interés general; asesorar a los patronos de las fundaciones en proceso de inscripción para alcanzar ésta y velar por la adecuación y suficiencia de la dotación; promover que las fundaciones ya constituidas en escritura pública procedan a su inscripción en el Registro de Fundaciones; acordar y ejecutar las medidas provisionales legalmente establecidas en relación con el patronato, y velar por el cumplimiento de las obligaciones que incumben a los patronos; velar por el efectivo cumplimiento de los fines fundacionales de acuerdo con la voluntad del fundador y teniendo en cuenta la consecución del interés general; velar por la integridad, suficiencia y rentabilidad del patrimonio fundacional y verificar si los recursos económicos de la fundación han sido aplicados a los fines fundacionales; garantizar la legalidad de las modificaciones de estatutos, fusiones y extinciones de las fundaciones, instando, en su caso, las correspondientes acciones judiciales, y controlar el proceso de liquidación; asesorar a las fundaciones ya inscritas sobre su régimen jurídico y económico, así como sobre las cuestiones que se refieran a las actividades desarrolladas por aquéllas en el cumplimiento de sus fines, prestándoles a tal efecto el apoyo necesario; y dar publicidad a la existencia y actividades de las fundaciones.

El Protectorado y Registro de Fundaciones de la Comunidad Valenciana está situado dentro de la Dirección General de Justicia, Secretaría Autonómica, Consejería de Justicia, Administración Pública, Reformas Democráticas y Libertades Públicas.

Comunidad Autónoma de Aragón.

Conforme al Decreto 276/1995, de 19 de diciembre, de la Diputación General de Aragón, por el que se regulan las competencias en materia de fundaciones y se crea el Registro de Fundaciones, las funciones encomendadas al Protectorado son: calificar las fundaciones y ordenar su inscripción en el Registro; aprobar o denegar la inscripción en el Registro de Fundaciones de las ya constituidas que modifiquen sus estatutos; autorizar la fusión de una fundación con otra, a propuesta del patronato y previo acuerdo de las fundaciones interesadas, o solicitar de la autoridad judicial la fusión de aquellas fundaciones que no puedan cumplir sus fines por sí mismas cuando éstos sean análogos y exista oposición de sus órganos de gobierno y no lo haya prohibido el fundador; ratificar el acuerdo del patronato para la extinción de la fundación por alguna de las causas previstas en la Ley; controlar el procedimiento de liquidación realizado por el patronato en el supuesto de extinción de la fundación, y determinar el destino de los bienes y derechos resultantes de esa liquidación de las fundaciones; requerir del patronato, después de oído, la adopción de las medidas correctoras pertinentes, si se hubiera advertido en

la gestión económica alguna grave irregularidad, que ponga en peligro la subsistencia de la fundación o suponga una desviación grave de los fines fundacionales, o de la actividad realizada, entre algunas otras.

El Protectorado y Registro de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Aragón se encuentra dentro de la Dirección General de Justicia e Interior, Departamento de Presidencia.

Las Comunidades Autónomas que no han dictado una Ley propia en materia de fundaciones; como Asturias, Murcia, Islas Baleares, Castilla-La Mancha, Extremadura y La Rioja, se rigen por la normativa estatal, y en concreto por lo establecido en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, en lo que se refiere a la regulación de las funciones del protectorado y del registro.

Las Comunidades Autónomas que han desarrollado un modelo de protectorado y registro único son: Aragón, Canarias, Cantabria, Castilla y León, Castilla-La Mancha, Cataluña, Extremadura y La Rioja. En cambio, las funciones del protectorado son ejercidas por las consejerías o departamentos que en cada momento sean competentes por razón de los fines o funciones que realicen las fundaciones, por lo que el protectorado puede ser múltiple, en las siguientes Comunidades Autónomas: Andalucía, Asturias, Galicia, Islas Baleares, Madrid, Murcia, Navarra, País Vasco y Valencia. Sin embargo, en la práctica, las Comunidades Autónomas que pueden acoger en su legislación un modelo múltiple de protectorado, han desarrollado normativas tendentes a un modelo único, con algunas excepciones como Asturias, Galicia, Islas Baleares, Madrid y Murcia, en las que puedan existir además diferentes registros de fundaciones.

Con la consolidación de modelos administrativos tendentes a presentar un protectorado y registro únicos, lo que se consigue es mejorar la agilización de los trámites administrativos que afectan al funcionamiento de las fundaciones, además de aumentar la eficiencia y la eficacia dentro de la administración pública mediante la racionalización de medios, tanto materiales como humanos; y sobre todo, fortalecer el principio de seguridad jurídica y reducir la discrecionalidad.

3. *El Protectorado y Registro de Fundaciones de Castilla-La Mancha*

En función del Real Decreto 385/1995, de 10 de marzo, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración General del Estado a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha en materia de fundaciones, el modelo de protectorado por el que se va a optar en esta comunidad autónoma es el modelo único. Además, mediante este Real Decreto se traspasan

a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha las funciones que la Administración del Estado realiza respecto de las fundaciones que desarrollan principalmente sus funciones en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma y que figuran en una relación que se adjuntó de cada Ministerio.

Desde el año 1995 que se traspasaron las competencias en materia de fundaciones, no se ha desarrollado dentro de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha ninguna norma autonómica en este campo. Por tanto, en lo que se refiere a las funciones del Protectorado y Registro de Fundaciones, se rige por la legislación del Estado:

—Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones. BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2002, páginas 45504 a 45515.

—Reglamento de Fundaciones de Competencia Estatal, aprobado por Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre. BOE núm. 279, de 22 de noviembre de 2005, páginas 38068 a 38082.

—Reglamento del Registro de Fundaciones de Competencia Estatal, aprobado por el Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre. BOE núm. 17, de 19 de enero de 2008, páginas 4091 a 4103.

En el Decreto 82/2015, de 14 de julio, por el que se establece la estructura orgánica y competencias de la Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas, en su artículo 5.2.c), se atribuye a la Viceconsejería de Administración Local y Coordinación Administrativa las funciones de *«ordenación y gestión del registro y protectorado de fundaciones, del registro de asociaciones, así como de los registros de colegios profesionales y consejos de colegios profesionales y las resoluciones relativas a las solicitudes de inscripción o anotación en dichos registros»*. Y dentro de la Viceconsejería de Administración Local y Coordinación Administrativa, la unidad administrativa encargada de la gestión ordinaria del Protectorado y Registro de Fundaciones de Castilla-La Mancha es el Servicio de Planificación y Coordinación Jurídica.

En el Decreto 22/2015, de 30 de abril, de reducción de plazos y modificación del sentido del silencio administrativo en determinados procedimientos tramitados por la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, se intenta dar cobertura jurídica al proceso de modernización y mejora de la gestión de la Administración autonómica y se establece la tramitación electrónica de los siguientes procedimientos en materia de fundaciones:

- a) Procedimientos de autorización de autocontratación.
- b) Procedimientos de autorización o comunicación de enajenaciones y gravámenes.

- c) Presentación de las cuentas anuales.
- d) Presentación de los planes anuales de actuación.
- e) Procedimientos de expedición del certificado de denominación.
- f) Solicitud de informe previo de calificación de estatutos.
- g) Solicitud de certificación sobre el contenido de los asientos del Registro.
- h) Solicitud de copia de documentos depositados en el Registro.

La veracidad e integridad de la documentación presentada electrónicamente se acreditará mediante la utilización de la firma electrónica de la fundación, como persona jurídica, o de la persona que ostente la representación legal de la entidad, según los sistemas de firma electrónica admitidos por la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

En este Decreto también se regula el acceso electrónico a la información registral de fundaciones, esto es, los datos básicos inscritos en el Registro de Fundaciones de Castilla-La Mancha, con respeto siempre a la legislación sobre protección de datos:

- a) Nombre de la fundación.
- b) Código de inscripción registral.
- c) Tipo de fundación.
- d) Fecha de inscripción registral.
- e) Domicilio.
- f) Localidad.
- g) Provincia.
- h) Código postal.
- i) Teléfono.
- j) Correo electrónico.
- k) Web.
- l) Fines.
- m) Estatutos.

El Protectorado publicará la relación de las fundaciones inscritas que hayan cumplido debidamente la obligación de presentar las cuentas anuales en el primer semestre del año, en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha y en la sede electrónica de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Si esta obligación se hubiera cumplido fuera del plazo legal, se indicará expresamente en cada caso.

Además, este Decreto regula ciertos procedimientos referentes a las fundaciones del sector público regional y a la aceptación por la Administración de la Junta de Comunidades de la condición de miembro del patronato de

fundaciones; uno de estos procedimientos y básicamente el principal es la obtención de la autorización correspondiente mediante acuerdo del Consejo de Gobierno, que debe adjuntarse a la documentación a presentar ante el Protectorado y Registro de Fundaciones de Castilla-La Mancha, para todos los actos y negocios jurídicos que afecten al funcionamiento y representación de todas las fundaciones del sector público castellano-manchego.

III. Implantación de un sistema de gestión y calidad dentro del Protectorado y Registro de Fundaciones de Castilla-La Mancha

1. Descripción del servicio y análisis de la situación

Inicialmente, lo primero que se realizó fue un análisis y diagnóstico de la situación de partida del Servicio de Planificación y Coordinación Jurídica, unidad administrativa encargada de la gestión ordinaria del Protectorado y Registro de Fundaciones de Castilla-La Mancha. El proceso de evaluación se llevó a cabo con los recursos propios de la Consejería correspondiente, sin ningún tipo de ayuda o colaboración por parte de evaluadores, certificadores o auditores externos, por tanto los costes derivados de este trabajo se hicieron a cargo del tiempo y de los salarios del personal funcionario interviniente.

Este análisis y diagnóstico llevó a detectar una serie de carencias y deficiencias que provocaban que el servicio que se prestara a las fundaciones fuese de escasa calidad, entre las que destacan las siguientes:

1. Normativas: Mientras que en otras comunidades autónomas se había desarrollado legislación específica en materia de fundaciones, en Castilla-La Mancha no existía norma autonómica alguna en dicho ámbito.

2. Gestión y organización:

- No existía un registro informatizado de fundaciones, toda la documentación estaba archivada en papel con el espacio y la carga administrativa que esto suponía.

- No existía un listado de todos procedimientos que se gestionaban en el Servicio, por tanto no se tenía una idea precisa de si el trabajo que se estaba realizando era correcto o no, de quien estaba llevando a cabo cada procedimiento dentro del Servicio, o en todo caso, si se satisfacían las necesidades administrativas de las fundaciones.

- No existía posibilidad de tramitar electrónicamente procedimiento alguno, toda la documentación se presentaba y se gestionaba en papel con lo

que el tiempo de respuesta para las fundaciones era mayor, al igual que era mayor el volumen de trabajo para el Servicio.

- La información y documentación estaba archivada en cajas sin orden y no había un respaldo informático de ninguno de esos documentos, lo que suponía una dificultad máxima al ir a buscar algún tipo de información y poder resolver los procedimientos de manera más ágil.

- Existían unas 400 fundaciones registradas y sobre las que la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha ejercía el Protectorado y no existía un diagnóstico sobre la situación de cada una de ellas, debido a la desorganización de la documentación y al desbarajuste de la gestión. Muchas de estas fundaciones no tenían actividad y el Protectorado se suponía que debía velar por el mantenimiento de su patrimonio; si no se tenía un diagnóstico de cada fundación, no se podía saber en qué estado se encontraba cada una.

- La información existente en la web estaba obsoleta y era insuficiente, lo que impedía a las fundaciones que se pudieran informar o pudieran realizar sus gestiones a través de la web y tuvieran que llamar por teléfono e incluso presentarse en persona en el Protectorado o Registro, lo cual suponía más carga de trabajo para la Administración y más inconvenientes para las fundaciones.

3. El retraso medio en la tramitación de los asuntos se estimó en un año, lo cual impedía en algunos casos el mejor funcionamiento interno de las fundaciones y la queja de éstas ante esta lentitud.

4. El personal adscrito al Servicio de Planificación y Coordinación Jurídica, responsable del Protectorado y Registro de Fundaciones de Castilla-La Mancha, era el siguiente:

- Jefe de Servicio.
- J. Sección.
- Jefe de Sección.
- Jefe de Sección.
- Asesor Económico.
- Técnico Superior.
- Jefe de Negociado.
- Auxiliar Administrativo.
- Auxiliar Administrativo.

En principio este personal se consideraba suficiente, pero existía una falta de coordinación evidente entre las personas que gestionaban el Registro y las que gestionaban el Protectorado, y todas ellas con el Jefe de Servicio, máximo responsable tanto del Protectorado como del Registro y la instancia

última por el que pasaban todos los procedimientos. El trabajo se encontraba muy separado en parcelas aparentemente diferentes, debido en gran medida a que parte del personal funcionario tenía atribuidas otras funciones relacionadas con otro tipo de entidades jurídicas, como asociaciones o colegios profesionales. Era evidente que para tener una mayor eficiencia y eficacia debía haber una coordinación absoluta entre el personal que gestiona el Protectorado y el que gestiona el Registro, siempre manteniendo la independencia que le otorga a cada uno la Ley.

Antes de abordar cuestiones de gestión y de calidad, se atendió primero al problema logístico, que aunque, a priori, no parecía importante, era fundamental para poner en orden los expedientes y los documentos de cada fundación, y poder partir así de algo ordenado y coherente. Para ello, se estuvo casi dos meses ordenando cada documento en cada expediente de cada fundación, a la vez que se escaneaba para tenerlo en formato electrónico, de forma cronológica y por materia.

Además de ordenar físicamente y electrónicamente toda la documentación, se llevó a cabo una diagnosis de la situación de cada fundación a través de dos documentos de gestión que, una vez finalizados, se incorporaron al expediente de dichas fundaciones, y que son los siguientes:

—Diagnosis de la situación; de cada fundación se elaboró un documento en el que se recogía si los estatutos y los patronos estaban actualizados, el estado de la dotación fundacional y si ésta se encontraba parcialmente o totalmente desembolsada, si la fundación tenía o no actividad, si se habían presentado en los últimos años las cuentas anuales y los planes de actuación, la situación financiera de la fundación y una propuesta de actuación por parte del Protectorado para subsanar las carencias y deficiencias que apareciesen.

—Resumen registral; de cada fundación se confeccionó un documento en el cual se resumía la vida registral de la fundación: nombre, domicilio social, número de registro, fecha y acto de constitución, patronato inicial, primera inscripción, inscripciones posteriores, anotaciones marginales y otras informaciones sujetas a constancia registral. Además, en este documento aparecían las últimas cuentas anuales y planes de actuación, autorizaciones y comunicaciones presentados ante el Protectorado de Fundaciones, así como un inventario con todos los bienes del patrimonio de cada fundación.

El proceso de diagnosis de la situación de las fundaciones está dirigido a detectar si se encuentran en alguna o todas de estas situaciones:

—La inactividad de la fundación.

- Irregularidades en la gestión económica de la fundación.
- El incumplimiento de las obligaciones impuestas por el Ordenamiento Jurídico, así como de la voluntad del fundador o de los estatutos.
- La falta de adecuación entre los fines fundacionales y las actividades efectivamente desarrolladas.
- La falta de presentación de las cuentas de manera reiterada.

Y después de que el Protectorado de Fundaciones elabore un informe respecto de estos extremos, se iniciará un procedimiento de comprobación de actividad de la fundación, el cual puede concluir con:

- a) Archivar el procedimiento por la falta de concurrencia o de acreditación de los supuestos que determinaron el inicio del expediente o por la efectiva adopción de las medidas correctoras propuestas.
- b) Ejercer las acciones judiciales que en cada caso procedan.
- c) Remitir el expediente al Ministerio Fiscal, cuando se deduzca la existencia de ilícito penal en la actuación del patronato de la fundación.
- d) Remitir el expediente a la Agencia Estatal de Administración Tributaria, cuando se deduzca la existencia de ilícito administrativo en materia tributaria en la actuación del patronato de la fundación.

2. *Proceso de modernización mediante la implantación de un sistema de gestión y calidad*

A) *Estandarización de los procesos de trabajo*

- a) Manual de procedimientos.

El manual de procedimientos es un componente del sistema de control interno, el cual se crea para obtener una información detallada, ordenada, sistemática e integral que contiene todas las instrucciones, responsabilidades e información sobre políticas, funciones, sistemas y procedimientos de las distintas operaciones o actividades que se realizan en una organización. Su objetivo es proporcionar información que sirva de base para evaluar la eficiencia del sistema en el cumplimiento de sus funciones específicas, una vez finalizada la identificación y desarrollo de cada uno de los procesos y procedimientos. Además, permite conocer el funcionamiento interno con lo que respecta a descripción de tareas, ubicación, requerimientos, y a los puestos responsables de su ejecución, y sirve para el análisis o revisión de los procedimientos de un sistema (Auditoría sistémica).

Por tanto, el manual de procedimientos incluye los puestos o unidades administrativas que intervienen precisando su responsabilidad y participación, y suelen contener información y ejemplos de formularios, autorizaciones o documentos necesarios, máquinas o equipo de oficina a utilizar y cualquier otro dato que pueda auxiliar al correcto desarrollo de las actividades dentro de la entidad. En él se encuentra registrada y transmitida sin distorsión la información básica referente al funcionamiento de todas las unidades administrativas, facilita las labores de auditoría, la evaluación y control interno y su vigilancia, la conciencia en los empleados y en sus jefes de que el trabajo se está realizando o no adecuadamente. También el manual de procedimientos contiene una descripción precisa de cómo deben desarrollarse las actividades de cada entidad, ha de ser un documento interno, del que se debe registrar y controlar las copias que de los mismos se realizan y es fundamental a la hora de implantar, por ejemplo, una norma de calidad como la ISO.

En el Protectorado y Registro de Fundaciones de Castilla-La Mancha se considera prioritario desarrollar un Manual de Procedimientos, también llamado en el ámbito de la administración pública Manual del Servicio, para poder describir la organización, las funciones, actividades, actuaciones y responsabilidades desarrolladas por esta unidad administrativa. El Manual del Servicio de Fundaciones tiene la siguiente estructura:

- I. Definición del servicio.
 - a) Registro:
 - Función de fe pública. Principios registrales.
 - Función de legalización de libros.
 - Organización: Libros.
 - b) Protectorado:
 - 1.º Función de tutela:
 - Control de cuentas.
 - Control de planes de actuación.
 - Autorizaciones de enajenaciones, gravámenes y autocontratación.
 - Control de fines y actividad: expedientes de control.
 - 2.º Función de control: intervención y garantía del gobierno de la fundación.
 - 3.º Función de asesoramiento.

II. Ámbito del servicio.

Relación de procedimientos, diferenciando los del Protectorado de los del Registro.

III. Organización del servicio.

a) Sistema de gestión:

- Aplicación informática: Definición. Manual de informática.
- Personal: Funciones y roles.
- Modelos de gestión.

b) Portal de Entidades Jurídicas (Fundaciones):

- Estructura: Manual de informática.
- Tramitación electrónica: Variantes: Tramitación directa y representada: Notarios.
- Modelos de solicitud.
- Modelos orientativos.

IV. Instrucciones técnicas del servicio.

V. Modelos administrativos.

a) Registrales.

b) De Protectorado.

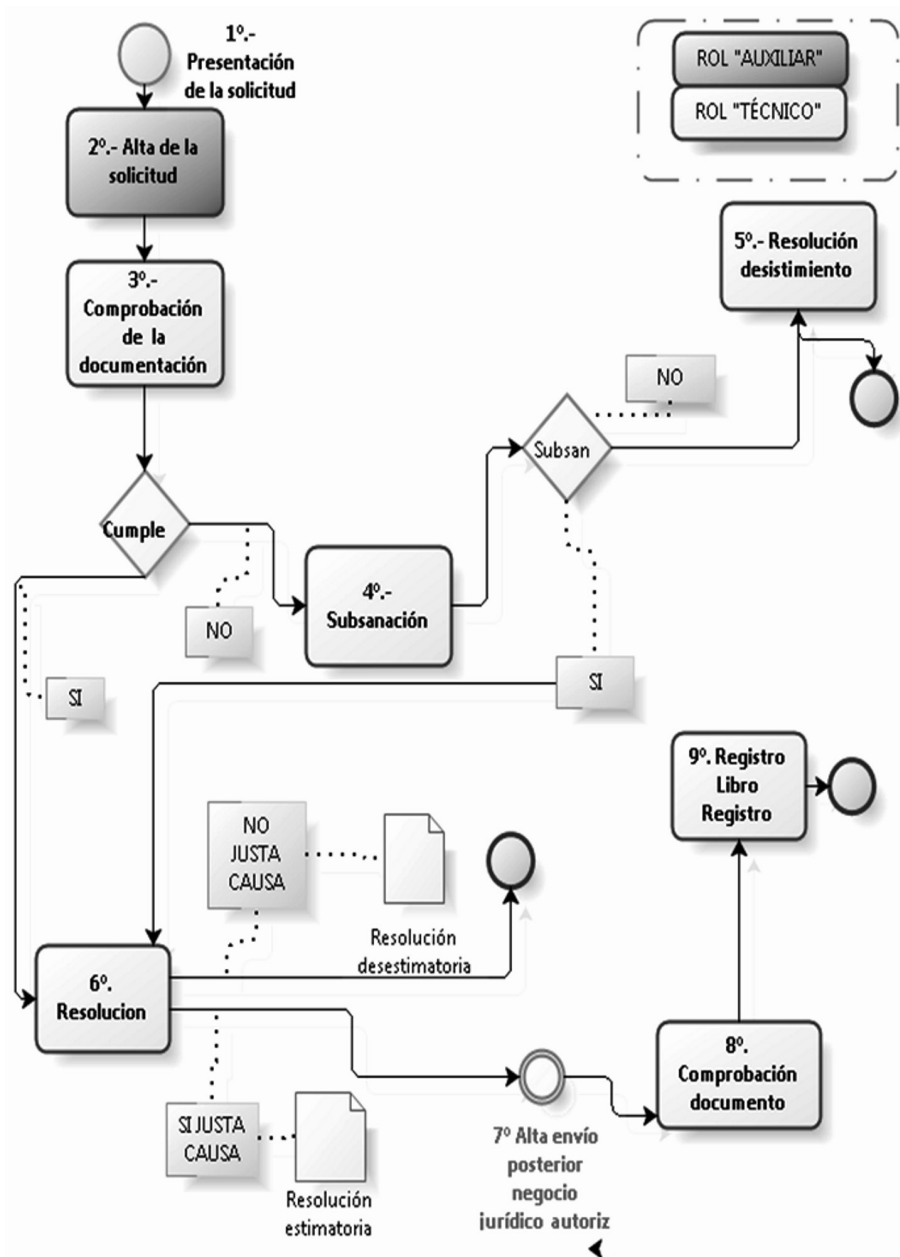
VI. Carta del servicio.

Dentro del Manual de Procedimientos o del Servicio, se encuentran las Instrucciones Técnicas del Servicio (ITS), que son la descripción de cada procedimiento y consta de cuatro partes esenciales:

1. Objetivo y alcance, en esta parte se plantea la finalidad de la ITS, las razones que han llevado a su elaboración y quien va a aplicarlo.
2. Normativa, en esta parte se enumera toda la legislación, tanto nacional como autonómica, que respalda la implementación de esa ITS.
3. Procedimiento, en esta parte se realiza un inventario o listado de todo el proceso de cada procedimiento que se lleva a cabo dentro del Servicio.
4. Diagrama de flujo, en donde se trata de plasmar en forma de esquema el proceso que recorre un documento o una petición desde que entra en un procedimiento hasta que finaliza.
5. Anexos de documentos, donde se recoge tanto los documentos administrativos (externos) como los documentos de gestión (internos) que se van a utilizar en el proceso de estandarización de cada procedimiento.

A modo de ejemplo, se expone a continuación un flujograma de la ITS de «Autorización de enajenaciones y gravámenes»:

Autorización de enajenaciones y gravámenes sobre dotación



b) Documentos administrativos.

Una vez elaborado el Manual de Procedimientos, donde se encuentra identificados la organización, las funciones y todos los procedimientos que se realizan en el Protectorado y Registro de Fundaciones de Castilla-La Mancha, y de cada procedimiento sus Instrucciones Técnicas del Servicio (ITS), se va a llevar a cabo una estandarización de todos los documentos administrativos que se utilizan. Los documentos administrativos son la forma en que las fundaciones y los ciudadanos se dirigen a la Administración Pública para resolver sus peticiones.

En el Protectorado y Registro de Fundaciones existen dos tipos de documentos administrativos: los no registrales, los cuales no tienen ningún reflejo en el Registro de Fundaciones y los registrales, los cuales deben estar registrados.

No registrales:

—Autorización para la enajenación o gravamen de bienes y derechos que formen parte de la dotación o estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines.

—Autocontratación para que los patronos contraten con la fundación.

—Comunicación de la enajenación o gravamen de bienes no dotacionales ni afectos a los fines fundacionales.

—Informe preceptivo y vinculante sobre la idoneidad de fines y la suficiencia de la dotación.

—Informe previo no vinculante sobre la aprobación o modificación de estatutos (Escrito de calificación previa de estatutos).

—Informe previo al procedimiento de comprobación de la actividad de una fundación.

—Inicio del procedimiento de comprobación de la actividad de una fundación.

—Resolución del procedimiento de comprobación de la actividad de una fundación.

—Ratificación de la extinción de una fundación.

—Resolución de depósito registral de cuentas anuales.

—Resolución de depósito registral de planes de actuación.

—Resolución de no depósito de cuentas anuales.

Requerimiento en el procedimiento de comprobación de la actividad de una fundación.

- Requerimiento de presentación de las cuentas anuales individual.
- Requerimiento masivo de presentación de las cuentas anuales.
- Requerimiento masivo de presentación de los planes de actuación.
- Requerimiento de subsanación procedimiento no registral.

Registrales:

- Acta de comparecencia de patronos.
- Certificado de denominación negativa de fundaciones.
- Diligencia de constancia registral.
- Diligencia de legalización de libros.
- Escrito de calificación registral para la constitución de una fundación.
- Escrito de calificación registral para la modificación de los estatutos.
- Resolución de desistimiento del procedimiento de inscripción registral de la constitución de una fundación.
- Resolución de desistimiento del procedimiento de inscripción registral de los miembros del Patronato.
- Resolución de inscripción de la constitución y apertura de la hoja registral de una fundación.
- Resolución de inscripción de hechos posteriores a la constitución (Escrito de calificación registral).
- Requerimiento de subsanación procedimiento de calificación registral.

c) Documentos de gestión.

Los documentos de gestión son aquellos que utiliza el Protectorado y Registro de Fundaciones de Castilla-La Mancha en su funcionamiento a nivel interno.

- Documento de control del contenido de los estatutos.
- Documento de control de cuentas anuales.

—Modelo de comunicación al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas del listado de fundaciones que han presentado las cuentas anuales, que no las han presentado y las que han obviado el requerimiento a su

presentación por parte del Protectorado de Fundaciones de Castilla-La Mancha en el último año.

—Modelo para la realización de la publicidad semestral de la constitución de fundaciones.

d) Carta de Servicios.

La Carta de Servicios es un documento que constituye el instrumento a través del cual los órganos, organismos y entidades de la Administración Pública informan a los ciudadanos y usuarios sobre los servicios que tienen encomendados, sobre los derechos que les asisten en relación con aquellos y sobre los compromisos de calidad en su prestación.

Con la futura publicación de la Carta de Servicios del Protectorado y Registro de Fundaciones de Castilla-La Mancha se pretende mejorar la calidad de los servicios que se prestan, dar más información al ciudadano y ofrecer así una mayor transparencia en la gestión.

La Carta de Servicios fundamentalmente debe tener las siguientes partes:

—Una relación de los principales servicios que se prestan; en relación al Registro de Fundaciones, deberá recoger todo lo relacionado con los servicios en el proceso de constitución de una nueva fundación, en las inscripciones posteriores que se produzcan en la vida de la misma, en el depósito y constancia de todos los documentos, actos y negocios jurídicos en el Registro, en la publicidad registral, en las comparecencias ante el Registro de patronos u otras personas con un interés legítimo, y en otro tipo de funciones como la legalización de libros. En cuanto al Protectorado de Fundaciones, los servicios serán los relativos a la emisión de resoluciones, a acciones de apoyo y asesoramiento, y a un servicio de información donde las fundaciones puedan consultar cualquier duda sobre la tramitación de todos los procedimientos del Protectorado o del Registro.

—Los derechos específicos que tienen los usuarios, en este caso de las fundaciones ya inscritas y de las que se encuentran en proceso de constitución, y bajo que normativa se amparan.

—Los compromisos de calidad, que se concretan básicamente en una reducción de los plazos en la respuesta a las solicitudes que se inicien por parte de las fundaciones y demás usuarios, pero también en el compromiso de mantenimiento y actualización del portal web de Fundaciones de la Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas, y en responder a las quejas y sugerencias que surjan.

—Los indicadores del nivel de calidad; a fin de poder comprobar el nivel de cumplimiento de los objetivos de los compromisos de calidad, se deben establecer indicadores que reflejen el nivel de calidad de los servicios prestados, alguno de ellos pudiera ser el porcentaje de solicitudes, certificados, depósitos y resoluciones resueltas en el tiempo previamente establecido.

—Medidas que aseguren la igualdad de género, que atiendan a la diversidad, que faciliten el acceso y mejoren las condiciones de prestación del servicio; los servicios deben prestarse conforme a criterios plenamente objetivos y no discriminatorios, debe existir un fácil acceso para personas con movilidad reducida a los puntos de información al público, y la página web debe cumplir con las normas de accesibilidad, para facilitar las consultas a las personas con discapacidad.

—La implantación de sistemas normalizados de gestión de la calidad, medioambientales y de prevención de riesgos laborales; los servicios que se prestan por parte del Protectorado y Registro de Fundaciones de Castilla-La Mancha pueden ser objeto de evaluación y control para poder conseguir un sello de calidad, por ejemplo una ISO en algún conjunto de servicios concretos.

—Medidas de subsanación, quejas y sugerencias; los usuarios que consideren que el Protectorado y Registro de Fundaciones ha incumplido los compromisos recogidos en la Carta de Servicios, pueden dirigir un escrito o una reclamación a la unidad administrativa responsable de la misma, y se deberá enviar al ciudadano un escrito de disculpas, dando cuenta de las medidas adoptadas para corregir la deficiencia en el servicio prestado.

—Información complementaria; horarios de atención personal y directa al público, el lugar de atención al público, dirección postal, atención telefónica y teléfonos de consulta y solicitud de cita previa, comunicaciones electrónicas y solicitud de cita previa, página web, sede electrónica, redes sociales, la forma de acceder mediante transporte privado o público, y los accesos y facilidades para las personas con discapacidad.

B) *Tramitación electrónica*

a) *Aplicación informática (back office).*

Dentro del proyecto global de modernización del Protectorado y Registro de Fundaciones, se tomó conciencia de que una de las necesidades más importantes era la de implantar la Administración electrónica, a través de la aplicación de sistemas informáticos y electrónicos en el tratamiento de los datos y procedimientos registrales, y en la llevanza administrativa del Registro.

El responsable del Protectorado y Registro de Fundaciones de Castilla-La Mancha entregó al Servicio de Informática de su Consejería un documento con las especificidades y exigencias para la realización de una aplicación informática, destinada a la administración y gestión del Registro de Fundaciones. Una vez puesta en marcha esta herramienta, fue necesario emigrar toda la información y la documentación de las hojas registrales en Word, y de la documentación ya escaneada al nuevo sistema.

El modelo organizativo y funcional de esta nueva aplicación informática, que gestiona el Protectorado y Registro de Fundaciones, se articula a través de tres libros.

1.º LIBRO DIARIO: Se trata de una sección dentro de la aplicación informática que recoge las solicitudes y documentos presentados al Registro, permitiendo un control de la actividad registral. Cuando la solicitud llega, se da de alta un asiento en el Libro Diario con la siguiente información: código de la fundación, asunto, solicitante (identificación), fecha de presentación (fecha de alta de la solicitud en registro), lugar a efectos de notificación, técnico responsable, fecha de asiento de cancelación (causa de cancelación, registro, denegación registro) y nota marginal.

2.º LIBRO REGISTRO O DE INSCRIPCIONES: Se trata de una sección dentro de la aplicación informática que recoge las inscripciones de los distintos tipos de asientos. Es el núcleo o corazón del Registro de Fundaciones.

Dentro de este libro se pueden realizar tres tipos de asientos registrales:

a) *De inscripción*; suponen el alta de una determinada información, ya sea en el momento del alta de la fundación (asientos de la primera inscripción de la fundación) o en posteriores inscripciones en el Registro.

b) *De cancelación*; cada asiento puede cancelarse, normalmente por la inscripción de uno posterior que le deja sin efecto.

c) *Notas marginales*; en cada asiento debe permitirse hacer anotaciones marginales, que explican ciertas observaciones del asiento en cuestión, en los términos de la Ley o por voluntad del encargado del Registro. La nota es accesoria del asiento registral al que está unida.

Los asientos deben identificarse numéricamente de forma correlativa.

El procedimiento de registro se inicia siempre con la apertura de la hoja registral de la fundación, que se produce en virtud de una solicitud a la que se adjunta una serie de documentación y esencialmente la copia autorizada de la escritura de constitución.

Alta de la Hoja Registral (1.ª Inscripción).

Al dar de alta una fundación se inscriben una serie de asientos registrales, algunos de los cuales pueden cancelarse a lo largo de la vida de la fundación: código (automático y correlativo: el código de la provincia y un número con cuatro dígitos, ejemplo: TO0001), denominación de la fundación, domicilio, N.I.F, tipo de fundación (pública, sanitaria, asistencial, educativa, cultural, religiosa), teléfono, página web, dirección electrónica, constitución (escritura escaneada), fundadores (personas físicas y personas jurídicas), fines, estatutos (resumen), patronato (composición y órganos delegados), dotación (tipo y valoración) y tramitación (informes, resolución y diligencia en el proceso de alta).

Inscripciones posteriores.

Una vez abierta la hoja registral de la fundación e inscritos sus asientos, se tiene que registrar la vida de la misma a través de inscripciones posteriores. Las inscripciones posteriores pueden ser de cancelación o de inscripción, las de cancelación se realizarán identificando primero el asiento a cancelar de los dados de alta. Seguidamente se indica la forma de realización de las inscripciones posteriores en función del tipo de asiento:

a) Modificaciones de estatutos. Se trata de un asiento de inscripción que ha de hacer referencia a los artículos modificados o adicionados, así como, en su caso, la mención de los que se suprimen o se sustituyen (se ha de incluir la escritura de modificación escaneada).

b) Cese de patronos. Se trata de un asiento de cancelación que hace referencia a la causa (inhabilitación o incompatibilidad, muerte, declaración judicial de fallecimiento o extinción de la persona jurídica, cese en el cargo por el que fue nombrado miembro del Patronato, transcurso del período de mandato, renuncia u otras causas establecidas en los Estatutos) y a la fecha en que se produjo.

c) Nombramiento de patronos. Se trata de un asiento de inscripción en el que se hace constar si es persona física: identificación de cada patrono (nombre y apellidos, estado civil, N.I.F, nacionalidad y domicilio); si es persona jurídica: razón social, N.I.F y domicilio; y si es persona física por razón de su cargo: forma y fecha de aceptación del cargo, el cargo que ostentan en el Patronato, la duración del mandato, y si el nombramiento es por tiempo determinado.

d) Otorgamiento de apoderamientos generales y delegaciones de facultades en patronos. Se trata de un asiento de inscripción en el que se hace

constar: las facultades que se delegan, nombre y apellidos y demás datos de identificación, en su caso, de las personas designadas para desempeñar dichas facultades o cargos y aceptación del apoderado.

e) Revocación de los apoderamientos generales y de las delegaciones de facultades. Se trata de un asiento de cancelación en el que se hace constar: el acuerdo del Patronato y la fecha de registro.

f) Delegación de facultades en órganos estatutarios. Se trata de un asiento de inscripción en el que se hace constar: la identificación del órgano, el artículo de los Estatutos en el que esté prevista la creación de dichos órganos, las funciones estatutariamente encomendadas y el acta certificada de la constitución de tales órganos.

g) Revocación de la delegación de facultades en órganos estatutarios. Se trata de un asiento de cancelación en el que se hace constar: el acuerdo del Patronato.

h) Aumento de la dotación. Se trata de un asiento de inscripción precedido por otro de cancelación en el que se hace constar: la cuantía de la aportación, la fecha de la escritura pública y el origen de la aportación.

i) Disminución de la dotación. Se trata de un asiento de inscripción precedido por otro de cancelación en el que se hace constar: la cuantía de la disminución, la fecha de la escritura pública y la autorización previa del Protectorado para realizar el acto de disposición que haya dado lugar a la misma.

j) Inscripción de actos que procedan de resolución judicial o administrativa. Se trata de un asiento de inscripción en el que se hace constar su contenido y el documento judicial o administrativo.

k) Inscripción de la extinción. Se trata de un asiento de inscripción en el que se hace constar la causa (expiración del plazo determinado, realización íntegra del fin fundacional, por imposibilidad en su realización o por cualquier otra causa prevista en el acto constitutivo, en los Estatutos o en la Ley), la ratificación del acuerdo de extinción por el Protectorado y la fecha de la escritura de extinción.

l) Inscripción del nombramiento de liquidadores. Se trata de un asiento de inscripción en el que se hace constar: su identidad, el modo en que han de ejercitar sus facultades y el plazo para el que han sido nombrados.

m) Inscripción de la liquidación. Se trata de un asiento de inscripción en el que se hace constar: los apoderamientos o delegaciones acordados por el Patronato para llevar a cabo la ejecución material de los acuerdos relativos

al proceso de liquidación, la identidad de las personas apoderadas o en las que se haya delegado dicha ejecución, el destino dado a los bienes y derechos resultantes de la misma y el saldo de la liquidación.

n) Inscripción de la disolución y cancelación total de los asientos de la fundación: fecha del asiento.

3.º LIBRO DE DEPÓSITO DE CUENTAS ANUALES Y PLANES DE ACTUACIÓN: Se trata de una sección dentro de la aplicación informática que recoge los datos de las cuentas anuales y planes de actuación presentados en los últimos cuatro años. La información que se recoge, diferenciada por años, es de dos tipos:

1.º El depósito de planes de actuación:

AÑO/Código Fundación.

- a) Nombre Fundación
- b) Fecha presentación
- c) Fecha primer requerimiento
- d) Fecha segundo requerimiento
- e) Depósito registral: SI/NO y fecha (documento escaneado)
- f) Previsión de ingresos y gastos
- g) Observaciones

2.º El depósito de cuentas anuales:

AÑO/Código Fundación.

- a) Nombre Fundación
- b) Fecha presentación
- c) Fecha primer requerimiento
- d) Fecha segundo requerimiento
- e) Depósito registral: SI/NO y fecha (documento escaneado)
- f) Observaciones
- g) Dotación fundacional
- h) Activo No Corriente
- i) Activo Corriente
- j) Patrimonio Neto
- k) Pasivo No Corriente
- l) Pasivo Corriente
- m) Ingresos totales
- n) Subvenciones recibidas
- o) Porcentaje de subvenciones sobre ingresos totales
- p) Resultado del ejercicio

- q) Resultados de ejercicios anteriores
- r) Número de trabajadores

El acceso al Registro siempre se llevará a cabo de oficio, siendo los responsables del mismo los encargados de introducir la información y la documentación escaneada. Por ello, es necesario que la aplicación informática identifique a la persona que introduce los datos registrales, y así se garantice la integridad y la seguridad misma del Registro a través de claves de acceso.

Tramitación de los procedimientos.

La tramitación comienza con el registro de la documentación en el Libro Diario; con ello se tendrá una fecha de registro único y otra de acceso al registro. Una vez dado de alta en el Libro Diario, el asunto se asignará a uno de los técnicos del Protectorado y Registro de Fundaciones, que tendrá que realizar tres operaciones básicas:

1. Calificar la solicitud y la documentación que se presente en tres tipos básicos de procedimientos:

a) *Para la constitución de una fundación.* Esta solicitud debe acompañarse de la siguiente documentación:

- Solicitud de inscripción en modelo normalizado.
- Copia autorizada de la escritura acompañada de una copia simple de la misma, que contendrá:
 - El nombre, apellidos, edad y estado civil del fundador o fundadores, si son personas físicas, y su denominación o razón social, si son personas jurídicas; y, en ambos casos, su nacionalidad, domicilio y número de identificación fiscal.
 - La voluntad de constituir una fundación.
 - La dotación, su valoración y la forma y realidad de su aportación. Si es inferior a la legal, un presupuesto correspondiente al primer ejercicio de la fundación, así como un estudio económico que acredite la viabilidad del presupuesto con los recursos aportados.
 - Los estatutos.
 - La identificación de las personas que integran el Patronato, así como su aceptación si se efectúa en el momento fundacional.
 - Documentación económica: justificación acreditativa de la aportación económica de la dotación fundacional.

- Justificación del cumplimiento de las normas fiscales relativas al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.
- Fotocopia del N.I.F. provisional.

La tarea de calificación se centrará en la comprobación de la aportación de la documentación exigible, teniendo especial relevancia para evitar futuros problemas la configuración del patronato y la dotación fundacional. El técnico incorporará el informe del Protectorado sobre la idoneidad de fines y dotación al Registro y realizará el Escrito de Calificación, firmado por el propio funcionario, que da soporte a la Resolución de Inscripción. El escrito se realizará en el modelo que, por fusión, se obtendrá en la misma aplicación informática. Una vez firmado electrónicamente por el funcionario, se alojará en dicha aplicación.

Una vez inscrita la fundación y abierta la hoja registral de la misma, se devolverá la copia autorizada debidamente estampillada al domicilio indicado por la fundación, quedando en el Registro la copia simple. De la documentación aportada, se escaneará y se incorporará al Registro la escritura autorizada.

b) *Para la modificación de los estatutos de una fundación.* Esta solicitud debe acompañarse de la siguiente documentación:

—Solicitud de inscripción en modelo normalizado.

—Copia autorizada de la escritura pública y de una copia simple de la misma, que contendrá el acuerdo del Patronato de modificación estatutaria.

La tarea de calificación se centrará en la determinación de los artículos estatutarios modificados, en el respeto a las reglas estatutarias para modificar los propios estatutos, teniendo especial importancia para evitar futuros problemas la configuración del patronato. El técnico realizará el Escrito de Calificación, firmado por el propio funcionario, que da soporte a la Resolución de Inscripción. El escrito se realizará en el modelo que, por fusión, se obtendrá en la misma aplicación informática. Una vez firmado electrónicamente por el funcionario, se alojará en dicha aplicación.

Una vez inscrita la modificación, se devolverá la copia autorizada debidamente estampillada al domicilio indicado por la fundación, quedando en el Registro la copia simple. De la documentación aportada, se escaneará y se incorporará al Registro la escritura autorizada.

c) *Para la modificación del patronato de una fundación.* Esta solicitud debe acompañarse de la siguiente documentación:

- Solicitud de inscripción en modelo normalizado.
- Documento que acredite el nombramiento y la aceptación o la renuncia expresa del cargo de patrono.

La tarea de calificación se centrará en determinar la cancelación de los asientos anteriores y en calificar el tipo de nombramiento y patrono, para lo que será imprescindible partir de la configuración del patronato existente en los estatutos de la fundación. El técnico realizará el Escrito de Calificación, firmado por el propio funcionario, que da soporte a la Resolución de Inscripción. El escrito se realizará en el modelo que, por fusión, se obtendrá en la misma aplicación informática. Una vez firmado electrónicamente por el funcionario, se alojará en dicha aplicación.

Junto a estos tres procedimientos de calificación básicos, existen otros procedimientos registrales menores que se incluyen en la relación de procedimientos.

2. Resolver la apertura de la hoja registral de la fundación y la inscripción de los asientos registrales correspondientes a la primera inscripción. En el caso de modificación estatutaria, deberá ordenar la inscripción del asiento registral de modificación y en el caso de modificación del patronato, deberá ordenar cancelar los asientos registrales anteriores y ordenar las inscripciones posteriores de los asientos correspondientes. En todo caso, la resolución se realizará en el modelo que, por fusión, se obtendrá en la misma aplicación informática. Una vez firmado electrónicamente por el Viceconsejero, se alojará en dicha aplicación.

3. Diligencia de inscripción, que se realizará seguidamente a la firma de la resolución que ordena la inscripción, también en un modelo que, por fusión, se obtendrá en la misma aplicación informática, y que se notificará por el Servicio de Planificación y Coordinación Jurídica (Protectorado y Registro de Fundaciones) a la fundación en el domicilio indicado.

En la tarea registral se incorporarán escaneados a la aplicación informática los documentos básicos del expediente:

- a) Escrituras públicas.
- b) Acuerdos del patronato.

Además de la descripción del procedimiento registral, es posible que, dado de alta un asunto en el Libro Diario, se requiera algún tipo de subsanación

resultado de la calificación previa de los documentos, o mejoras de la solicitud o de impedimentos de registro que, por su naturaleza, sean subsanables. En estos casos, se anotará en el Libro Diario mediante nota marginal la fecha de la solicitud de subsanación y el objeto de la subsanación. Transcurrido el plazo de subsanación sin que ello se produzca, se procederá a la cancelación del asiento de apertura en el Libro Diario y a la notificación al interesado de la resolución de denegación de la inscripción solicitada. El escrito de subsanación y la resolución de denegación de inscripción deberán realizarse mediante documentos de fusión obtenidos de la propia aplicación informática y que firmados, se escanearán y se alojarán en ella.

La información del Registro ha de ser explotada a efectos de obtener informes sobre la realidad de las fundaciones en Castilla-La Mancha, una de las funciones de difusión que el Protectorado tiene encomendada por la Ley. A través de programas como el *QlikView* u otro programa de «Business Intelligence», el gestor de la aplicación informática debe obtener informes a partir de la información registral. El programa a utilizar puede variar, pero no la directriz de que sea el gestor, y no el Servicio de Informática de la Consejería correspondiente, el que pueda configurar y elaborar el informe que en cada momento se requiera. Se pueden elaborar informes y cuadros sobre criterios económicos como el volumen de ingresos, el número de trabajadores, el nivel de endeudamiento u otros extremos; sobre criterios territoriales como la provincia o el municipio del domicilio fundacional; pero también sobre otros criterios como el tipo de fundación. Todo esto permite un mayor conocimiento, investigación y transparencia del sector fundacional en Castilla-La Mancha, además de facilitar una mejora de las políticas públicas de la Junta de Comunidades hacia las fundaciones castellano-manchegas. Esta herramienta será la básica en la información web a presentar en materia de fundaciones.

Junto al Registro de Fundaciones, existen una serie de procedimientos no registrales que pueden tramitarse en forma electrónica. La relación de estos procedimientos es la siguiente:

1. Solicitud al Registro de la expedición del certificado de denominación.
2. Solicitud de autorización o comunicación de enajenaciones y gravámenes.
3. Comunicación de aceptación de legados con cargas o donaciones onerosas o remuneratorias y la repudiación de herencias, donaciones o legados sin cargas.

4. Solicitud de informe previo de calificación de estatutos.
5. Solicitudes de certificación sobre el contenido de los asientos del Registro o de nota simple informativa.
6. Solicitudes de copia de documentos depositados en el Registro.
7. Presentación de las cuentas anuales.
8. Presentación de los planes de actuación.

Los procedimientos extraregistrales enumerados deben tramitarse en formato electrónico, para lo que es necesario realizar dos operaciones complementarias:

1. Se realiza el flujo de tramitación de cada uno de los procedimientos, todos ellos muy sencillos, se determina la información que se graba en la aplicación informática, deudora de la información que se incluye en los formularios web, y se incorpora a la aplicación la posibilidad de obtención de los documentos administrativos, los cuales se obtienen por fusión.

2. La elaboración de un formulario de solicitud web por cada uno de los procedimientos, conectado con la aplicación informática interna de gestión. Estos formularios se encuentran en la Sede Electrónica de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y permite, mediante la utilización de firma electrónica, rellenar los campos del formulario y automáticamente los campos de la aplicación interna de gestión, lo que reduce errores, optimiza los recursos escasos y permite el seguimiento del expediente por el interesado.

Una vez puesta en funcionamiento la posibilidad de tramitación electrónica con los requerimientos mencionados, debe ponerse en valor por parte del Servicio gestor (Protectorado y Registro de Fundaciones), derivando consultas telefónicas a la vía electrónica de la Sede Electrónica de la Junta de Comunidades o poniendo en conocimiento de las fundaciones la posibilidad de tramitación puesta en marcha.

b) Difusión a través del Portal Web (*front office*).

La implantación de la Administración electrónica incluye por supuesto también la creación de la Sede Electrónica de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, esto es, de un servicio electrónico de acceso a los datos inscritos en el Registro de Fundaciones, posibilitando que los ciudadanos puedan obtener información de cualquier fundación inscrita y, además, de forma clara, ordenada y en un formato electrónico que permita su reutilización (*open data*).

En la Sede Electrónica de la Junta debe existir un apartado dedicado a la difusión de información sobre fundaciones. Ese apartado debe dividirse en cinco áreas:

1. *Modelos orientativos*. En diversos formatos: Word, Excel.

—Constitución.

- a) Modelo de estatutos.

—Gobierno y administración.

- a) Aceptación. Designado por miembro nato.
- b) Aceptación. Miembro nato y designación.
- c) Aceptación. Persona física.
- d) Aceptación. Persona física. Representante.
- e) Aceptación. Persona jurídica.
- f) Certificado. Modificación de estatutos.
- g) Certificado de apoderamiento.

—Cuentas anuales.

- a) Modelo de certificado de aprobación de cuentas anuales.
- b) Modelo de hoja de firmas de los patronos.
- c) Modelo de balance abreviado.
- d) Modelo de cuenta de resultados abreviada.
- e) Modelo de memoria económica abreviada.
- f) Modelo de «Destino de rentas e ingresos».
- g) Modelo de inventario.

—Planes de actuación.

- a) Modelo de certificado de aprobación del plan de actuación.
- b) Modelo orientativo de plan de actuación.
- c) Instrucciones para la cumplimentación del plan de actuación.

—Fusión y extinción.

2. *Base pública de datos de fundaciones*.

Se trata de una aplicación ligada al Registro de Fundaciones y concreta en un pequeño buscador con cuatro parámetros de búsqueda que pueden combinarse entre sí:

- a) Nombre: nombre exacto o, al menos, alguna palabra que forme parte del mismo.
- b) Localidad: en desplegable del domicilio fundacional.
- c) Provincia: en desplegable del domicilio fundacional.

- d) Fines o tipo de fundación: se puede conocer las fundaciones cuyos fines coincidan con el seleccionado del desplegable.

El resultado de la búsqueda se lista y permite pinchar en cada uno de los resultados obteniendo la siguiente información de cada una de las fundaciones:

- a) Número de Registro.
- b) Fecha de inscripción.
- c) Domicilio.
- d) Localidad.
- e) Provincia.
- f) Código Postal.
- g) Teléfono.
- h) Fax.
- i) Correo electrónico.
- j) Web.
- k) Fines.
- l) Estatutos (Descargables, si bien es una función que se incorporaría posteriormente, una vez acabada la fase de tránsito al nuevo sistema).

3. *Modelos de solicitud*

Los formularios de las solicitudes en formato papel se obtienen en modelos pdf interactivos:

- a) Solicitud de certificado negativo de denominación.
- b) Solicitud de inscripción de desembolsos pendientes de la dotación fundacional.
- c) Solicitud de inscripción de aumento de la dotación fundacional.
- d) Solicitud de primera inscripción en el Registro de Fundaciones.
- e) Guía de comprobación de la documentación a presentar en la primera inscripción en el Registro de Fundaciones.
- f) Comunicación de herencias y donaciones.
- g) Comunicación de la adquisición de participaciones en sociedades mercantiles.
- h) Comunicación al Protectorado de modificaciones estatutarias.
- i) Solicitud de inscripción de modificaciones estatutarias.
- j) Solicitud de legalización de libros.
- k) Comunicación trimestral de la enajenación de valores cotizados.
- l) Solicitud de certificados y otra documentación.
- m) Solicitud de inscripción de modificaciones en el Patronato.
- n) Solicitud de inscripción de delegaciones y apoderamientos.

- o) Solicitud de inscripción de la extinción de una fundación.
- p) Solicitud de inscripción de la fusión de fundaciones.
- q) Solicitud de autorización para contratar con la fundación por parte de los patronos.
- r) Solicitud de autorización anual para la enajenación de valores cotizados.
- s) Solicitud de autorización/comunicación de la enajenación de bienes y derechos.
- t) Solicitud de autorización/comunicación del gravamen de bienes y derechos.
- u) Comunicación al Protectorado del acuerdo de fusión entre fundaciones.
- v) Solicitud de ratificación del acuerdo de extinción de una fundación.
- w) Solicitud de extinción de la fundación.
- x) Solicitud de liquidación de la fundación.

4. *Acceso a los formularios web o aplicación de tramitación electrónica.*

5. *Informe anual sobre la realidad de las fundaciones en Castilla-La Mancha.*

Dentro del primer trimestre de cada año, se elaborará y publicará en la Sede Electrónica de la Junta por el Protectorado de Fundaciones un informe sobre la realidad de las fundaciones en Castilla-La Mancha, cuyo *esqueleto* se prefijará de antemano. Tendrá dos partes esenciales: datos estadísticos sobre el trabajo anual realizado por el Registro de Fundaciones y datos sobre cuentas anuales, fines y actividades de las fundaciones. En todo caso, el informe «trabaja» contra el Registro.

Además, existirá un repositorio de legislación en la materia.

c) Convenio con el Colegio Notarial.

El Registro de Fundaciones de Castilla-La Mancha recoge el nacimiento, desarrollo, vida y extinción de las entidades que en él se inscriben. Actualmente se encuentran inscritas alrededor de 300 fundaciones, inscripción que les confiere personalidad jurídica y que se practica en virtud de documento público, según dispone la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, de tal forma que las fundaciones deben establecer en documento notarial tanto su constitución como la modificación de sus estatutos, aceptaciones y renunciaciones a la condición de patrono y muchos otros actos de su funcionamiento y representación. El documento notarial es el vehículo que la Ley exige para la mayoría de los actos inscribibles y, asimismo, los representantes de aquellas entidades que formalizan documentos notariales están obligados a acreditar la representación de las mismas ante notario como elemento indispensable para permitir a éste el cumplimiento de su deber de control de

legalidad en la autorización de los documentos que constituyen su ámbito natural.

La disposición adicional quinta de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, establece la obligación de los notarios de poner en conocimiento del correspondiente protectorado de fundaciones el contenido de las escrituras públicas en lo referente a la constitución de las fundaciones y sus modificaciones posteriores, *«mediante la remisión de copia simple de las citadas escrituras»*, obligación que en caso de fundaciones constituidas en testamento *«será cumplimentada cuando el notario autorizante tuviere conocimiento del fallecimiento del testador»*. El artículo 26.5 del Reglamento del Registro de Fundaciones, aprobado por el Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, aplicable supletoriamente en Castilla-La Mancha, establece que *«las comunicaciones notariales con el Registro serán telemáticas»* y el artículo 7 del Reglamento de Fundaciones de competencia estatal, aprobado por el Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, indica que *«el protectorado, al recibir la copia simple de la escritura de constitución enviada por el notario autorizante, podrá requerir a los patronos designados en ella para que acepten el cargo, si todavía no lo hubieran hecho, e insten la inscripción de la fundación»*.

A través de un convenio con el Colegio Notarial se obtiene una transmisión de información recíproca y bidireccional por cauces seguros, eficaces, ágiles y especialmente económicos que proporciona seguridad al tráfico jurídico y económico.

El Convenio tiene por objeto establecer un marco de colaboración entre la Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas de Castilla-La Mancha, dentro de la cual se integra el Protectorado y Registro de Fundaciones, y el Consejo General del Notariado a través del Colegio Notarial de Castilla-La Mancha que permita:

a) El envío electrónico por los notarios de los documentos notariales que, en virtud de lo dispuesto en la legislación básica sobre fundaciones, deben ser presentados en el Registro de Fundaciones de Castilla-La Mancha, por cuenta y nombre de sus otorgantes.

b) Habilitar a todos los notarios en activo del territorio español para que puedan gestionar telemáticamente la inscripción registral de los documentos notariales que autoricen, previo consentimiento de los interesados.

c) Establecer mecanismos de transmisión de información, recíproca y bidireccional, entre las notarías y el Protectorado y Registro de Fundaciones de Castilla-La Mancha, para el mejor cumplimiento del convenio, en el marco de sus respectivas competencias.

El Convenio será de aplicación a todos los notarios del Reino de España y, en concreto, a la remisión electrónica de los títulos notariales establecidos en el artículo 25 en relación al 24 del Reglamento del Registro de Fundaciones de competencia estatal:

- 1.º La copia simple de los documentos testamentarios.
- 2.º La copia autorizada de las escrituras de constitución de fundaciones.
- 3.º La copia autorizada de las escrituras de modificación o nueva redacción de estatutos de las fundaciones inscritas en el Registro de Fundaciones de Castilla-La Mancha.
- 4.º Los documentos públicos de nombramiento y aceptación, renovación, sustitución, suspensión y cese, por cualquier causa, de los miembros del patronato de una fundación, o de los cargos del mismo.
- 5.º La copia autorizada de la escritura pública acreditativa de los desembolsos sucesivos de la dotación inicial de la fundación, o de los aumentos y disminuciones de la misma.
- 6.º La copia autorizada de la escritura pública de otorgamiento de poderes generales o especiales y las delegaciones de facultades otorgadas por el Patronato, así como su modificación y revocación.
- 7.º La copia autorizada de la escritura pública acreditativa de la creación, modificación y supresión de los órganos previstos en el apartado 2 del artículo 16 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, así como el nombramiento, aceptación, renovación, sustitución, suspensión y cese de sus miembros.
- 8.º La copia autorizada de la escritura pública acreditativa de la fusión de las fundaciones.
- 9.º La copia autorizada de la escritura pública del acuerdo de extinción ratificado por el Protectorado.
- 10.º La copia autorizada de la escritura pública acreditativa de la liquidación de la fundación.

Además, el Convenio también recoge otros aspectos como la forma y el tiempo en el que los notarios deben remitir electrónicamente la documentación y las solicitudes, de cómo los notarios pueden tener acceso a la información del Registro de Fundaciones de Castilla-La Mancha, la confidencialidad y el tratamiento de los datos personales que se remitan por vía electrónica o telemática, o la inexistencia de obligaciones económicas por ambas partes.

C) *Optimización de los recursos humanos*

a) *Reorganización del Servicio.*

Antes de afrontar esta parte, se debe tener en cuenta la singularidad de la administración pública en la gestión de sus recursos humanos. A pesar de que existe una tendencia, cada vez más importante, por evolucionar y modernizar la gestión de los recursos humanos en las Administraciones Públicas en lo que se refiere a la implantación de la planificación estratégica, la potencialización de la formación y la sociedad del conocimiento, el aumento del rendimiento a través de la gestión por competencias y la conciliación de la vida familiar y la vida laboral; lo cierto es que sigue habiendo en la actualidad mecanismos muy rígidos de estructuración, de forma que resulta muy difícil cambiar a los empleados públicos de actividad, unidad administrativa o puesto.

Tras negociaciones y consultas, tanto con el Servicio de Personal de la Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas como con los empleados públicos, se llegó a un acuerdo para dar salida a personas que no deseaban estar en la unidad administrativa que gestiona el Protectorado y Registro de Fundaciones de Castilla-La Mancha y se les reubicó en otras unidades administrativas, otros optaron por cambiarse de puesto de trabajo a través de un concurso regional de traslados de funcionarios públicos, el cual se lleva a cabo aproximadamente cada dos años, y se dio cabida a otros empleados públicos que llegaron a través también de este concurso de traslados. De esta manera, el Protectorado y Registro de Fundaciones, en la actualidad cuenta con las siguientes personas:

Jefe de Servicio.
J. Sección.
Jefe de Sección.
Jefe de Sección.
Asesor Económico.
Jefe de Negociado.
Auxiliar Administrativo.

La reorganización del Servicio no sólo implicó un cambio de personas, sino un modo nuevo de hacer las cosas a nivel organizativo interno. En cuanto al problema previo existente de descoordinación, se han implantado mecanismos de coordinación para que cada persona sepa en cada momento que es lo que tiene que hacer y que todo esté organizado y dirigido desde el Jefe de Servicio. Estos mecanismos de coordinación establecen procesos y procedimientos que debe llevar a cabo todo el personal para unificar criterios

de actuación, además de la utilización de los mismos documentos de gestión para el día a día. Así, el ciudadano será atendido siempre del mismo modo, sea quien sea el empleado público que lo atienda, lo cual mejora enormemente la calidad del servicio que se presta.

b) Reasignación de funciones y tareas.

Una asignación eficiente y eficaz de funciones y tareas a las personas que trabajan en las Administraciones Públicas es fundamental en la gestión de recursos humanos. Una de las iniciativas que se están llevando a cabo en la reforma de la función pública, es la introducción de un modelo moderno basado en la gestión por competencias, el cual pretende superar la rigidez del modelo actual de puestos de trabajo para centrar la atención en los profesionales que integran la administración pública, identificando las competencias definidas en términos de capacidades, habilidades y conocimientos, y que, a la vez, se agrupan en actitudes y aptitudes para el desarrollo de la actividad. Su concreción parte de un análisis de las competencias de los puestos de trabajo en que se describen las requeridas para desarrollar las funciones asociadas, y que se contrasta con una evaluación de las competencias individuales de que dispone cada persona de la administración. El contraste de las diferencias, entre las competencias que posee cada individuo y las que requiere el puesto, aporta las pautas para la gestión de los procesos de selección, promoción interna, formación y evaluación del desempeño.

En el caso del Protectorado y Registro de Fundaciones de Castilla-La Mancha, se reasignaron todas las funciones y tareas de cada empleado público del Servicio, utilizando todos los recursos humanos disponibles para la realización de todas las actuaciones del mismo, sin áreas de especialización. En este caso, se ha renunciado a una gestión por competencias y la explicación viene derivada principalmente por dos razones; la primera es debida a que el volumen de trabajo no lo permitía, la especialización sólo tiene sentido cuando la carga de trabajo es importante; y la segunda razón se debe a que el Servicio que gestiona el Protectorado y Registro de Fundaciones tiene un personal cuya formación es esencialmente jurídica y, por tanto, las tareas pueden ser asignadas a cualquiera de sus miembros. La única excepción es el Asesor Económico, que al tener una formación económica, sus funciones y tareas se centran principalmente en la revisión de cuentas anuales, planes de actuación, control financiero, entre otras, por lo que es el único funcionario del Servicio que tiene una parcela de competencias específica.

Además, se creó una herramienta informática para el control del trabajo y se cambió el sistema de asignación del mismo, que pasó a ser semanal y

responsabilidad del Jefe de Servicio. A principios de semana, el Jefe de Servicio reúne a todo el personal y asigna una serie de asuntos a cada uno, los cuales deben ser resueltos en esa semana y a la semana siguiente si alguno de esos asuntos no ha podido ser resuelto, se estudia en común con el resto del personal una solución al problema. Si durante la semana, entrara algún tema urgente, el Jefe de Servicio lo asignaría a la persona que en ese momento tuviera menos carga de trabajo.

Como consecuencia de todas estas medidas, se consiguió resolver el atasco de trabajo existente y rebajar el tiempo de respuesta en los procedimientos. Además, se logró mejorar la calidad del servicio que se da a las fundaciones y ciudadanos, a través de una mayor formación y capacitación del personal funcionario, y sobre todo mediante la integración de criterios de calidad dentro de la gestión de los recursos humanos dentro de esta unidad administrativa.

IV. Consideraciones finales

La implantación de un sistema de gestión y de calidad en una organización requiere, además de mucho trabajo y esfuerzo, un período amplio de tiempo, no sólo para llevar a cabo la implementación del proyecto en sí, sino para que todos los elementos que intervienen puedan adaptarse al nuevo entorno. La implantación de un nuevo sistema genera siempre normales resistencias en el personal de la organización, pero la resistencia al cambio, sin embargo, debe atajarse con determinación, pues es imprescindible si se quieren conseguir los objetivos propuestos, y ello pasa por implicar al personal en la misma definición del nuevo sistema de trabajo, incluso, si ello fuera posible, en las fases tempranas de diagnosis y definición, y en todo caso, en las de implementación y evaluación.

Además, no solo surgen reticencias al proceso de modernización dentro de la administración pública, teniendo en cuenta que el sector fundacional en España, y por tanto el de Castilla-La Mancha, está formado mayoritariamente por pequeñas y medianas fundaciones, incluso microfundaciones, la implantación de la administración electrónica en los protectorados y registros de fundaciones, tanto a nivel estatal como autonómico, debe ir acompañada de medidas de acceso a las nuevas tecnologías, puestas a disposición por los organismos competentes, para facilitar así los trámites a todas las fundaciones y ciudadanos que tengan dificultades de acceso a la tramitación electrónica.

La ejecución del proyecto de implantación de un sistema de gestión y de calidad en el Protectorado y Registro de Fundaciones de Castilla-La Mancha

ha ido especialmente lenta, debido a las peculiaridades de una organización pública, en la que la dirección por proyectos no está definitivamente asentada, y los roles de dirección y responsabilidad tampoco; no obstante, se ha conseguido ejecutar más de tres cuartas partes del proyecto, permitiendo convertir el Protectorado y Registro de Fundaciones de Castilla-La Mancha en uno de los tres de España que ofrecen a los ciudadanos la posibilidad de tramitar electrónicamente buena parte de los procedimientos. Por tanto, el proyecto que se ha llevado a cabo puede utilizarse para trasladar este modelo de gestión a otros protectorados y registros de España, que por dimensiones o por características, sean semejantes al de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

Sin embargo, todavía queda mucho por hacer: el Manual de Procedimientos está sin redactar, sólo existe un pequeño esquema; las Instrucciones Técnicas del Servicio (ITS) se van elaborando poco a poco, hay que tener en cuenta que son alrededor de 30, dada la complejidad de procesos y procedimientos que se manejan; la Carta del Servicio está por hacer, base esencial de la implementación del sistema de calidad; la conversión total de la gestión en electrónica está a la espera del convenio con el Colegio Notarial, y de la implantación del archivo electrónico y las notificaciones electrónicas.

En todo caso, se ha conseguido dar la vuelta a una gestión decimonónica, con tiempos de respuesta inaceptables en una sociedad del siglo XXI, y puesto la senda y buena parte del andamiaje necesarios para convertir a corto plazo el Protectorado y Registro de Fundaciones de Castilla-La Mancha en una unidad administrativa moderna, eficaz y eficiente, y sobre todo ha provocado que las fundaciones y los ciudadanos, en su vertiente de usuarios de los servicios públicos, hayan visto como sus solicitudes y asuntos se resuelven más rápido y con un mayor grado de calidad, dando cumplimiento a su auténtica finalidad.

V. Bibliografía y webgrafía

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE FUNDACIONES: Anteproyecto de Ley de Fundaciones: Valoración de la Asociación Española de Fundaciones sobre el Anteproyecto y sus principales novedades.

http://www.fundaciones.org/EPORTAL_DOCS/GENERAL/AEF/DOCcw54229ffc0a07/ResumenyvaloraciOnAPLE.pdf.

BENEYTO PÉREZ, J. M.^a (dir.); RINCÓN GARCÍA LOYGORRI, A. (coord.): *Tratado de Fundaciones*, tomo I. Editorial Bosch S. A. (2007).

GENERALITAT DE CATALUNYA. DEPARTAMENT DE JUSTÍCIA: Àmbits d'actuació. Entitats jurídiques. Fundacions.

http://justicia.gencat.cat/ca/ambits/dret_i_entitats_juridiques/fundacions/.

GENERALITAT VALENCIANA: Ciudadanos. Áreas Temáticas. Sociedad y Consumo. Fundaciones y Asociaciones.

http://www.gva.es/es/inicio/ciudadanos/ciu_areas_tematicas/ciu_at_sociedad_y_consumo/ciu_at_syc_fundaciones_y_asociaciones.

GOBIERNO DE ARAGÓN. DEPARTAMENTO DE PRESIDENCIA: Áreas Temáticas. Interior. Asociaciones, Fundaciones y Colegios Profesionales. Fundaciones.

http://www.aragon.es/DepartamentosOrganismosPublicos/Departamentos/Presidencia/AreasTematicas/Interior/AsociacionesFundacionesColegiosProfesionales/03_Fundaciones?channelSelected=5dff23556439d210VgnVCM1000002e551bacRCRD.

GOBIERNO DE CANARIAS. CONSEJERÍA DE PRESIDENCIA, JUSTICIA E IGUALDAD: Relaciones Institucionales. Participación Ciudadana y Juventud. Fundaciones.

<http://www.gobiernodecanarias.org/cpji/ripc/fundaciones/>.

GOBIERNO DE CANARIAS. CONSEJERÍA DE PRESIDENCIA, JUSTICIA E IGUALDAD: Temas. Modernización Administrativa. Innovación y Mejora Servicios Públicos.

http://www.gobiernodecanarias.org/cpj/temas/modernizacion_adm/acciones/.

GOBIERNO DE CANTABRIA. CONSEJERÍA DE PRESIDENCIA Y JUSTICIA. SECRETARÍA GENERAL DE PRESIDENCIA Y JUSTICIA: Fundaciones.

<http://www.cantabria.es/web/secretariageneralcpj>.

GOBIERNO DE CASTILLA-LA MANCHA. CONSEJERÍA DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: Portal de Entidades Jurídicas. Fundaciones.

<http://ejuridicas.castillalamancha.es/fundaciones/fundaciones>.

GOBIERNO DE ESPAÑA. MINISTERIO DE AGRICULTURA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE: Funciones y Estructura. Organización y Organismos. Fundaciones.

<http://www.magrama.gob.es/es/ministerio/funcionesestructura/organizacionorganismos/fundaciones/>.

GOBIERNO DE ESPAÑA. MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE: Servicios al ciudadano. Fundaciones.

<http://www.mecd.gob.es/serviciosalciudadanomecd/fundaciones>.

GOBIERNO DE ESPAÑA. MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL: Empleo. Autónomos, Economía Social y Responsabilidad Social de las Empresas. Registro de Sociedades Cooperativas, Sociedades Laborales y Fundaciones Laborales.

http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/autonomos/economiasoc/Regsociedades/.

GOBIERNO DE ESPAÑA. MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. SECRETARÍA DE ESTADO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: Áreas. Organización administrativa.

<http://www.seap.minhap.gob.es/web/areas/modernizacionprocedimientos.html>.

GOBIERNO DE ESPAÑA. MINISTERIO DE INDUSTRIA, ENERGÍA Y TURISMO: Organización. Protectorado de Fundaciones.

<http://www.minetur.gob.es/esES/Organizacion/Paginas/fundaciones.aspx>.

- GOBIERNO DE ESPAÑA. MINISTERIO DE JUSTICIA: Áreas Temáticas. Libertad Religiosa. Registro de entidades religiosas.
<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/areastematicas/libertadreligiosa/registroentidadesreligiosas>.
- GOBIERNO DE ESPAÑA. MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD: Fundaciones. Protectorado y Registro de Fundaciones.
<http://www.msssi.gob.es/fundaciones/protectoradoRegistro/home.htm>.
- GOBIERNO DE EXTREMADURA. CONSEJERÍA DE HACIENDA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: Servicio de Interior y Espectáculos Públicos/Servicio de Administración de Justicia y Registros. Fundaciones.
<http://www.gobex.es/ddgg004/61>.
- GOBIERNO DE LA REGIÓN DE MURCIA. CONSEJERÍA DE PRESIDENCIA: Áreas Temáticas. Fundaciones.
[http://www.carm.es/web/pagina?IDCONTENIDO=473&RASTRO=c76\\$m&ID-TIPO=140](http://www.carm.es/web/pagina?IDCONTENIDO=473&RASTRO=c76$m&ID-TIPO=140).
- GOBIERNO DE LA RIOJA: Oficina electrónica. Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro.
<http://www.larioja.org/npRioja/default/defaultpage.jsp?idtab=694948&web=000&publico=ASOCIACIONES>.
- GOBIERNO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS: Registro y suscripciones. Registro de Fundaciones Docentes y Culturales.
<http://sede.asturias.es/portal/site/Asturias/menuitem.46a76b28f520ccaaf18e90dbb-b30a0a0/?vgnnextoid=1786c159b5d4f010VgnVCM100000b0030a0aRCRD>.
- GOBIERNO DE NAVARRA: Trámites. Inscripción de Fundaciones.
http://www.navarra.es/home_es/Servicios/ficha/1762/Inscripciondefundaciones.
- GOBIERNO REGIONAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID: Trámites. Registro de Fundaciones.
http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_Tramite_FA&cid=1109168960729&definicion=Inscripcion+Registro&language=es&pagename=ComunidadMadrid%2FEstructura&pid=1109265444835&tipoServicio=CM_Tramite_FA.
- GOBIERNO VASCO. DEPARTAMENTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y JUSTICIA: Registros Administrativos. Fundaciones.
http://www.jusap.ejgv.euskadi.eus/r47edukireg/es/contenidos/informacion/ra_fun_presentacion/es_registro/fundac_presen.html.
- GOVERN DE LES ILLES BALEARS. CONSEJERÍA DE PRESIDENCIA: Dirección General de Relaciones Institucionales y Acción Exterior. Registro Único de Fundaciones.
<http://www.caib.es/sacmicrofront/contenido.do;jsessionid=129062E1A2AC-739F9A3AF2E5C549B327?idsite=280&cont=6674&lang=es&compa=yes>.
- JUNTA DE ANDALUCÍA: Justicia e Interior. Áreas de Actividad. Fundaciones.
<http://www.juntadeandalucia.es/organismos/justiciaeinterior/areas/fundaciones.html>.

- JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE CASTILLA Y LEÓN: Asociaciones, Fundaciones y Colegios Profesionales. Fundaciones.
http://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100/1144758988921/_/_/.
- PWC, ESADE UNIVERSIDAD RAMÓN LLUL (INSTITUTO DE INNOVACIÓN SOCIAL), OBRA SOCIAL LA CAIXA: «Estudio sobre el presente y futuro del Tercer Sector social en un entorno de crisis».
<http://www.pwc.es/es/fundacion/assets/presentefuturo3sector.pdf>.
- RODRÍGUEZ ARANA, J.: «El proceso de modernización administrativa en las Comunidades Autónomas».
http://idpbarcelona.net/docs/public/iccaa/2001/2_parte/modernizacion.pdf.
- SALVADOR SERNA, M.: «Nuevas tendencias en gestión de recursos humanos en las administraciones públicas: ¿están cambiando las reglas del juego?». *Revista Internacional de Organizaciones (RIO)*, n.º 1, diciembre 2008. 109127.
http://www.revistario.org/index.php/revista_rio/article/view/10/16.
- VÁZQUEZ, I.: «La modernización de la Administración Pública: nuevos retos». Ponencia.
<http://www.dintel.org/web/Eventos/CongresosEspana/Profesionales/2009/ponencias/vazquez.pdf>.
- VILLORÍA MENDIETA, M.: «Documentación sobre gerencia pública, del Subgrupo A1, Cuerpo Superior, especialidad de Administración General, de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. La gestión de las personas en la Administración Pública. La evaluación del rendimiento», tomo 7. Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Consejería de Administraciones Públicas. Escuela de Administración General.
- XUNTA DE GALICIA. VICEPRESIDENCIA E CONSELLERÍA DE PRESIDENCIA, ADMINISTRACIÓN PÚBLICA E XUSTIZA: Organización. Secretaría General. Servicios. Fundaciones de Interés Gallego.
<http://cpapx.xunta.es/queeunhafundaciondeinteresegalego>.

El sector fundacional en Extremadura durante 2015

Enrique Hernández Díez

Presidente del Consejo de la Juventud de Extremadura

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ESTADO DEL SECTOR Y CRÓNICA DE ACTIVIDAD: 1. *Situación del sector fundacional en Extremadura.* 2. *Crónica de actividad de las fundaciones extremeñas.*—III. ANÁLISIS DE LA ACTIVIDAD NORMATIVA: 1. *La reforma legal sobre las fundaciones procedentes de la transformación de Cajas de Ahorros con domicilio social en la Comunidad Autónoma de Extremadura.* 2. *Otras normas de rango legal con efectos sobre las fundaciones extremeñas.* 3. *La actividad normativa reglamentaria con efectos sobre el sector fundacional extremeño.*—IV. FINANCIACIÓN PÚBLICA DE FUNDACIONES: 1. *Las subvenciones autonómicas a las fundaciones.* 2. *La contratación de la Junta de Extremadura con fundaciones.* 3. *Las dotaciones presupuestarias de las fundaciones del sector público autonómico.*—V. CONCLUSIONES.

RESUMEN: La situación del sector fundacional en Extremadura permaneció estable en 2015. Hubo un pequeño crecimiento en número, similar al de años anteriores. No se produjeron grandes reformas normativas, pero la actividad legislativa y reglamentaria que afecta al sector se centró en aspectos de administración pública y política social. Los ciclos electorales (locales, autonómicos y generales) facilitaron el aumento de la incidencia institucional del sector. El cambio de gobierno regional provocó una reorganización de las fundaciones públicas. La financiación pública al sector fundacional se incrementó ligeramente en comparación a ejercicios anteriores.

PALABRAS CLAVE: fundaciones, Extremadura, Derecho, tercer sector, financiación pública.

ABSTRACT: The situation of the foundation sector in Extremadura remained stable in 2015. There was a small increase in number, similar to previous years. Important policy reforms have not occurred, but legislative and regulatory activity affecting foundations focused on public administration and social policy. Local, regional and general elections facilitated the increased institutional influence of the sector. The regional government change led to a reorganization of public foundations. Public funding for foundations increased slightly compared to previous years.

KEY WORDS: foundations, Extremadura, Law, third sector, public funding.

I. Introducción

Para comprender mejor la actividad normativa sobre fundaciones, es útil conocer el estado del sector fundacional y sus principales actividades. En 2015 no ha habido ninguna reforma de calado sobre este sector en la Comunidad Autónoma de Extremadura. Sin embargo, sí ha existido una cierta actividad reguladora. La situación del sector fundacional, esta actividad normativa y la reordenación del sector público fundacional con posterioridad al cambio de gobierno en la Junta de Extremadura constituyen el contenido esencial de las siguientes páginas. Por último, dedico un espacio breve a la financiación pública autonómica que en 2015 ha servido o ha ido a parar al sector fundacional, público y privado, para identificar al menos los instrumentos jurídicos empleados.

La información facilitada para la realización de este documento se debe, fundamentalmente, a las publicaciones y comunicaciones de la Asociación Extremeña de Fundaciones (AFEX), y muy especialmente al Servicio de Administración de Justicia y Registros de la Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas de la Junta de Extremadura. A este equipo, sin duda, hay que agradecer la transparencia y eficacia con la que abordan cualquier consulta. También he podido acceder a una información exhaustiva sobre la financiación pública (subvenciones concedidas, contratos mayores y menores, etc.) gracias al Portal de Transparencia de la Junta de Extremadura¹, puesto en marcha en aplicación de la Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura (en adelante LGAEx).

II. Estado del sector y crónica de actividad

1. Situación del sector fundacional en Extremadura

El estado del sector fundacional extremeño en 2015 puede calificarse de saludable, si atendemos a los siguientes datos. Según la propia AFEX², existen casi 300 fundaciones en Extremadura, de las cuales habría 219 activas. El Registro autonómico de fundaciones tiene 179 inscritas, de las cuales constaría actividad de alrededor de cien de ellas, algo más del 50%. La referencia de la actividad frente a la existencia por inscripción registral se extrae habitualmente de la presentación de cuentas anuales ante el protectorado, o de algún otro

¹ Véase (a 10/05/16): <http://gobiernoabierto.gobex.es/transparencia/>.

² Nota de Prensa de la AFEx para el 1 de octubre de 2015, Día Europeo de Fundaciones y Donantes.

tipo de manifestación de actividad similar (consultas, comunicaciones...). La diferencia de cifras entre las casi 300 señaladas por la AFEX y el registro autonómico se debe a que no todas las fundaciones con actividad en la Comunidad Autónoma dependen del registro o protectorado autonómico, sino de otros de ámbito estatal. La divergencia entre ambas, por tanto, pone de manifiesto la presencia de fundaciones de ámbito estatal, o al menos inscritas ante registros y protectorados no extremeños, actuando en Extremadura.

Según la AFEX, el sector atiende en la actualidad en Extremadura a aproximadamente 170.000 personas, un 15% de la población total de la región. Dan trabajo a más de 1.100 personas, y aportan un Valor Añadido Bruto (VAB) de 72 millones de euros. También según AFEX el sector fundacional extremeño genera 3.500 empleos en la región, siendo el único sector que ha crecido durante la crisis económica.

Como consecuencia de este valor social del sector fundacional, en 2015 se han leído y publicado dos tesis doctorales³ en la Universidad de Extremadura sobre las fundaciones. Esto evidencia un claro aumento del interés académico por esta materia, y además aporta una valiosa información desde las dos disciplinas académicas de enfoque: la comunicación y el derecho.

2. *Crónica de actividad de las fundaciones extremeñas*

Durante el año 2015 las fundaciones extremeñas han mantenido una actividad dentro de la normalidad. Puede destacar, no obstante, la candidatura y elección de la AFEX a la presidencia de la Plataforma del Tercer Sector de Extremadura, a través de Manuel López Risco. También ha tenido una cierta relevancia el contexto de elecciones autonómicas, locales y generales. Estos dos elementos han reforzado al sector fundacional en la punta de lanza de la interlocución institucional de la sociedad civil organizada. Los principales acontecimientos relevantes del sector fundacional extremeño son, sin ánimo de exhaustividad, los que destaco a continuación.

A) Las fundaciones extremeñas en la actividad transfronteriza España-Portugal.

Las fundaciones han jugado de nuevo durante 2015 un papel clave en el desarrollo de las relaciones transfronterizas. No solo por su propia actividad,

³ MORENO PIÑERO, J. C., *El tiempo de las fundaciones. Análisis del régimen jurídico de las fundaciones y propuesta para un futuro renovado*. Universidad de Extremadura, 2015.

RODRÍGUEZ RAMOS, V., *La comunicación en las fundaciones de Extremadura*, Universidad de Extremadura, 2015.

sino por servir de marco e impulso a la actividad pública institucional entre ambos países. Sirva de ejemplo el desarrollo en la sede de la Fundación Mercedes Calles-Carlos Ballesteros de Cáceres, de la Comisión Hispano-Lusa para la Cooperación Transfronteriza entre los gobiernos de España y Portugal, el 15 de abril de 2015.

Además de dicha cita, a finales de año se celebraba el VIII Encuentro Hispano-Luso de Fundaciones, en Évora, durante los días 28 y 29 de octubre de 2015. La reunión se orientó bajo la temática «Ideas para inspirar a las fundaciones», con un desarrollo concretado en tres ejes territoriales: espacio ibérico, espacio europeo, y espacio iberoamericano. La importancia de dicha cita para las fundaciones extremeñas se puede percibir con claridad porque este Encuentro volvió a servir de marco para la celebración del Consejo Extremeño de Fundaciones (órgano público consultivo), pese a ser en territorio portugués.

B) Actividad de incidencia institucional y política de las fundaciones extremeñas.

Con motivo de las elecciones autonómicas, la Asociación Extremeña de Fundaciones se sumó, junto a otras plataformas de la sociedad civil organizada, a un primer Encuentro de Diálogo Civil entre dichas organizaciones y todos los grupos políticos que concurrían a las elecciones (6 de mayo de 2015). Éste, y los sucesivos encuentros, han significado el inicio de una comunicación más estrecha entre distintas plataformas con el objetivo de enfocar conjuntamente algunas de las reclamaciones comunes del tercer sector. Se han producido un total de dos encuentros con grupos políticos y otros dos encuentros exclusivamente entre plataformas representativas de organizaciones de la sociedad civil (Plataforma del Tercer Sector, Plataforma de Voluntariado, Consejo de la Juventud, Coordinadora de ONGD's, organizaciones de mujeres y la Plataforma de Infancia, entre otras). Estas sesiones han tomado de referencia especialmente a la Mesa del Diálogo Civil de Bizkaia⁴, en lugar de la Comisión de Diálogo Civil recientemente constituida por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Éstas (Bizkaia y la experiencia extremeña) integran a diversas redes y plataformas de la sociedad civil, no solo a la Plataforma del Tercer Sector del territorio, como sí hace la Comisión del Ministerio. En el caso extremeño este proceso está además desarrollando interlocución con los distintos grupos políticos, con o sin representación parlamentaria, además de con la Junta de Extremadura.

⁴ Así se reconoce en el Documento de Trabajo de la Sesión de 11 de septiembre de 2015.

En una línea de trabajo similar a la anterior, las entidades del tercer sector en general, y el sector fundacional en particular, han tenido también un papel relevante en el Grupo Motor que ha diseñado la puesta en marcha del Consejo Extremeño de Ciudadanos, previsto en el artículo 38 de la ya citada LGAEx. El trabajo se ha desarrollado durante la segunda mitad del año 2015, aunque aún no se ha visto su realización a mediados de 2016. Este Consejo prevé, según la propuesta realizada con participación del sector fundacional, la composición combinada entre ciudadanía individual y organizaciones de la sociedad civil, entre las que se encontraría representado, naturalmente, el sector fundacional.

El Día Europeo de Fundaciones y Donantes (1 de octubre de 2015), en su tercera edición, sirvió de marco de visibilización del sector, y la AFEX⁵ se sumaba a la crítica por la paralización del Estatuto Europeo de Fundaciones, entre otras reivindicaciones y datos ya mencionados sobre el estado de las fundaciones en Extremadura⁶.

Con ocasión de las elecciones generales del 20 de diciembre, el sector fundacional extremeño hizo suyas las reivindicaciones de la Asociación Española de Fundaciones (AEF), trasladando a distintos actores políticos regionales sus expectativas de cara a la próxima legislatura estatal. La AFEX y la AEF⁷ han expresado durante todo el año la importancia de la mejora de los incentivos fiscales al mecenazgo desde la Hacienda extremeña. En concreto, demandan reformas en los tramos autonómicos del IRPF para alcanzar los niveles de Francia (deducciones de hasta el 70% por donaciones de personas físicas, y del 50% para personas jurídicas). También, en materia de micromecenazgo, han expresado su aspiración de alcanzar el 100% de deducción para los primeros 150 euros de donaciones. Este último elemento tiene especial importancia en Extremadura, donde el nivel de renta per cápita hace poco frecuente la existencia de grandes donantes. Todo ello orientado a «fortalecer la participación de los ciudadanos»⁸.

⁵ Nota de Prensa de la AFEX para el 1 de octubre de 2015, Día Europeo de Fundaciones y Donantes.

⁶ Resulta muy útil complementar esta información con la aportada por la Tesis Doctoral de RODRÍGUEZ RAMOS, V., ver nota 3.

⁷ Noticia de la Rueda de Prensa ofrecida por la Asociación Española de Fundaciones y la Asociación Extremeña de Fundaciones el día 20 de abril de 2015, en EuropaPress (a 10/05/2016): <http://www.europapress.es/extremadura/noticia-sector-fundacional-extremadura-atien-de-cerca-170000-personas-emplea-mas-1100-20150420134904.html>.

⁸ *Idem*.

III. Análisis de la actividad normativa

1. *La reforma legal sobre las fundaciones procedentes de la transformación de Cajas de Ahorros con domicilio social en la Comunidad Autónoma de Extremadura*

En febrero de 2015 se produjo la reforma legal que ya fue brevemente citada en el Anuario de 2014. La Ley 2/2014, de 18 de febrero, de medidas financieras y administrativas de la Comunidad Autónoma de Extremadura, recogía en su artículo 9 una modificación significativa de la Ley 8/1994, de 23 de diciembre, de Cajas de Ahorro de la Comunidad Autónoma de Extremadura. El cambio consistió en la adición de un artículo 87 a dicha Ley, y cuyo apartado primero se expresaba con el siguiente tenor literal:

Artículo 87.

A las fundaciones procedentes de la transformación de Cajas de Ahorros con domicilio social en la Comunidad Autónoma de Extremadura, si desarrollan principalmente sus funciones en Extremadura les serán aplicables, además de la presente ley y el régimen jurídico general sobre fundaciones, las normas reguladoras de las fundaciones que gestionen la obra social provenientes de dichas entidades. Mediante Decreto de la Junta de Extremadura, a propuesta de la Consejería competente en materia de política financiera, podrá completarse su régimen jurídico específico.

Menos de un año después, se volvió a corregir dicho apartado mediante la Ley 1/2015, de 10 de febrero, de medidas tributarias, administrativas y financieras de la Comunidad Autónoma de Extremadura. El artículo 63 de dicha Ley le daba al precepto anterior la siguiente redacción:

Artículo 87.

A las fundaciones procedentes de la transformación de Cajas de Ahorro con domicilio social en la Comunidad Autónoma de Extremadura, cuyo ámbito de actuación principal se desarrolle en la misma, o excediendo tal ámbito no reúnan los requisitos para que su Protectorado corresponda al Ministerio de Economía y Competitividad, les será de aplicación la legislación básica del Estado y, en su caso, la normativa que, en desarrollo de la misma, sea dictada por la Comunidad Autónoma de Extremadura.

El resultado de la reforma cambia poco del contenido de la norma. En síntesis, la nueva redacción confirma que la legislación de fundaciones en Extremadura es la estatal, y en todo caso remite al desarrollo normativo autonómico, pero con sujeción a la legislación básica del Estado. Aporta una redacción más clara en varios aspectos, aunque desde un punto de vista de técnica normativa posiblemente sea un error hacer referencia a un Ministerio

específico cuya nomenclatura puede variar en cualquier momento, en lugar de referirse al Ministerio con competencias sobre tal materia. Por último, deja abierta una posibilidad de desarrollo normativo de la legislación básica estatal con otras figuras distintas de los Decretos de la Junta de Extremadura. De esta forma elimina la limitación de la redacción anterior.

2. Otras normas de rango legal con efectos sobre las fundaciones extremeñas

Durante el año 2015 se han producido algunas otras normas de rango legal que contienen referencias al sector fundacional extremeño, público o privado. Por orden cronológico éstas son:

A) Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Esta Ley hace referencias muy breves y concisas a las fundaciones, apenas en la Exposición de Motivos. Sin embargo, es una norma muy significativa porque es el fruto explícito y evidente de una labor de incidencia institucional con los grupos parlamentarios de la Fundación Triángulo en Extremadura (y de la asociación Extremadura Entiende). En efecto, la Exposición de Motivos recoge explícitamente la trayectoria de esta entidad, y reconoce que la Ley es un logro de la sociedad civil organizada LGBT en Extremadura. De ahí el papel relevante que el contenido de la norma pretende dar a la sociedad civil organizada, y a la educación para la participación.

B) Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura.

La reforma que implica esta norma emerge como consecuencia de la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público estatal, aprobado por la Ley 7/2007, de 12 de abril, que dejó en una situación de «provisionalidad» (según la Exposición de Motivos de la citada ley de reforma) la normativa autonómica anterior sobre la Función Pública extremeña. La norma prevé un ámbito de aplicación especial en materia de personal, que afecta directamente a las fundaciones privadas de iniciativa pública. El tenor literal del artículo 4 expresa lo siguiente:

Artículo 4.

Al personal que preste servicios en el resto de entidades del sector público autonómico o local no incluido en el ámbito de aplicación del artículo 3 de esta ley, en las que las Administraciones Públicas de Extremadura en su conjunto, directa o

indirectamente, aporten más del cincuenta por ciento de su capital, tales como sociedades mercantiles y fundaciones privadas de iniciativa pública, así como consorcios que adopten formas de sociedad mercantil, se le aplicará, en todo caso, la regulación sobre oferta de empleo público contenida en el artículo 29, la relativa a la obligatoriedad de tener un registro de personal contenida en el artículo 43, los principios rectores del acceso al empleo público contemplados en el artículo 88, los deberes, código de conducta y régimen de incompatibilidades previstos en el Capítulo IV del Título IV, así como los relativos a personal directivo profesional contenidos en el Capítulo II del Título II y acceso a la función pública de personas con discapacidad a que hace referencia el Capítulo III del Título VI.

Este precepto implica que a dichas fundaciones privadas de iniciativa pública no le son de aplicación obligatoria las demás normas del ámbito general de aplicación (art. 3), sino solo las expresamente citadas. Es significativo que el precepto equipare a las sociedades mercantiles de iniciativa pública con estas fundaciones. Pero en definitiva, la previsión es coherente con los principios de las normas autonómicas sobre transparencia y gobierno abierto. Sin embargo, el personal de dichas fundaciones de iniciativa pública puede quedar excluido de algunos aspectos importantes, como son la planificación pública de los recursos humanos (Capítulo I del Título III), el régimen de derechos y deberes (Capítulo I del Título IV), la ordenación de la jornada de trabajo, permisos y vacaciones (Capítulo II del Título IV), el régimen retributivo (Capítulo III del Título IV) o la formación de empleados públicos de la Escuela de Administración Pública (Capítulo V del Título IV).

C) Ley 14/2015, de 9 de abril, de Servicios Sociales de Extremadura.

El legislador extremeño, con esta Ley de Servicios Sociales, tiene la voluntad de constituir el acceso de la ciudadanía extremeña a determinadas políticas públicas de carácter social como derechos subjetivos. En esta línea crea, por tanto, y por primera vez en Extremadura, el Catálogo del Sistema Público de Servicios Sociales. Al efecto, considera como tales, y los prevé explícitamente en el ámbito de aplicación, en el artículo segundo y con el siguiente tenor literal:

Artículo 2. Ámbito de aplicación.

1. La presente ley será de aplicación a los servicios sociales prestados en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

2. En concreto, en los términos establecidos en la propia ley, será de aplicación a los servicios sociales prestados por:

a) La Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, la administración institucional de ella dependiente, así como los consorcios, fundaciones y

demás entidades con personalidad jurídica propia en los que sea mayoritaria la representación directa de la Junta de Extremadura.

b) Las entidades que integran la Administración Local, la administración institucional de ella dependiente, así como los consorcios, fundaciones y demás entidades con personalidad jurídica propia en que sea mayoritaria la representación directa de dichas entidades.

c) Las entidades privadas que suscriban contratos o convenios de colaboración con las Administraciones Públicas de Extremadura o sean beneficiarias de ayudas o subvenciones concedidas por ellas para la prestación de servicios sociales.

3. Asimismo, será de aplicación a las personas físicas y jurídicas que presten servicios sociales.

Así pues, queda patente la inclusión explícita del sector fundacional con participación pública mayoritaria, ya sea de la Administración autonómica o local. Además de lo anterior, la previsión del apartado c) también resulta significativa, dado que son muchas las fundaciones privadas que se encuentran en la circunstancia descrita, a través de convenios y contratos. Resulta llamativo también que abarque, en el ámbito de aplicación, a las personas físicas y jurídicas que presten servicios sociales, sin especificar que lo hagan por acuerdo o en algún tipo de coordinación pública. Este aspecto se aclara más adelante, cuando sí establece (art. 3) una clara distinción entre el Sistema Público de Servicios Sociales (art. 3.2) y los «servicios sociales de titularidad privada» (art. 3.3). De nuevo, en este último apartado, el legislador vuelve a incluir de forma expresa «aquellos servicios, prestaciones y actuaciones ofertadas por fundaciones» y otras figuras privadas. El peso social del sector fundacional extremeño entre los servicios de titularidad privada se deja intuir claramente en que son las fundaciones las primeras instituciones descritas en la lista.

Sobre los servicios sociales de titularidad privada, el legislador también indica, en el precepto ya citado, «que estarán sujetos a lo previsto en la legislación vigente en la Comunidad Autónoma de Extremadura, sectorial establecida al efecto, bajo la inspección, el control y el registro de la Administración de la Comunidad Autónoma».

3. La actividad normativa reglamentaria con efectos sobre el sector fundacional extremeño

El cambio de gobierno en la Comunidad Autónoma ha provocado una actividad reglamentaria más prolija que en años anteriores al respecto de cuestiones que afectan al sector fundacional, especialmente por la reorganización administrativa del sector público fundacional. No obstante, junto a esta

reorganización podemos encontrar una serie de Decretos que hacen referencia explícita a las fundaciones públicas y privadas de Extremadura. Sobre los siguientes conviene hacer al menos una referencia sucinta:

A) Decreto 3/2015, de 27 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 1/2014, de 18 de febrero, de regulación del estatuto de los cargos públicos del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Esta norma prevé lo que ya indicaba la Ley que desarrolla: que el ámbito de aplicación de la regulación contenida (art. 2 del Decreto) abarca explícitamente a presidentes, directores y asimilados del «sector público fundacional» de la Comunidad Autónoma. Por tanto, estas figuras quedan definitivamente sometidas a todos los requisitos propios de los cargos públicos de Extremadura.

B) Decreto 22/2015, de 24 de febrero, por el que se modifica el Decreto 93/2013, de 4 de junio, por el que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones para el desarrollo de programas de promoción del voluntariado social en la Comunidad Autónoma de Extremadura, y se realiza la primera convocatoria para el ejercicio 2013.

La mención a las fundaciones proviene del reconocimiento a éstas como entidades de voluntariado que pueden concurrir, en igualdad de condiciones que las asociaciones sin ánimo de lucro, siempre que estén debidamente registradas como entidades de voluntariado. Una particularidad de la reforma es la simplificación de las tramitaciones administrativas, permitiendo autorizar a la Administración para que recabe certificados de registro y otros documentos públicos a partir de las solicitudes de subvenciones a sus proyectos. En este sentido, la norma recoge al fin una de las principales reivindicaciones del sector: reducir la carga burocrática del tercer sector ante la Administración.

C) Decreto 64/2015, de 14 de abril, por el que se regula la concesión directa de una subvención a la Fundación Triángulo Extremadura, para la realización de las actividades programadas para «L@s Palom@s 2015».

Un Decreto del mismo tenor fue ya analizado con más detenimiento en el Anuario de 2014⁹, en relación a la adecuada justificación del procedimiento de concesión directa. La misma Fundación privada percibió entonces la misma subvención con el objetivo de apoyar la organización de un evento singular, de importante impacto estatal. Basta remitirse, por tanto, a las con-

⁹ HERNÁNDEZ DIEZ, E.: «La situación social y jurídica del sector fundacional en Extremadura en 2014», en *Anuario de Derecho de Fundaciones 2014*, Iustel, 2015, pp. 427 y ss.

sideraciones expresadas ya en el anterior Anuario, dado que no ha cambiado sustancialmente ningún aspecto relevante. Lo que sí conviene destacar es que ésta es la única institución privada de carácter fundacional que percibe en 2015 una subvención por concesión directa regulada en un Decreto específico de la Junta de Extremadura, lo cual no ha sido habitual en ejercicios presupuestarios anteriores.

D) Decreto 154/2015, de 17 de julio, por el que se establece la estructura orgánica básica de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Las elecciones autonómicas de mayo de 2015, la victoria del Partido Socialista y, finalmente, la investidura como presidente de D. Guillermo Fernández Vara condujeron a una transformación de la estructura orgánica básica de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura. A través de este Decreto se efectúan las siguientes reorganizaciones:

a) Conforme al artículo 5 del Decreto, se adscriben a Presidencia de la Junta de Extremadura la Fundación Academia Europea de Yuste y la Fundación Orquesta de Extremadura. Posteriormente, lo confirmará el Decreto 321/2015, de 29 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica de la Presidencia de la Junta de Extremadura. Este Decreto 321/2015, de 29 de diciembre, incluye, además, una referencia explícita a las fundaciones culturales adscritas a la Secretaría General de Cultura, como son: la Fundación Extremeña de la Cultura, la Fundación Jesús Delgado Valhondo, la Fundación Extremadura de Cine y la Fundación Orquesta de Extremadura. Por otra parte quedan adscritas a la Dirección General de Bibliotecas, Museos y Patrimonio Cultural las competencias que tiene la Junta de Extremadura sobre determinadas fundaciones de iniciativa privada con participación pública, como son la Fundación Helga de Alvear, la Fundación Ortega Muñoz y la Fundación Rafael Ortega Porras.

b) Conforme al artículo 12, se adscriben a la Consejería de Economía e Infraestructuras todas las fundaciones tecnológicas y de investigación de la Junta de Extremadura, en particular el Instituto Tecnológico de las Rocas Ornamentales y Materiales de Construcción (INTROMAC), el Centro de Cirugía de Mínima Invasión (CCMI), la Fundación FUNDECYT-Parque Científico y Tecnológico de Extremadura, la Fundación Computación y Tecnologías Avanzadas de Extremadura (COMPUTAEX), el Centro Nacional de Agricultura Ecológica y de Montaña y el Centro Nacional del Cerdo Ibérico. Estas competencias serán confirmadas posteriormente mediante el Decreto 262/2015, de 7 de agosto, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Economía e Infraestructuras.

c) Conforme al artículo 21, se adscribe a la Consejería de Salud y Políticas Sociales la Fundación para la Formación y la Investigación de los Profesionales de la Salud de Extremadura (FUNDESALUD). Así lo confirma más adelante también el Decreto 265/2015, de 7 de agosto, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Sanidad y Políticas Sociales y se modifica el Decreto 222/2008, de 24 de octubre, por el que se aprueban los Estatutos del Servicio Extremeño de Promoción de la Autonomía y Atención a la Dependencia.

E) Decreto 261/2015, de 7 de agosto, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Hacienda y Administración Pública.

Entre las competencias que este Decreto atribuye a la Consejería de Hacienda y Administración Pública permanece, como ya era habitual en las legislaturas y estructuras orgánicas anteriores, las que corresponden a la Junta de Extremadura en materia de Colegios Profesionales, Asociaciones y Fundaciones. En esta ocasión se sitúan, según el artículo 5 del Decreto, bajo la dirección de la Secretaría General de Administración Pública, de manera que a ésta le corresponde la función de protectorado único autonómico para todas las fundaciones registradas ante la Junta de Extremadura. La ubicación en la Consejería del Servicio de Administración de Justicia y Registros indica que ésta es la que ejerce además las funciones del Registro de Fundaciones de ámbito autonómico.

F) Decreto 264/2015, de 7 de agosto, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Educación y Empleo y se modifica el Decreto 26/2009, de 27 de febrero, por el que se aprueban los Estatutos del Servicio Extremeño Público de Empleo.

A diferencia de la legislatura anterior, las competencias en materia de Deporte han dejado de estar encomendadas a la Presidencia de la Junta de Extremadura, y han pasado a la Consejería de Educación y Empleo, en particular ubicando la Dirección General de Deportes bajo la coordinación de la Secretaría General de Educación. Por esta razón, la Fundación Jóvenes y Deporte (que históricamente ha estado más vinculada a las competencias de deporte que de juventud) cambia de adscripción, según recoge el artículo 1.V, *in fine*.

IV. Financiación pública de fundaciones

La entrada en vigor del Portal de Transparencia de la Junta de Extremadura previsto por la LGAEx nos brinda la oportunidad de tener acceso a una

serie de datos que, de otra forma, serían prácticamente imposibles de recabar. Por la reciente puesta a disposición, parecía oportuno realizar una primera aproximación a la significación económica que tiene para el sector fundacional extremeño la financiación pública de la Junta de Extremadura, al menos con las cifras disponibles de 2015.

Para el análisis sobre el impacto de la financiación pública en el sector fundacional, he tenido en cuenta las siguientes vías de transferencia de fondos públicos: a) la financiación por la vía de subvenciones, tanto de concesión directa como de concurrencia competitiva; b) la financiación por vía de contratos públicos, sean del tipo que sean; y c) las asignaciones presupuestarias del sector público fundacional para 2015.

Una de las principales dificultades para conocer las cuantías exactas que ha percibido el conjunto del sector fundacional radica en la identificación de determinadas entidades como fundaciones. La no obligatoriedad de incorporar en el nombre la palabra «Fundación» impide, en ocasiones, conocer la naturaleza jurídica de algunas entidades que, por las causas que fuere, tampoco la aclaran en sus propias páginas Web. No obstante, no es la situación de la mayoría, y la información pública permite tener un conocimiento general de la financiación obtenida por el sector fundacional por las distintas vías jurídicas admisibles.

1. *Las subvenciones autonómicas a las fundaciones*

Sobre la primera vía, la financiación por subvenciones, cabe destacar que existen dos grandes fórmulas básicas de subvencionar la actividad fundacional en Extremadura, como en la mayoría de Administraciones Públicas en España. Ya hemos hecho referencia a la subvención nominativa por concesión directa que está recogida en el Decreto 64/2015, de 14 de abril. A esta fórmula de subvenciones nominativas por concesión directa se suman otras que no han sido recogidas por Decreto.

Destacan, para el sector fundacional, las ayudas por concesión directa de la Agencia Extremeña de Cooperación al Desarrollo (AEXCID), tanto para Acción Humanitaria como especialmente para Proyectos de Cooperación. Por esta vía se ha transferido al sector fundacional más de dos millones de euros, si bien la mayor parte es destinada a proyectos de carácter bianual (2015-2016). En todo caso, la subvención nominativa más cuantiosa del ejercicio 2015 fue la concedida a la Fundación San Juan de Dios de Extremadura, de 1.624.500 euros, para la prestación de asistencia sanitaria, en régimen de internamiento, a pacientes del Servicio Extremeño de Salud. También en

el ámbito de la salud se produjeron subvenciones nominativas para proyectos de prevención de drogodependencias, y de apoyo a la conciliación familiar de población en riesgo de exclusión. El importe total de estas ayudas supera los cinco millones de euros.

Por otra parte, las fundaciones han percibido en 2015 muchas más subvenciones (pero de menor cuantía) por la vía de la concurrencia competitiva. Resultan dignas de destacar, de nuevo, las obtenidas en los proyectos de la AEXCID, con una inversión total en los proyectos del sector fundacional de alrededor de 200.000 euros. Estas partidas solo son superadas por la financiación educativa privada concertada, dado que muchos centros de este tipo son gestionados por fundaciones. Sin embargo, el peso relativo del sector en estas dos áreas de subvenciones (de educación y de cooperación internacional) es significativamente inferior en comparación al sector asociativo o cooperativo. Es decir: las fundaciones son receptoras de menos ayudas que las organizaciones de carácter asociativo o de otros tipos. Este menor impacto del sector fundacional en las subvenciones en concurrencia competitiva también se produce en los ámbitos social y sanitario, lo cual no evita la obtención de financiación por proyectos en materia de promoción del voluntariado social, sociosanitarios de participación comunitaria, fomento de la inserción social y laboral, etc.

Conviene señalar que no existe ninguna subvención en materia de políticas de consumo, vivienda y emancipación residencial que se haya concedido a entidades del tercer sector, siendo los únicos ámbitos de la Consejería de Sanidad y Políticas Sociales en las que se produce esta circunstancia. Sí se transfieren a organizaciones de consumidores (UCE, que en todo caso no reviste la forma jurídica de fundación) a través de la Consejería de Economía e Infraestructuras, a pesar de no tener las competencias sobre la materia, bajo la justificación de poner en marcha un Plan de Mejora de la competitividad del pequeño comercio minorista en Extremadura.

Por otra parte, las subvenciones al sector fundacional en materia de ciencia y tecnología se han limitado durante 2015 a la actividad de fundaciones especializadas en investigación sanitaria (FUNDESALUD y la Fundación Centro de Cirugía de Mínima Invasión Jesús Usón). La cuantía percibida por dichas instituciones no es significativa en comparación a las demás receptoras. Resulta llamativo que las instituciones públicas, de una u otra forma jurídica específica, son las destinatarias de la práctica totalidad de las ayudas en esta materia. En contraposición, en materia de investigación sí existen al menos dos fundaciones privadas que han percibido ayudas de escasa cuantía destinadas al fomento del conocimiento científico en el sector agrario, fores-

tal y agroalimentario. No obstante, en materia de las políticas agrarias y medioambientales se puede afirmar que el sector fundacional extremeño no juega un papel relevante en la gestión de proyectos con financiación pública autonómica, por la vía de subvenciones de ningún tipo.

Una circunstancia que, sin duda, podría ser objeto de un estudio más profundo es que las fundaciones tampoco aparecen como perceptoras de ninguna ayuda de las subvenciones a entidades de la economía social. Más previsible resulta que esto suceda en las ayudas en materia de industria, turismo, política territorial, energía e infraestructuras.

Las ayudas en materia de política educativa sí son importantes para el sector fundacional, especialmente las concedidas a centros privados concertados para la mejora de infraestructuras y equipamientos. De todas formas, el sector fundacional es minoritario entre las instituciones educativas que perciben este tipo de ayudas. En este sentido llama la atención que más de la mitad de las fundaciones que gestionan colegios privados concertados y obtienen ayudas son claramente de carácter religioso, pero son fundaciones no sometidas al régimen jurídico específico de entidades religiosas del Ministerio de Justicia. Por el contrario, el sector fundacional apenas tiene impacto en las subvenciones públicas de apoyo a la formación profesional, y ninguno en el ámbito de la educación universitaria.

Ante el panorama de grave desempleo aún en 2015 en la Comunidad Autónoma de Extremadura, era de esperar que se encontrara un papel más relevante del sector fundacional en las políticas de empleabilidad que en otros ámbitos. Así sucede con Radio Ecca Fundación Canaria y con Fundación Mujeres, percibiendo cada una 210.000 euros para proyectos bianuales (2015/2016) de orientación y prospección para la inserción laboral. Sin embargo, más allá de las dos ya señaladas y de la Fundación Laboral de la Construcción (con diversas ayudas para acciones formativas que alcanzan apenas los 100.000 euros), el sector fundacional ha percibido en 2015 muy poco apoyo financiero público por vía de subvenciones. Podría decirse que éste ha sido anecdótico.

2. *La contratación de la Junta de Extremadura con fundaciones*

A la luz de los datos disponibles, resulta evidente que la financiación pública autonómica llega al sector fundacional por la vía de subvenciones en mayor medida que a través de contratación. Sin embargo, la Junta de Extremadura acude también al sector fundacional para la contratación de servicios y la puesta en marcha de proyectos de diverso tipo. Durante 2015, además,

las fundaciones ingresaron por la vía de contratación pública casi el 30% (casi 230.000 euros de un total de 870.000 euros) de los últimos cinco años (2011-2015), lo cual significa un ligero aumento. No son accesibles los datos de la contratación por cuantías inferiores a los 3.000 euros, por lo que los datos están sujetos a error por la contabilización de tales cuantías.

Resulta muy significativo que toda la contratación realizada desde la Junta de Extremadura hacia cualquier entidad del sector fundacional en 2015 es a través de la figura de contrato menor de servicios, por el procedimiento de adjudicación directa previsto en el artículo 138 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. No constan en 2015 contrataciones mayores en las que haya fundaciones adjudicatarias. En todo caso, ninguna fundación es adjudicataria de más de tres contratos entre 3.000 y 18.000 euros a lo largo de un año. Los objetos están en general bien diferenciados, y por norma general son las propias fundaciones las adjudicatarias de los contratos (existen curiosas excepciones en las que alguna Administración paga los suministros de una fundación privada). En conjunto, durante los últimos cinco años, he calculado con la información del Portal de Transparencia que la contratación pública a entidades fundacionales ha supuesto el 0,12% del número total de contratos menores de la Junta de Extremadura, y el 0.14% del volumen contratado por vía de adjudicación directa.

3. *Las dotaciones presupuestarias de las fundaciones del sector público autonómico*

La Junta de Extremadura presenta su Proyecto de Presupuestos Generales a la Asamblea incluyendo a las fundaciones públicas y a las privadas con dotación y participación pública. La extensa documentación pública en esta materia permite aproximarse a la financiación concreta de muchas de ellas¹⁰. Estas son las siguientes:

1. Academia Europea de Yuste.
2. Centro de Documentación e Información Europea de Extremadura (CDIEX).
3. Centro Extremeño de Estudios y Cooperación con Iberoamérica (CEXECI).
4. Jóvenes y Deportes.

¹⁰ Cfr. (a 10/05/2016): <http://www.gobex.es/cons001/presupuestos>.

5. Relaciones Laborales de Extremadura.
6. Extremadura de Cine.
7. Godofredo Ortega Muñoz.
8. Helga de Alvear.
8. Jesús Delgado Valhondo.
10. Orquesta de Extremadura.
11. Centro de Cirugía de Mínima Invasión «Jesús Usón».
12. Computación y Tecnologías Avanzadas de Extremadura (COMPUTAEX).
13. FUNDECYT-Parque Científico y Tecnológico de Extremadura (FUNDECYT-PCyTEx).
14. Formación e Investigación de los Profesionales de la Salud de Extremadura (FundeSalud).

En 2015, respecto a 2014, existe una tendencia expansiva en los presupuestos, aumentando las partidas destinadas a diversas fundaciones, especialmente las fundaciones públicas. Así sucede con la Academia Europea de Yuste, que prácticamente duplica los ingresos provenientes de la asignación presupuestaria hasta alcanzar los 738.275 euros. También con la Escuela de Organización Industrial, que duplica hasta alcanzar los 510.000 euros por la vía de subvención nominativa consignada en presupuestos.

De las fundaciones públicas autonómicas antes citadas, cabe destacar que permanecen con una dotación equivalente a la de 2014 el CEXECI (511.487 euros), CDIEX (29.967 euros), la Fundación Jóvenes y Deporte (2.417.000 euros), y la Fundación Relaciones Laborales de Extremadura (220.000 euros).

Para otras fundaciones resulta complejo identificar las cuantías finales realmente asignadas, dado que combinan contratos, subvenciones y asignaciones presupuestarias directas, como son el Centro de Cirugía de Mínima Invasión y FUNDECYT-PCyTEx.

No aparecen identificables en la documentación pública de los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Extremadura las partidas destinadas a las Fundaciones con participación pública F. Extremadura de Cine, F. Godofredo Ortega Muñoz, F. Helga de Alvear, F. Jesús Delgado Valhondo, F. Orquesta de Extremadura y COMPUTAEX. Sin embargo, por la vía de las contrataciones menores citadas anteriormente, sí constan transferencias a varias de ellas.

Las fundaciones que recogen mayores dotaciones en los Presupuestos Generales son la Fundación Jóvenes y Deporte, con los casi dos millones y medio ya señalados, y el Centro de Cirugía de Mínima Invasión, que alcanza entre varias partidas casi dos millones de euros (1.995.000).

V. Conclusiones

En primer lugar, el sector fundacional en Extremadura parece tomar en 2015 más fuerza dentro de la propia sociedad civil organizada. No solo mantiene un ritmo lento pero constante de crecimiento, sino que sobre todo aumenta su relevancia institucional, abriendo nuevos debates políticos y sociales, y haciéndose presente en nuevos espacios.

En segundo lugar, la actividad normativa con efectos sobre el sector durante 2015 ha sido mayor que en años anteriores, pero sin grandes reformas. El propio legislador autonómico reconoce el papel fundamental de la legislación estatal para la regulación del sector. En todo caso, la normativa autonómica ha reforzado el reconocimiento al sector fundacional, tanto público como privado.

Por último, del análisis sobre la financiación pública autonómica se pueden deducir varias conclusiones. Por una parte, resulta evidente que la mayoría de la financiación pública destinada al sector fundacional acaba en manos de las propias fundaciones públicas, ya sea por vía de contratos menores, de subvenciones nominativas o cualquier otro tipo de asignación directa. La mayor parte de los fondos públicos destinados a fundaciones se transfieren por subvenciones por asignación directa, y la herramienta con menos relevancia cuantitativa es el contrato menor. El número de fundaciones que reciben fondos autonómicos es muy bajo en comparación con el total de fundaciones que están activas en la región, de manera que el peso de la financiación pública para el sector fundacional no es especialmente relevante, salvo casos excepcionales.

La regulación del mecenazgo cultural y deportivo en las Islas Baleares

Joana M. Socías Camacho

Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de las Islas Baleares

Vicente Juan Calafell Ferrá

Profesor Asociado de Derecho Constitucional
Universidad de las Islas Baleares

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA LEY 3/2015, DE 23 DE MARZO, POR LA QUE SE REGULA EL CONSUMO CULTURAL Y EL MECENAZGO CULTURAL, CIENTÍFICO Y DE DESARROLLO TECNOLÓGICO, Y SE ESTABLECEN MEDIDAS TRIBUTARIAS: 1. *Marco competencial*. 2. *Instauración de un nuevo marco favorecedor de la acción conjunta público-privada en el ámbito cultural*.—III. LA LEY 6/2015, DE 30 DE MARZO, POR LA QUE SE REGULA EL MECENAZGO DEPORTIVO Y SE ESTABLECEN MEDIDAS TRIBUTARIAS: 1. *Marco competencial*. 2. *Instauración de un nuevo marco favorecedor de la acción conjunta público-privada en el ámbito deportivo*.

RESUMEN: El Parlamento de las Islas Baleares aprueba la Ley 3/2015, de 23 de marzo, por la que se regula el consumo cultural y el mecenazgo cultural, científico y de desarrollo tecnológico, y se establecen medidas tributarias, y la Ley 6/2015, de 30 de marzo, por la que se regula el mecenazgo deportivo y se establecen medidas tributarias. Se trata de dos leyes novedosas que surgen con la intención de contribuir al fomento y al desarrollo del sector cultural (en sentido amplio, que comprende, además, el científico y el de desarrollo tecnológico) y del sector deportivo. Esta nueva regulación pretende instaurar un nuevo marco de colaboración público-privada en materia de financiación de la cultura y del deporte, a partir del establecimiento de un conjunto integrado de medidas de estímulo ideadas para superar el modelo que hace depender la financiación de tales sectores exclusivamente de las ayudas públicas.

PALABRAS CLAVE: mecenazgo, colaboración público-privada, cultura, deporte, desarrollo científico, desarrollo tecnológico, incentivos.

ABSTRACT: The Parliament of the Balearic Islands approves the Law 3/2015, of 23 March, by which cultural consumption and cultural, scientific and technological development is regulated patronage and tax measures are established, and Law 6 / 2015 of 30 March, which regulates sports sponsorship and tax measures are established. It is two new laws that come with the intention of contributing to the

promotion and development of the cultural sector (broadly, which also includes the scientific and technological development) and the sports sector. This new regulation aims to establish a new framework for public-private partnership in financing of culture and sport, from the establishment of an integrated stimulus measures designed to overcome the model that depend on the financing of such sectors set exclusively of public aid.

KEY WORDS: patronage, public-private partnerships, culture, sports, scientific, technological development, incentives.

I. Introducción

En marzo de 2015, ya en la recta final de la VIII legislatura (período 2011-2015), el Parlamento de las Islas Baleares aprueba dos leyes novedosas que regulan, por un lado, el mecenazgo cultural y, por otro, el mecenazgo deportivo. Se trata de la Ley 3/2015, de 23 de marzo, por la que se regula el consumo cultural y el mecenazgo cultural, científico y de desarrollo tecnológico, y se establecen medidas tributarias (en adelante, Ley de mecenazgo cultural); y de la Ley 6/2015, de 30 de marzo, por la que se regula el mecenazgo deportivo y se establecen medidas tributarias (en adelante, Ley de mecenazgo deportivo).

Las leyes mencionadas surgen en las Islas Baleares con la intención de contribuir al fomento y al desarrollo del sector cultural (en sentido amplio, que comprende, además, el científico y el de desarrollo tecnológico) y del sector deportivo. Concretamente, como se dice expresamente en sendas Exposiciones de Motivos, pretenden instaurar un nuevo marco de colaboración público-privada en materia de financiación de la cultura y del deporte, a partir del establecimiento de un conjunto integrado de medidas de estímulo ideadas para superar el modelo que hace depender la financiación de tales sectores exclusivamente de las ayudas públicas.

La Ley de mecenazgo cultural se dicta al amparo de la competencia exclusiva en materia de «cultura» y en materia de «investigación, innovación y desarrollo científico y técnico», que tiene la Comunidad Autónoma en base a los apartados 26 y 44 del artículo 30 del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares (Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, en adelante EAIB); mientras que la Ley de mecenazgo deportivo se fundamenta en el artículo 30.12 EAIB, que otorga la competencia exclusiva de «deportes» a la Comunidad. Ambas leyes se basan, a su vez, en el artículo 30.28 EAIB, que otorga la competencia exclusiva en materia de ordenación de la Hacienda de la Comunidad Autónoma; y en los artículos 128 y 129 EAIB, que regulan

los recursos y las competencias en materia tributaria. El marco constitucional regulador del sistema de financiación de las comunidades autónomas está contenido en los artículos 156 y 157 CE. El primero de estos artículos instituye el principio de autonomía financiera de las comunidades autónomas para el desarrollo y la ejecución de sus competencias con arreglo a los principios de coordinación con la Hacienda estatal y de solidaridad. Por su parte, el artículo 157 se refiere a los recursos de las comunidades autónomas.

En cuanto a la normativa sobre incentivos a la participación privada en actividades de interés general, hay que tener en cuenta la Ley estatal 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, dirigida a estimular la participación del sector privado en las actividades de interés general. Tanto la Ley de mecenazgo cultural como la Ley de mecenazgo deportivo vienen a completar dicha normativa estatal en la Islas Baleares en materia de incentivos fiscales, en tanto que ponen las bases de un nuevo modelo para la financiación de dichas materias, que va más allá de los recursos públicos y que busca estimular la participación privada en actividades de interés general meritorias de recibir incentivos fiscales al mecenazgo, como las culturales, las científicas, las de desarrollo tecnológico y las deportivas.

II. La Ley 3/2015, de 23 de marzo, por la que se regula el consumo cultural y el mecenazgo cultural, científico y de desarrollo tecnológico, y se establecen medidas tributarias

1. Marco competencial

La Ley de mecenazgo cultural se dicta fundamentalmente, entre otros títulos competenciales, al amparo de los apartados 26 y 44 del artículo 30 EAIB, como ya se ha dicho. El primero de los apartados citados otorga competencia exclusiva a la Comunidad Autónoma en las siguientes materias: «Cultura. Actividades artísticas y culturales. Fomento y difusión de la creación y la producción teatral, musical, cinematográfica y audiovisual, literaria, de danza y de artes combinadas, así como su difusión nacional e internacional»¹. El apartado 44 del artículo 30 EAIB se refiere por su parte a las siguientes

¹ Acerca del artículo 30.26 del EAIB, véase PAYERAS MUNTANER, G., «Artículo 30.26. “Cultura. Actividades artísticas y culturales. Fomento y difusión de la creación y la producción teatral, musical, cinematográfica y audiovisual, literaria, de danza y de artes combinadas, así como su difusión nacional e internacional”», *Comentarios al Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares*, BLASCO ESTEVE, A. (dir.), Ed. Thomson-Civitas, 2008, p. 421-423.

materias exclusivas: «Investigación, innovación y desarrollo científico y técnico. Establecimiento de líneas propias de investigación y seguimiento, control y evolución de los proyectos»².

Pese a tratarse de competencias exclusivas de la Comunidad Autónoma, las materias citadas anteriormente son transversales, es decir, son competencias compartidas sobre las que el Estado no se mantiene al margen y sobre las que existen conexiones con otros títulos competenciales, tanto autonómicos como estatales. Dicho de otra manera, la concurrencia de competencias entre Estado o comunidades autónomas siempre será posible en este campo. Así, por ejemplo, el apartado 15 del artículo 149.1 CE dice que el Estado tiene competencia en «fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica». El artículo 148.1 CE señala que las comunidades autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: 15 («Museos, bibliotecas y conservatorios de música de interés para la Comunidad Autónoma»), 16 («Patrimonio monumental de interés de la Comunidad Autónoma»), 17 («El fomento de la cultura, de la investigación y, en su caso, de la enseñanza de la lengua de la Comunidad Autónoma»). El artículo 149.2 CE dice que «sin perjuicio de las competencias que podrán asumir las Comunidades Autónomas, el Estado considerará el servicio de la cultura como un deber y una atribución esencial y facilitará la comunicación cultural entre las Comunidades Autónomas, de acuerdo con ellas». Existen además otras referencias a la materia cultura fuera del Título VIII de la Constitución, concretamente en el Título I, cuyo artículo 44 establece que «los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura a la que todos tienen derecho. También promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general». La cultura es, como ha sentenciado el Alto Tribunal, una competencia propia e institucional y lo es tanto del Estado como de las comunidades autónomas (STC 49/1984).

Sin perjuicio de estas conexiones a las que se acaba de hacer referencia, la competencia exclusiva sobre cultura recogida en el artículo 30.26 EAIB («Cultura. Actividades artísticas y culturales. Fomento y difusión de la creación y la producción teatral, musical, cinematográfica y audiovisual, literaria, de danza y de artes combinadas, así como su difusión nacional e internacional») permite que la Comunidad Autónoma pueda establecer las bases de una política cultural o alcanzar los aspectos más destacados de dicha política, como

² Acerca del artículo 30.44 del EAIB, véase ESTRANY PAYERAS, P., «Artículo 30.44. “Investigación, innovación y desarrollo científico y técnico. Establecimiento de líneas propias de investigación y seguimiento, control y evolución de los proyectos”», *Comentarios al Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares*, BLASCO ESTEVE, A. (dir.), Ed. Thomson-Civitas, 2008, p. 470-473.

por ejemplo el fomento de la cultura, amplia expresión en la que debe comprenderse una acción de estímulo y promoción cultural (STC 84/1983). Por lo que se refiere a la investigación científica y técnica existe también una concurrencia competencial entre el Estado y las comunidades autónomas. La competencia en esta materia a la que se refiere el apartado 44 del artículo 30 EAIB («Investigación, innovación y desarrollo científico y técnico») debe interpretarse teniendo en cuenta la competencia estatal para el fomento de la investigación científica y técnica encaminada a su promoción y avance, sin que ello pueda llegar a tal grado de concreción y desarrollo que deje vacía de contenido a la correspondiente competencia de las comunidades autónomas (STC 90/1992).

2. Instauración de un nuevo marco favorecedor de la acción conjunta público-privada en el ámbito cultural

El marco competencial que acaba de exponerse permite la aprobación de la Ley de mecenazgo cultural, con el objetivo de fomentar la creatividad de los artistas y el desarrollo de los investigadores de las Islas Baleares, así como su proyección exterior. Se trata de una Ley novedosa, que sigue la estela de la escasa legislación que se ha aprobado en esta materia; por ahora, sólo Navarra y Valencia han aprobado normativa similar³. Hasta la publicación de la Ley de mecenazgo, el apoyo que ha ido recibiendo el sector cultural y científico en Baleares ha venido directa y exclusivamente de los recursos de la Administración Pública (por ejemplo, mediante ayudas para la organización de ferias, para desplazamientos al exterior o para la creación audiovisual y musical). La intención de la Ley que analizamos es ir más allá; pretende conseguir recursos privados para la financiación del tejido cultural, científico y de desarrollo tecnológico, mediante la colaboración privada a través de tres vías: donaciones, cesiones de uso y convenios de colaboración (art. 3 Ley mecenazgo cultural); para ello establece la aplicación de incentivos y deducciones fiscales en cuatro impuestos: IRPF, impuesto de patrimonio, impuesto de sucesiones y donaciones e impuesto de transmisiones patrimoniales. Dicho de otra manera, la Ley de mecenazgo cultural pretende implantar un conjunto de medidas que sirvan para superar el modelo clásico de la subvención, e instaura un nuevo marco favorecedor de la acción conjunta público-privada. Prevé que se produzca una rebaja a la presión fiscal, a la vez que se in-

³ Para más detalle, véase CASANELLAS CHUECOS, M., «Nuevos marcos de apoyo fiscal al mecenazgo en España: perspectiva jurídica, estatal y autonómica», RCDP (2016), n.º 52, p. 43-66.

crementa en términos absolutos el capital que se destina a actividades culturales, científicas y de desarrollo tecnológico. La Ley tiene los ojos puestos en la consolidación de una antigua pretensión, la promoción y la colaboración de la sociedad civil en el fomento de la cultura, la investigación, la innovación y el desarrollo científico y técnico. Y para abordar este objetivo, el contenido de la Ley de mecenazgo cultural se divide en tres partes: por un lado, establece una serie de disposiciones generales relativas al objeto y las definiciones necesarias para una adecuada comprensión y aplicación de sus preceptos (título primero); por otro, desarrolla la declaración de interés social (título segundo); y finalmente, fija las deducciones y reducciones fiscales, con sus requisitos y justificaciones (título tercero).

Las actividades sobre las cuales son aplicables los incentivos fiscales comprenden el mecenazgo cultural, científico y de desarrollo tecnológico, el consumo de determinados productos culturales, todo aquello relativo a empresas culturales, científicas, o de desarrollo tecnológico, la adquisición de determinados bienes culturales, las donaciones dinerarias, incluidas la transmisión de bienes muebles o de carácter cultural (art. 1 Ley mecenazgo cultural). Se incluye también la cinematografía, las artes audiovisuales, o las artes multimedia, la música y las artes escénicas, las artes plásticas, la fotografía y el diseño, actividades culturales relacionadas con el mundo del libro y la lectura, así como la investigación, documentación, conservación, restauración, difusión y promoción del patrimonio cultural, material e inmaterial, de la comunidad autónoma; proyectos de investigación, la financiación de cátedras y también proyectos de I+D+I; además, afecta e incentiva fiscalmente empresas culturales y también incentiva fiscalmente el micromecenazgo (art. 2 Ley mecenazgo cultural). Sin embargo, cuando se trate de proyectos o actividades que no se correspondan con las que se acaban de describir —y que están estipuladas en el mencionado art. 2—, la Ley establece que las personas y entidades beneficiarias del mecenazgo habrán de solicitar la declaración de interés social de sus proyectos o actividades culturales, científicos o de desarrollo tecnológico, a la consejería competente en materia de cultura y universidades (art. 2 y 6 Ley mecenazgo cultural).

Por lo que se refiere a las personas y entidades beneficiarias del mecenazgo, la Ley incluye a las entidades sin ánimo de lucro domiciliadas fiscalmente en las Islas Baleares (fundaciones, asociaciones declaradas de utilidad pública y organizaciones no gubernamentales de desarrollo a que se refiere la Ley 23/1998, de 7 de julio, de cooperación internacional para el desarrollo); a la Administración de la Comunidad Autónoma, los Consejos Insulares y las Entidades Locales de las Islas Baleares, así como su sector público instrumen-

tal; a la Universidad de las Islas Baleares; y a las personas físicas o jurídicas con domicilio fiscal en de las Islas Baleares que de forma habitual llevan a cabo actividades culturales, artísticas, científicas o de desarrollo tecnológico (art. 4 Ley mecenazgo cultural).

En concreto, como ya se ha dicho, el artículo 3 de la Ley mecenazgo cultural establece tres vías a las que se aplican incentivos y deducciones fiscales para conseguir recursos privados de cara a la financiación del tejido cultural, científico y de desarrollo tecnológico, que son las donaciones, las cesiones de uso y los convenios de colaboración. De este modo, gozan de deducciones y reducciones fiscales: a) las donaciones entre vivos, puras y simples, realizadas a favor de las personas y entidades beneficiarias para la realización de proyectos o actividades culturales, científicos o de desarrollo tecnológico —ya sea los estipulados en el art. 2 de la Ley o los que sean declarados de interés social— (art. 7 Ley mecenazgo cultural); b) la cesión de uso o contrato de comodato de bienes de interés cultural, de bienes inventariados, de bienes de relevancia local o de obras de arte de calidad garantizada, así como de locales para la realización de proyectos o actividades culturales, científicos o de desarrollo tecnológico —que cumplan las condiciones establecidas en el art. 2 de la Ley o bien que sean declarados de interés social— (art. 10 Ley mecenazgo cultural); y c) el convenio de colaboración empresarial incentivado fiscalmente, que es aquel por el cual las personas o entidades beneficiarias, a cambio de una ayuda económica o susceptible de valoración económica para la realización de un proyecto o actividad —estipulados en el art. 2 de la Ley o declarados de interés social—, se comprometen por escrito a difundir, por cualquier medio, la participación del colaborador en los proyectos o las actividades mencionados (art. 13 Ley mecenazgo cultural). Aparte de estas tres vías, también se incentiva el consumo cultural, en tanto que también goza de deducciones y reducciones fiscales el consumo por parte de personas físicas o jurídicas de los productos culturales como las obras de creación artística, pictóricas o escultóricas, en cualquiera de sus formatos, que sean originales y que el artista haya elaborado íntegramente y que sean únicas o seriadas —se excluyen los objetos de artesanía y las reproducciones— (art. 5 y 15 Ley mecenazgo cultural).

III. La Ley 6/2015, de 30 de marzo, por la que se regula el mecenazgo deportivo y se establecen medidas tributarias

1. Marco competencial

La Ley de mecenazgo deportivo se fundamenta en diversos títulos competenciales. Por un lado, esta norma se ha dictado al amparo del artículo 30.12

EAIB, que confiere a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en la siguientes materias: «Deporte y tiempo libre. Fomento, planificación y coordinación de las actividades deportivas y de ocio. Regulación y declaración de utilidad pública de las entidades deportivas». Por otro lado, también se basa en el artículo 30.28 EAIB, que otorga a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de ordenación de su Hacienda. A su vez, este segundo título competencial debe ponerse en relación con los artículos 128 y 129 EAIB, donde se regulan los recursos y las atribuciones de la Comunidad Autónoma en materia tributaria, con arreglo al sistema de financiación autonómico previsto en los artículos 156 y 157 CE.

La competencia exclusiva que el artículo 30.12 EAIB atribuye a la Comunidad Autónoma en materia de deporte —dentro de la que, como se acaba de ver, se encuentra especificada la acción de promoción o fomento de las actividades deportivas— se incardina y tiene su fundamento en el marco delimitado por los artículos 43.3 y 148.1.19.^a CE. Por una parte, el artículo 43.3 CE impone a los poderes públicos —a todos ellos— el mandato de fomentar el deporte; por otra parte, el artículo 148.1.19.^a CE faculta a las comunidades autónomas para asumir competencias en relación con la promoción del deporte. A estas expresas previsiones constitucionales debe añadirse que el artículo 149 CE no contiene ninguna reserva competencial concreta a favor del Estado en materia deportiva. De todo ello resulta, en definitiva, que las comunidades autónomas se hallan constitucionalmente legitimadas para asumir competencias sobre la promoción del deporte, como han hecho todas.

El precepto clave sobre el que se basa la asunción de atribuciones en materia de promoción deportiva por parte de las comunidades autónomas a través de su respectivo estatuto de autonomía es, por lo tanto, el artículo 148.1.19.^a CE, que expresamente posibilita que dicha materia quede dentro del ámbito competencial autonómico. El Tribunal Constitucional ha destacado esta especial significación del artículo 148.1.19.^a CE, al considerarlo un criterio interpretativo cualificado que permite entender que la promoción del deporte es, en el orden constitucional de distribución de competencias, una potestad que encaja de lleno en la esfera de poderes de las comunidades autónomas. En concreto, ha afirmado que el citado precepto «tiene ciertamente un valor hermenéutico, en relación a la voluntad constitucional de que dicha materia sea asumida por las comunidades autónomas, que no puede ignorarse», sin perjuicio —como es evidente— de las competencias que puedan corresponder al Estado en virtud de otros títulos. Por lo demás, este reparto de competencias entre el Estado y las comunidades au-

tónomas en relación con el deporte responde —según el propio Tribunal Constitucional— a la «relevancia social (y también económica)» de esta materia, que «justifica una intervención de los poderes públicos» en la que caben, entre otras, «las tradicionales medidas de fomento (como pueden ser ayudas económicas, incentivos fiscales o premios honoríficos)» (STC 80/2012, de 18 de abril, FJ 6).

Sobre la base de las competencias que el EAIB atribuye a la Comunidad Autónoma en relación con el deporte, el Parlamento de las Islas Baleares ha aprobado a lo largo de los años diversas leyes en este ámbito. Estas leyes pueden dividirse en dos grupos, según su objeto sea la ordenación general del deporte en las Islas Baleares, o bien la distribución de potestades en materia deportiva entre las diferentes instituciones de la Comunidad Autónoma, de acuerdo con el reparto interno de competencias que establece el EAIB.

Por un lado, la regulación general de la materia deportiva se ha llevado a cabo a través de dos normas. La primera fue la Ley 3/1995, de 21 de febrero, del deporte balear, donde se ordenaron, con diverso grado de detalle, los aspectos esenciales de la actividad deportiva en el ámbito autonómico. La segunda —que ha derogado la anterior y es la hoy vigente— es la Ley 14/2006, de 17 de octubre, del deporte de las Islas Baleares. El objetivo de esta segunda ley es establecer el marco normativo global del deporte en la Comunidad Autónoma, lo que se ha traducido en una norma extensa que regula, de manera pormenorizada, prácticamente todas las cuestiones relacionadas con el deporte en las Islas Baleares.

Por otro lado, desde el punto de vista del reparto interno de competencias entre las instituciones de la Comunidad Autónoma, hay que tener en cuenta que el EAIB posibilitó, desde el primer momento, la asunción por parte de los consejos insulares de atribuciones ejecutivas y de gestión en relación con el deporte (art. 39.13 del EAIB original aprobado en 1983). Además, tras la reforma estatutaria de 2007, la materia deportiva —dentro de la que, a su vez, se han especificado las funciones de fomento y promoción— ha pasado a reconocerse como propia de las entidades insulares (art. 70.9 EAIB). Conforme a la previsión del EAIB primigenio, el Parlamento de las Islas Baleares aprobó la Ley 6/1994, de 13 de diciembre, por la que se atribuyeron a los consejos insulares las competencias autonómicas de ejecución y gestión en relación con diversas materias, entre las que se encontraba la de deportes. Aunque esta norma sigue vigente, no puede pasarse por alto, sin embargo, que la citada Ley 14/2006, dada su vocación de regular con exhaustividad el régimen jurídico del deporte balear, también ha querido incidir en la delimitación interna de atribuciones en este ámbito y, por ello, contiene una

relación de las potestades de los consejos insulares en la materia. Por lo tanto, la correcta determinación de las competencias que actualmente corresponden a los consejos insulares en relación con el deporte exige interpretar de modo coordinado —en el marco del EAIB de 2007— la Ley 6/1994 y la Ley 14/2006⁴.

De todo lo expuesto se desprende, en definitiva, que la Ley 14/2006 es la norma que contiene el régimen jurídico completo del deporte en la Comunidad Autónoma y que, por ende, al constituir el desarrollo directo y detallado de las diferentes previsiones del EAIB en la materia, se convierte en el punto de referencia obligado de toda regulación que incida en cualquier aspecto del ámbito deportivo. En este sentido, dicha ley establece que uno de sus objetivos es, precisamente, incentivar la participación privada en relación con las entidades y las actividades deportivas, que es la finalidad que, desde el punto de vista de la financiación de las mismas, se persigue con la Ley del mecenazgo deportivo. Así, en la exposición de motivos de la Ley 14/2006 se afirma que esta norma pretende redefinir el modelo de asociación deportiva, con el fin de buscar «horizontes mucho más profesionales y efectivos. De esta forma, las estructuras se abren y se permite la participación de las entidades lucrativas, auténticos motores de futuro en el mundo del deporte, muchas de las cuales, ya en la actualidad, actúan camuflándose en su propia realidad y convirtiéndose en entidades deportivas virtuales. Sin duda alguna, este es un gran reto, pero necesario, ya que la evolución en el mundo del deporte necesita de los impulsos de organizaciones a las que el movimiento económico haya hecho ágiles y modernas, sin perder el marco propio y genuino de las entidades sin ánimo de lucro de las asociaciones deportivas que regula esta ley. Se ha dado un paso decisivo hacia delante al permitir que, en las organizaciones asociativas de carácter deportivo, también colaboren las entidades mercantiles con vocación y futuro en el deporte de las Islas Baleares».

Uno de los fines del nuevo régimen jurídico del deporte de las Islas Baleares establecido por la Ley 14/2006 es, por lo tanto, el de potenciar la implicación del sector privado en el sustento y desarrollo de las entidades y actividades deportivas. Entre otras posibles actuaciones, esta mayor participación podría materializarse, sin duda, en un aumento de la financiación privada de tales entidades y actividades, lo que a su vez permitiría reducir su

⁴ PAYERAS MUNTANER, G., «Artículo 30.12. “Deporte y tiempo libre. Fomento, planificación y coordinación de las actividades deportivas y de ocio. Regulación y declaración de utilidad pública de las entidades deportivas”», *Comentarios al Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares*, BLASCO ESTEVE, A. (dir.), Ed. Thomson-Civitas, 2008, p. 367.

tradicional dependencia casi exclusiva de las ayudas públicas. Parece, pues, evidente que la finalidad perseguida con la aprobación de la Ley de mecenazgo deportivo está plenamente fundada no solo en las competencias fiscales de la Comunidad Autónoma derivadas de las disposiciones del EAIB sobre la Hacienda y los tributos de las Islas Baleares (que es la justificación que se detalla en su exposición de motivos), sino también en los objetivos fijados por la Ley 14/2006 al desarrollar —de acuerdo con el art. 30.12 EAIB, citado con carácter meramente incidental en la Ley de mecenazgo deportivo, en relación con los arts. 43.3 y 148.1.19.^a CE— el régimen jurídico general del deporte balear. Pues bien, pese a que una de las finalidades expresas de la Ley 14/2006 es, claramente, la de incentivar y promover la implicación del sector privado en apoyo de las actividades y entidades deportivas, resulta sorprendente que dicha motivación no se explicita en la Ley de mecenazgo deportivo, que —por lo demás— no contiene ninguna referencia a la Ley del deporte balear.

2. *Instauración de un nuevo marco favorecedor de la acción conjunta público-privada en el ámbito deportivo*

La Ley de mecenazgo deportivo tiene como objetivo el fomento y desarrollo del deporte en las Islas Baleares, y para ello prevé una serie de medidas tendentes a favorecer la participación privada en la financiación de actividades y entidades deportivas. Con el establecimiento de estos incentivos no solo se pretende abrir de lleno el mundo deportivo —en todos sus niveles— a la entrada de capital privado, sino también empezar a dejar atrás el modelo tradicional de financiación del deporte, basado casi exclusivamente en unas ayudas públicas que han ido disminuyendo drásticamente en los últimos tiempos.

La economía del mundo deportivo —especialmente en las áreas del deporte base y del deporte aficionado o semiprofesional— se ha visto, en efecto, muy perjudicada por los severos recortes que vienen sufriendo los presupuestos de todas las Administraciones Públicas desde hace unos años. Las llamadas de atención del colectivo del deporte sobre el delicado —y, en muchas ocasiones, dramático— estado financiero de federaciones, clubes y deportistas por la falta de ayudas públicas han sido constantes en los últimos tiempos. Aunque esta situación de precariedad es generalizada, cabe recalcar la especial incidencia que ha tenido en los territorios extrapeninsulares (Baleares, Canarias, Ceuta y Melilla), por los elevados gastos que han de afrontar los deportistas de estas comunidades y ciudades autónomas a causa de los continuos desplazamientos que deben realizar para competir. Por este motivo,

la reducción o eliminación de las subvenciones públicas a los clubes y deportistas de las Islas Baleares para sus desplazamientos interinsulares o fuera de la comunidad autónoma —que ha sido uno de los capítulos donde más han incidido las restricciones presupuestarias— han puesto en serio peligro la continuidad de su actividad. Esta situación ha sido repetidamente puesta de manifiesto desde todos los sectores de la comunidad deportiva balear y también ha dado lugar a alguna iniciativa en el ámbito político⁵.

Con la finalidad, pues, de superar la tradicional dependencia del deporte de las ayudas públicas, que ha devenido un modelo de financiación insostenible en la actual coyuntura económica, la Ley balear de mecenazgo deportivo busca promover la participación privada en el sostenimiento de este sector para, de este modo, tratar de articular una acción conjunta público-privada que asegure la pervivencia y la viabilidad de las actividades y entidades deportivas. Para ello, la ley prevé diversas medidas, como la declaración de interés social deportivo de proyectos y actividades relacionados con el deporte, o el establecimiento de una serie de incentivos fiscales (deducciones y reducciones) en la tributación por las operaciones en que se concrete la actividad de mecenazgo deportivo —donaciones y legados, préstamos de uso o comodatos y convenios de colaboración— o por la creación de empresas deportivas.

La ley delimita el mecenazgo deportivo desde un punto de vista material, al determinar cuál puede ser su objeto, y desde un punto de vista subjetivo, concretando el ámbito de posibles beneficiarios. Así, desde el punto de vista material, pueden ser objeto de mecenazgo cuatro tipos de actuaciones: proyectos o actividades de carácter deportivo incluidos en el ámbito federativo; proyectos o actividades declarados de interés social deportivo; acciones de investigación, documentación, conservación, restauración, recuperación, difusión y promoción del patrimonio deportivo de las Islas Baleares; y creación de empresas con domicilio fiscal en el territorio de las Islas Baleares cuya actividad principal sea la promoción, difusión, comercialización, conservación o prestación de servicios o productos de contenido deportivo.

⁵ Es el caso de la Proposición no de ley del Grupo Socialista del Congreso de los Diputados ante la Comisión de Educación y Deporte, sobre apoyo al desplazamiento de los deportistas residentes en Canarias, Baleares y las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, con motivo de la supresión en los Presupuestos Generales del Estado de 2013 de las subvenciones para desplazamientos a los deportistas residentes en dichos territorios (*BOCG*, Congreso de los Diputados, n.º D-259, 23 de abril de 2013, p. 43-44). Sin embargo, esta iniciativa no llegó a sustanciarse, ya que caducó por la finalización de la legislatura (*BOCG*, Congreso de los Diputados, n.º D-758, 20 de noviembre de 2015, p. 121).

Desde el punto de vista subjetivo, pueden ser beneficiarios del mecenazgo deportivo cuatro clases de sujetos: entidades sin ánimo de lucro con domicilio fiscal en las Islas Baleares (entre las que, como es obvio, deben entenderse comprendidas las fundaciones); la Administración de la Comunidad Autónoma, los consejos insulares y las entidades locales de las Islas Baleares, así como los entes de su sector público instrumental (entre los que la Ley de mecenazgo deportivo cita expresamente las fundaciones públicas); la Universidad de las Islas Baleares; y las personas físicas y jurídicas con domicilio fiscal en las Islas Baleares que de forma habitual realicen actividades deportivas.

Por último, para acabar de perfilar el concepto de mecenazgo deportivo, la ley precisa qué debe entenderse, a efectos de su aplicación, por actividad deportiva. Según la ley, este concepto comprende la organización, gestión y realización de las actividades, en la mayoría de los casos de carácter físico, libre y voluntario, practicadas de forma individual o colectiva, habitualmente en forma de competición y bajo una normativa reglamentaria asumida por los órganos federativos autonómicos, estatales o internacionales.



Las fundaciones en la Región de Murcia

Pilar Juana García Saura

Departamento de Derecho Administrativo
Universidad de Murcia

SUMARIO: I. MEDIDAS DE REESTRUCTURACIÓN Y RACIONALIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LA REGIÓN DE MURCIA Y SU INCIDENCIA EN EL ÁMBITO DE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO. SITUACIÓN DE LAS FUNDACIONES FRENTE A LA CRISIS.—II. CONTROL PRESUPUESTARIO DE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO AUTONÓMICO.—III. ANÁLISIS DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES HABIDAS EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LA REGIÓN DE MURCIA EN MATERIA DE FUNDACIONES.—IV. TERCER SECTOR. NOVEDADES.

RESUMEN: En este estudio se analizan, partiendo de una breve referencia a la situación actual de las fundaciones en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, las modificaciones del presupuesto autonómico asignado en el ejercicio 2015 y las resoluciones judiciales habidas durante este período. Finalmente, se constatan las novedades que se han producido en el Tercer Sector regional.

En general, aunque los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia vienen a dar continuidad a las medidas de contención del gasto público adoptadas anteriormente, en los presupuestos de fundaciones del sector público autonómico se constata un aumento del 5% con respecto al presupuesto del año anterior. En relación a cuestiones relativas a fundaciones dirimidas en la Audiencia Provincial y Tribunal Superior de Justicia de Murcia, éstas son de escasa incidencia sobre el régimen jurídico de las mismas. Finalmente, se comentan las novedades que han tenido lugar en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia respecto al Tercer Sector.

PALABRAS CLAVE: Fundaciones, normativa, control presupuestario, resoluciones judiciales, Tercer Sector.

ABSTRACT: In this study are discussed, starting with a brief reference to the current situation of foundations in the Autonomous Community of the Region of Murcia, amendments to the budget autonomy assigned in the year 2015 and the judicial resolutions relapses during this period to finally observe the developments that have occurred in the Third regional Sector.

Overall, although the Budget of the Autonomous Region of Murcia come to give continuity to the measures to contain public spending measures previously adopted in the budgets of public sector foundations Autonomous an increase of 5% is ob-

served with respect to the previous year's budget. Finally, we discuss the developments that have taken place in the Autonomous Community of the Region of Murcia on the Third Sector.

KEY WORDS: Foundations, regulatory developments, budgetary control, judicial decisions, Third Sector.

I. Medidas de reestructuración y racionalización de la Administración de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y su incidencia en el ámbito de las fundaciones del sector público. Situación de las fundaciones frente a la crisis

En esta revisión anual sobre el ámbito de las fundaciones analizamos las actuaciones que han significado alguna relevante innovación o aplicación del Derecho de Fundaciones en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Partiremos de una aproximación a la situación actual de las fundaciones en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para, a continuación, analizar las modificaciones realizadas en el presupuesto autonómico respecto de las mismas y valorar las distintas sentencias que a lo largo de este período se han ido dictando. Finalmente, examinaremos las novedades que se han producido en el Tercer Sector regional.

A partir de la propia información suministrada por la Administración Regional¹, podemos apreciar que durante el período objeto de estudio no se ha producido ningún cambio relevante respecto a las fundaciones públicas. Después de varios años caracterizados por la disolución de algunas de estas entidades —durante los últimos 5 años se extinguieron un total de 9 fundaciones públicas—, se constata estabilidad². El número de fundaciones públicas existentes se ha reducido casi un 50% en los últimos 5 años.

Con respecto a las fundaciones inscritas en el Registro de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, la situación es muy parecida a la de años anteriores: han sido disueltas algunas de ellas³ y otras

¹ Información suministrada directamente por la Sección de Asociaciones, Fundaciones y Colegios Profesionales, Dirección General de Participación Ciudadana de la Consejería de Presidencia y Empleo.

² Dos fundaciones públicas siguen en fase de liquidación faltando cómo último trámite la resolución expresa de disolución y su inscripción en el registro: Fundación Amigos del Casino y Parque Científico.

³ Fundación Esteban Romero, disuelta por Resolución de 20/01/2016; Agencia para el desarrollo de las industrias creativas de la Región de Murcia (ADICREA) y Fundación Territorio y Sostenibilidad.

han sido creadas⁴. Algunas otras se encuentran en trámite de disolución al estar pendiente el proceso de liquidación⁵.

II. Control presupuestario de las fundaciones del sector público autonómico

Como la propia Administración regional y otras empresas públicas autonómicas, estas fundaciones públicas autonómicas han sido también destinatarias de medidas dirigidas a controlar el gasto asociado a su gestión, siendo sus presupuestos conjuntamente aprobados a través de la ley regional anual de presupuestos. En línea de continuidad con el previo ejercicio presupuestario, la Ley 13/2014, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2015⁶, ha venido a dar continuidad a las medidas de contención del gasto público anteriormente adoptadas.

En total se destinan 22.235.465 euros para la financiación en los presupuestos de las fundaciones del sector público autonómico. Se produce por tanto un aumento del 5% en la cantidad asignada (tras años en retroceso) respecto al ejercicio anterior. Las fundaciones que más asignación reciben son, como en los años anteriores: Fundación para la Formación e Investigación Sanitaria (9.322.753), Fundación Integra (5.879.615 euros) y la Fundación Séneca, Agencia Regional de Ciencia y Tecnología (4.491.391 euros) entre otras⁷.

Así, concretamente, del aumento detectado en el actual ejercicio de la dotación general asignada a la partida de fundaciones del sector público autonómico se pasa de 21.085.117 a 22.235.465 euros. Este incremento de la asignación no se aplica a todas las fundaciones. La Fundación para la Formación e Investigación Sanitaria ve sus recursos disminuidos. El aumento más destacable es el producido a la asignación de la Fundación Integra —que casi triplica la asignación del ejercicio anterior—.

⁴ Fundación Asociación de la Prensa de la Región de Murcia; Fundación Whakamua y Fundación Hospitalidad Santa Teresa.

⁵ Es el caso de Fundación Murcia XXI, Turismo, Diseño y Moda; Parque Científico de Murcia; Fundación Valle de Ricote y Fundación Kurukshetra Projet.

⁶ BORM n.º 299, de 30 de Diciembre de 2014.

⁷ Fundación Orquesta Sinfónica de la Región de Murcia 1.850.148 euros; Fundación Murciana para la Tutela y Defensa Judicial de Adultos 427.005 euros; Fundación Instituto Euromediterráneo del Agua 256.553 euros; Fundación Mariano Ruiz Funes 8.000 euros.

TABLA 1
Asignación presupuestaria a Fundaciones del Sector Público Autonómico.
2013-2014

Fundaciones del Sector Público Autonómico	Presupuesto 2013 (en €)	Diferencia	Presupuesto 2014 (en €)	Diferencia	Presupuesto 2015 (en €)
Fundación Mariano Ruiz Funes	8.000	-3.000	5.000	+3.000	8.000
Fundación Murciana para la Tutela y Defensa Judicial de Adultos	409.750	+8.834	418.584	+8.421	427.005
Fundación Séneca, Agencia Regional de Ciencia y Tecnología	3.122.216	+1.352.028	4.474.244	+17.147	4.491.391
Fundación Integra	3.074.765	-217.805	2.856.960	+3.022.655	5.879.615
Fundación Instituto Euro-mediterráneo del Agua	343.334	-95.454	247.880	+8.673	256.553
Fundación para la Formación e Investigación Sanitaria	11.273.967	-29.922	11.244.045	-1.921.292	9.322.753
Fundación Orquesta Sinfónica de la Región de Murcia	1.557.617	+280.787	1.838.404	+11.744	1.850.148
TOTAL	22.143.473	-1.058.356	21.085.117	+1.150.348	22.235.465

Fuente: Elaboración propia a partir de la Ley 13/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2013, Ley 13/2013, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2014 y Ley 13/2014, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2015.

La Ley de Presupuestos aprobada en 2014 para el siguiente ejercicio se caracteriza por:

— Exigir que los expedientes que supongan una modificación de créditos de las subvenciones o aportaciones de cualquier naturaleza a favor de fundaciones del sector público autonómico, deben incluir las repercusiones que dichas modificaciones puedan producir en el presupuesto administrativo de

la respectiva fundación y su autorización corresponderá al Consejero de Economía y Hacienda⁸.

—Con respecto a las retribuciones del personal al servicio de las fundaciones públicas, se establece que las dotaciones consignadas para estos gastos en los presupuestos administrativos, tienen la consideración de limitativas. No obstante, los consejos de administración de las fundaciones podrán solicitar de forma justificada y cuantificada el incremento de los gastos de personal previstos inicialmente a través de la Consejería de la que dependan, correspondiendo su aprobación al Consejo de Gobierno, a propuesta del Consejero de Economía y Hacienda, previo informe vinculante de la Dirección General de Presupuestos y Fondos Europeos y de la Dirección General de Función Pública y Calidad de los Servicios.

Se establece asimismo que serán nulas de pleno derecho las contrataciones de personal, así como cualquier otro acto cuya realización o adopción implique que el total de gastos de personal previsto en cómputo anual de las fundaciones supere la dotación inicialmente aprobada en el presupuesto administrativo, sin la previa autorización del Consejo de Gobierno⁹.

La masa salarial del personal del sector público regional no experimentó ningún incremento en 2015, permaneciendo vigentes las masas salariales existentes a 31 de diciembre de 2014¹⁰ estableciendo como tope para las retribuciones del personal directivo de las fundaciones públicas regionales, las correspondientes al cargo de Director General de la Administración General (excluida la antigüedad que pudiera tener reconocida)¹¹.

Durante el ejercicio 2015, igual que en el ejercicio anterior, las fundaciones del sector público autonómico deben obtener autorización previa de la Consejería de Economía y Hacienda para concretar operaciones de endeudamiento. No obstante, este año se especifica que se encuentran incluidas

⁸ Cuando la cuantía de la modificación de crédito a efectuar sea superior al 20% del presupuesto inicial de gastos de la fundación, la competencia corresponderá al Consejo de Gobierno. *Vid.* artículo 11 Ley 13/2014, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2015. BORM n.º 299, de 30 de Diciembre de 2014.

⁹ Artículo 22.8 Ley 13/2014, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2014. BORM n.º 299 de 30 de diciembre de 2014.

¹⁰ Sin tenerse en cuenta las reducciones aprobadas por la Ley 13/2013, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2014. BORM N.º300, de 30 de diciembre de 2013.

¹¹ Artículo 26.2 Ley 13/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos..., *ibidem*.

aquellas por las que se modifican operaciones ya concertadas en la medida en que se alteren las condiciones financieras de las mismas¹².

También, durante el ejercicio 2015 se aplicaron las mismas medidas que en 2014 relativas a: suspensión de la convocatoria, concesión o abono de cualquier ayuda derivada del concepto de acción social u otro tipo de ayuda similar; no retribución de las horas extraordinarias que se deben compensar, obligatoriamente, con descansos adicionales el exceso de horas realizadas superiores a la jornada legalmente establecida; no abono de cantidad alguna en concepto de productividad variable, incentivos al rendimiento o complementos de idéntica o similar naturaleza (salvo para el personal investigador por la ejecución de programas de investigación, desarrollo e innovación (I+D+i)); no autorización de convocatorias de puestos o plazas vacantes de personal laboral, salvo en casos excepcionales, para cubrir necesidades urgentes e inaplazables y contratar personal temporal para trabajar en proyectos o actividades temporales que desarrollen las competencias que tienen encomendadas, siempre que haya dotación adecuada y suficiente para ello¹³; obligación de amortización de un número equivalente de plazas al de las jubilaciones que se produzcan; prohibición de aportaciones a los planes de pensiones de empleo o contratos de seguros colectivos que incluyan la cobertura de la contingencia de jubilación¹⁴.

Es de resaltar una novedad de este ejercicio económico: las retribuciones del personal investigador podrán superar el límite establecido¹⁵ cuando se trate de personal investigador siempre que las cantidades que superen dicho límite tengan su causa en financiación externa derivada de la ejecución de programas de investigación, Desarrollo e innovación (I+D+i)¹⁶.

En general, todo lo observado con relación al pasado año resultó también de aplicación durante el año 2015 respecto a: prohibición de creación de nuevas fundaciones del sector público —con la innovación este año de que del acuerdo de autorización se debe dar cuenta a la Intervención General y a la Comisión de Coordinación para el control del Sector Público—; regu-

¹² Artículo 52.1 Ley 13/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos..., *ibidem*.

¹³ Que requerirán informe favorable previo de la Dirección General de la Función Pública y Calidad de los Servicios y de la Dirección General de Presupuestos y Fondos Europeos.

¹⁴ *Vid.* Disposición Adicional Vigésima. Ley 13/2014, de 23 de diciembre, de Presupuestos..., *ibidem*.

¹⁵ No superarán las retribuciones correspondientes al cargo de director general de la Administración General, excluida la antigüedad que pudieran tener reconocida. *Vid.* artículo 27.2 Ley 13/2014, de 23 de diciembre, de Presupuestos..., *ibidem*.

¹⁶ Disposición vigésimo tercera Ley 13/2014, de 23 de diciembre, de Presupuestos..., *ibidem*.

lación del endeudamiento de las fundaciones públicas; gestión de tesorería; realización de proyectos de inversión en infraestructuras públicas, financiándolas a través de fórmulas de colaboración entre el sector público y el sector privado; incumplimiento por las fundaciones del sector público regional de las obligaciones de remisión de información periódica y no periódica y de cualquier otra petición de información que se formule por la Intervención General y medidas de control sobre los presupuestos de las fundaciones del sector público.

Por todo lo cual, durante 2015 no se constatan novedades normativas significativas en el ámbito del sector fundacional.

III. Análisis de las resoluciones judiciales habidas en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en materia de fundaciones

Para un análisis evolutivo de las resoluciones dictadas en materia de fundaciones por los órganos jurisdiccionales radicados en el territorio de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia acumuladas durante el año 2015, desde el último período analizado, nos hemos remitido a la totalidad de sentencias existentes en las principales bases de datos, atendiendo a los criterios de orden jurisdiccional y materia.

De las resoluciones dictadas por la *Audiencia Provincial*, se analizan un total de ocho, todas ellas de carácter civil, excepto dos de carácter penal. Algunas de estas sentencias se encuentran referidas, como en años anteriores, a actuaciones llevadas a cabo por la Fundación Murciana sobre Defensa y Tutela Judicial de Adultos. Ésta se configura como una herramienta fundamental para la protección de los intereses del incapacitado. Sentencias 89/2015 (Sección 4.ª), de 19 de febrero; 277/2015 de 21 de mayo (Sección 4.ª); 306/2015 de 9 julio (Sección 3.ª) y 470/2015 de 3 septiembre (Sección 4.ª). Viene siendo habitual en este tipo de procedimientos el nombramiento al incapacitado de un único tutor (la fundación Murciana sobre Defensa y Tutela Judicial de Adultos). No obstante, observamos que en la última sentencia referida, se procede a nombrar dos tutores: uno encargado de lo personal (cuidado del incapacitado) y otro de los aspectos patrimoniales y económicos (la fundación) La novedad consiste precisamente en esta división: se decide que es ajustada a derecho conforme al artículo 236 CC porque se darían las circunstancias «especiales» a que este artículo se refiere.

En esta misma materia y con relación a fundaciones que realizan actividades de carácter social señalamos las sentencias 410/2015 de 21 diciembre

(Sección 1.^a) donde se confirma una resolución en la que la Fundación Diagrama Intervención Psicosocial es reintegrada en la posesión de una finca tras solicitar la tutela sumaria de la posesión frente a la realización de unas obras ilegalmente. También esta Fundación es objeto de una estafa cuando efectúa la compra-venta de una vivienda¹⁷.

Igualmente, la Audiencia Provincial ha conocido de un tema mercantil referido a una administración concursal entre la Fundación Desarrollo Educativo de Escuelas Cristianas y una sociedad limitada¹⁸.

Como destacamos en informes anteriores, tales cuestiones, dirimidas durante los últimos años por la Audiencia Provincial, no dejan de ser anecdóticas y con una incidencia muy escasa sobre el régimen jurídico de las fundaciones.

Con respecto a la jurisprudencia emanada por el *Tribunal Superior de Justicia de Murcia*, debemos considerar los pronunciamientos evacuados por la Sala de lo Contencioso Administrativo y por la Sala de lo Social. En el período de tiempo estudiado son muy pocas las sentencias relativas a fundaciones.

Este Tribunal ha conocido distintas cuestiones relativas a las fundaciones: despido disciplinario de un trabajador que realizaba funciones de «Auxiliar Educativo» de la Fundación Diagrama Intervención Psicosocial por comportamientos contrarios a su proyecto educativo¹⁹; existencia o no de responsabilidad de la Administración Pública por la publicación de temas confusos y faltos de actualización del temario elaborado por la «Fundación para la Formación e Investigación Sanitarias en la Región de Murcia» y facilitado en su aula virtual para los aspirantes a un proceso selectivo de acceso a la categoría de facultativo sanitario especialista/Opción Hematología²⁰.

IV. Tercer Sector. Novedades

El Tercer sector que incluye entidades tanto de naturaleza institucional como corporativa, comprende aquellas que persiguen fines diferentes a los de sus miembros, que se rigen por el principio burocrático y tienen una base patrimonial (fundaciones) y entidades que persiguen fines que coinciden en lo esencial con los de sus miembros y que, en su organización, se rigen por

¹⁷ Sentencia 207/2015 de 13 julio (Sección 5.^a).

¹⁸ Sentencia 319/2015 de 11 junio (Sección 4.^a).

¹⁹ Sentencia 1020/2015 de 21 diciembre (Jurisdicción Social).

²⁰ Sentencia 173/2015 de 27 febrero (Jurisdicción Contencioso- Administrativo).

el principio democrático o participativo y tienen base personal (fundamentalmente corporativo o asociativo). Este sector, así definido englobaría asociaciones y fundaciones, entidades en constante desarrollo. En España su importancia es cada vez mayor. Como afirma Piñar Mañas, el gran potencial que representa el tercer sector impone que desde el derecho público se le preste mayor atención. Uno de los motivos de la emergencia del sector es la retirada del Estado o de las Administraciones Públicas derivada de la crisis del Estado del Bienestar²¹.

Destacamos a continuación algunos comentarios sobre las novedades que durante el período objeto de estudio (2015) han tenido lugar en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia respecto del Tercer Sector.

La constitución de la Plataforma Autonómica del Tercer Sector en la Región de Murcia²², organización orientada a la defensa del bienestar social y del bien común, el diseño de estrategias para la adopción de decisiones que propicien el desarrollo del estado social y de derecho, surge de la iniciativa de entidades representativas y organizaciones sociales regionales²³. Pretende llegar a ser un instrumento de cohesión de entidades y organizaciones miembros y de coordinación de sus actividades, que le permita contar con una efectiva capacidad de influencia y de desarrollo del diálogo civil y social con los poderes públicos, los agentes sociales, el mundo empresarial, los grupos mediáticos y el conjunto de instituciones de la Región de Murcia. También se identifica como voz unitaria y común, coordinada, articulada y representativa de las entidades y organizaciones que la integran, que reclame y se haga acreedora de la condición de referente en el ámbito del Tercer Sector, de manera que deba ser consultada y escuchada en las decisiones y políticas

²¹ PIÑAR MAÑAS, J. L., «Tercer...», *ibidem*, p. 8.

²² Es fruto de la voluntad de ampliación, mediante la creación de plataformas territoriales, de la capacidad de interlocución y actuación en el sector social de la Plataforma del Tercer Sector de España en enero de 2012 como una entidad sin ánimo de lucro que pretende defender el valor de lo social desde una voz unitaria, a la vez que intenta promover soluciones en favor de los colectivos más desfavorecidos, proteger los derechos sociales e impulsar la igualdad entre las personas. Fue fundada por siete de las organizaciones más representativas en el ámbito de lo social: Plataforma del Voluntariado de España (PVE), Red Europea de Lucha contra la Pobreza y la Exclusión social en el Estado Español (EAPN-ES), Plataforma de ONG de Acción Social (POAS), Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), Cruz Roja Española, Cáritas y la Organización Nacional de Ciegos de España (ONCE).

²³ Como Cáritas, el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad y sus Familias (CERMI) en la Región de Murcia, Cruz Roja Española, la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE), la Plataforma del Voluntariado de la Región de Murcia y la Red de Lucha Contra la Pobreza y la Exclusión Social en la Región de Murcia (EAPN-RM).

clave que afecten de cualquier manera posible a los grandes intereses y necesidades transversales del Tercer Sector.

De acuerdo con lo anterior, destacamos la creación por la Administración Regional de la «Mesa de apoyo al Tercer Sector» constituida como una comisión de trabajo adscrita a la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades e integrada por representantes de esta Consejería, así como por miembros de la Plataforma del Tercer Sector, Plataforma del Voluntariado, Comité de Personas con Discapacidad (FERMI), ONCE y la Red de Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social (EAPN). La Región de Murcia es pionera a nivel nacional en poner en funcionamiento esta Mesa, cuyo objetivo es constituirse como foro de diálogo permanente, de colaboración y codecisión entre la Administración Regional y distintas organizaciones sociales, garantizando y fortaleciendo la interlocución del Tercer Sector en el diseño y aplicación de las políticas sociales con el fin de hacer partícipes a los grupos de riesgo en las actuaciones que se lleven a cabo. Entre las propuestas de trabajo en las que ha comenzado a trabajar la citada Mesa, destacan el Pacto contra la pobreza, la Ley que garantice los derechos de personas con discapacidad y la implantación del reglamento de la Renta Básica de inserción (RBI).

Las fundaciones en la Comunidad Foral de Navarra

Martín María Razquin Lizarraga

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Pública de Navarra

SUMARIO: I. NORMATIVA SOBRE FUNDACIONES.—II. SUPRESIÓN DE FUNDACIONES PÚBLICAS.—III. JURISPRUDENCIA.—IV. DICTÁMENES E INFORMES SOBRE FUNDACIONES.—V. CAJA NAVARRA Y FUNDACIONES.

I. Normativa sobre fundaciones

Este año 2015 las fundaciones no han sido objeto de leyes forales o de reglamentos.

II. Supresión de fundaciones públicas

Sigue la práctica de supresión de fundaciones públicas. En este caso mediante Acuerdo del Gobierno de Navarra de 29 de abril de 2015 (BON de 11 de mayo de 2015) se suprimió la fundación pública denominada «Fundación Yesa». El dinero remanente de la dotación fundacional resultante de la liquidación de la Fundación se abona al Ayuntamiento de Sangüesa, que se encargará de licitar y ejecutar los trabajos para el desarrollo de un centro interpretativo conjunto.

III. Jurisprudencia

El Tribunal Constitucional ha dictado la sentencia 14/2005, de 2 de marzo, sobre la Ley Foral 2/2014, de 17 de febrero, por la que se regulan los órganos rectores de determinadas fundaciones. Se declara la constitucionalidad de la Ley Foral impugnada. Y se concluye que la Ley Foral sólo se refiere a las fundaciones ordinarias y no a las bancarias y, por tanto, «entendida en el sentido indicado, la Ley Foral 2/2014 no incurre en infracción del orden constitucional de competencias, pues no regula las fundaciones bancarias sino que se refiere a las fundaciones ordinarias que, en aquellos casos en los que

proceda conforme a la Ley 26/2013, provengan de la transformación de cajas de ahorros de Navarra y sean de competencia de la Comunidad Foral, conforme a la delimitación de competencias en materia de fundaciones».

Fuera de esta sentencia del Tribunal Constitucional, en 2015 sólo se ha dictado otra sentencia de interés que afecta a las fundaciones y a su carácter de benéficas a los efectos tributarios. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Pamplona ha dictado sentencia de 2 de junio de 2015, por la que se estima el recurso interpuesto por una Fundación contra la resolución del Tribunal Administrativo de Navarra en materia de impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos. La Sentencia estima el recurso y considera que la Fundación recurrente tiene naturaleza benéfica de asistencia social y de cooperación al desarrollo y por tanto le es aplicable la exención del artículo 173.2 de la Ley Foral de Haciendas Locales respecto del impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos.

IV. Dictámenes e informes sobre fundaciones

El Consejo de Navarra ha emitido un dictamen relativo a Fundaciones. Se trata del Dictamen 9/2015, de 13 de abril por el que responde a la consulta, solicitada por el Parlamento de Navarra, sobre la naturaleza jurídica de la Fundación Caja Navarra, los efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de febrero de 2015 y otras cuestiones conexas. Dicho dictamen cuenta con un voto particular. El dictamen cuenta con el precedente dictamen 25/2013, de 22 de julio sobre idéntica cuestión.

El dictamen 9/2015 formula las siguientes conclusiones:

«1.º La Fundación Caja Navarra, tras el proceso de transformación ordenado por la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorro y fundaciones bancarias, es una fundación bancaria, integrando esa naturaleza en su propia denominación: Fundación Bancaria Caja Navarra.

2.º Conforme resulta de la sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de febrero de 2015, la Ley Foral 2/2014, de 17 de febrero, por la que se regulan los órganos rectores de determinadas fundaciones, no resulta de aplicación a la Fundación Bancaria Caja Navarra, dada su condición de fundación bancaria y en tanto conserve dicha naturaleza, por venir restringido el ámbito de aplicación de la citada ley foral a las fundaciones ordinarias provenientes de la transformación de las cajas de ahorro de Navarra».

Por su parte la Cámara de Comptos ha emitido, en agosto de 2015, un informe de fiscalización sobre la Fundación Itoiz-Canal de Navarra (2012-

2014). Esta Fundación se creó en el año 2001 y se ha extinguido en 2014 y formaban parte de ella el Gobierno de Navarra (entidad fundadora), la Confederación Hidrográfica del Ebro y cuatro Ayuntamientos. Su objeto estaba ligado al desarrollo de la zona afectada por el embalse de Itoiz.

V. Caja Navarra y Fundaciones

También en el año 2015 ha continuado en el candelero la «Fundación Caja Navarra» procedente de la desaparición de la Caja de Ahorros de Navarra como entidad financiera. Como se ha relatado más arriba ha recaído la STC 14/2015 en relación con la Ley Foral 2/2014, de 17 de febrero. Y además el Consejo de Navarra ha emitido el dictamen 9/2015 respecto de la citada sentencia del Tribunal Constitucional.

Por su parte la Cámara de Comptos ha realizado, en marzo de 2015, el informe de asesoramiento para la Comisión de Investigación sobre la Caja de Ahorros de Navarra (2000 a 2012).



El Derecho de Fundaciones en la Comunidad Autónoma del País Vasco

E. Cobreros Mendazona

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad del País Vasco (UPV/EHU)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA LEGISLACIÓN VASCA DE FUNDACIONES.—III. JURISPRUDENCIA.—IV. INFORMES DEL TRIBUNAL VASCO DE CUENTAS PÚBLICAS.

RESUMEN: Este trabajo es la crónica del año 2015 referida al Derecho de las Fundaciones en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco y está agrupada en legislación, jurisprudencia e informes del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas.

PALABRAS CLAVE: Derecho de Fundaciones. País Vasco.

ABSTRACT: This work is a chronicle for year 2015 regarding the Law about Foundations within the Autonomous Community of the Basque Country and it is organized by legislation, case law and the Basque Audit office.

KEY WORDS: Law of foundations. Basque Country.

I. Introducción

Como en anteriores ocasiones, el objeto de esta *Crónica* relativa al año 2015 es dar cuenta de las principales novedades surgidas en la Comunidad Autónoma del País Vasco. Ahora bien, la realidad es que la actividad jurídica al respecto ha sido muy escasa, razón por la cual sólo podemos dar cuenta de una innovación de carácter reglamentario en el Derecho de Fundaciones autonómico y de un informe del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas.

II. La legislación vasca de fundaciones

1. Terminábamos este apartado de la *Crónica* del pasado año con una referencia al *Anteproyecto de Ley de Fundaciones* elaborado por el Gobierno Vasco y sometido al trámite de audiencia pública (publicado en el *BOPV* de 2 de junio de 2014)¹. Sin embargo tal iniciativa legislativa no ha cristali-

¹ *Anuario de Derecho de Fundaciones 2014*, Iustel. Madrid, 2015, p. 482.

zado, encontrándose en tramitación ante la correspondiente Ponencia del Parlamento Vasco al momento de redactar estas líneas; con lo que la norma autonómica de cabecera sigue siendo la Ley 12/1994, de *Fundaciones del País Vasco* (y las modificaciones operadas en la misma con posterioridad, de las que ya dimos cuenta en la anterior *Crónica*)².

2. En el nivel reglamentario sí que podemos dar cuenta de una innovación de cierto calado, cual es la aprobación del *Decreto del Gobierno Vasco 119/2015, que regula las subvenciones a fundaciones y asociaciones vinculadas a partidos políticos con representación en el Parlamento Vasco* (publicado inicialmente en el *BOPV* de 9 de julio de 2015, pero que, como consecuencia de una corrección de errores, ha sido publicado nuevamente, de manera completa, en el *BOPV* de 8 de septiembre de 2015). Este reglamento deroga en su integridad el anterior Decreto 164/2008, regulador de la misma materia, y su novedad más destacable probablemente haya que situarla en el ámbito subjetivo al que va destinado y en alguna precisión de detalle ulterior.

Aun siendo palmaria la diferencia de objeto y la diversidad de ámbito, sí que llama la atención que esta disposición vasca parezca ignorar completamente la (reciente) regulación existente al respecto en el ámbito de la Unión Europea, esto es, el *Reglamento n.º 1141/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2014 sobre el estatuto y la financiación de los partidos políticos europeos y las fundaciones políticas europeas* (DOUE L 317 de 4 de noviembre de 2014). Ciertamente, el objeto de esta norma europea abarca también, y primariamente, la regulación de los partidos políticos (europeos), pero tiene una parte importante destinada a clarificar la actuación de las «fundaciones políticas» (europeas), en la que probablemente se podía haber encontrado alguna inspiración, sobre todo en lo relativo al funcionamiento, claridad y transparencia de las fundaciones vascas ligadas a los partidos políticos.

3. Como legislación estatal, también tenemos que reparar en la *Ley 43/2015, de 9 de octubre, del Tercer Sector de Acción Social* (BOE de 10 de octubre de 2015). Norma en la que se encuadran tanto las asociaciones como las *fundaciones* (y sus federaciones o asociaciones en que ese integren y que pueden agruparse entre sí; art. 2) que operan en este ámbito de actuación social —donde resultan tan significativas— y que es de aplicación a todas las fundaciones de este tipo que actúen en más de una Comunidad Autónoma (art. 3).

² Con posterioridad a la entrega de este trabajo, y ya bien entrado el año 2016 (por lo tanto, fuera del período al que se contrae esta crónica), se ha producido la aprobación de la Ley 9/2016, de 2 de junio, de *Fundaciones del País Vasco* (BOPV de 13 de junio de 2016), cuyo estudio más detenido se hará en la próxima crónica, pero que aquí no debía dejar de mencionarse, para mayor claridad y precisión.

III. Jurisprudencia

En este apartado, durante el año 2015, no se ha producido ninguna resolución del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco digna de ser resaltada.

IV. Informes del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas

Sólo procede mencionar aquí un Informe de Fiscalización realizado por este órgano autonómico en relación con la *Fundación Lenbur/Lenbur Fundazioa*, referido los ejercicios 2012 y 2013³. Es una fundación cultural de carácter privado y de naturaleza permanente, cuyo objeto es contribuir a la dinamización, desarrollo e impulso del municipio guipuzcoano de Legazpi y su comarca, desde una vertiente social, cultural y económica, mediante la elaboración o participación, diseño o ejecución de proyectos basados en recursos naturales, vestigios históricos, patrimonio cultural y tradición en la industria del hierro que redunden en el progresivo desarrollo de la comarca para el mejor y mayor bienestar de su población. De sus diez patronos, tres son representantes del Ayuntamiento de Legazpi y el resto de entidades y sociedades privadas.

A nuestros efectos, interesa destacar que la fiscalización se realizó a instancias de la Comisión de Economía, Hacienda y Presupuestos del Parlamento Vasco y su objeto ha sido:

1. Verificar el cumplimiento de la legalidad aplicable a las fundaciones, a la contratación de personal en los movimientos de plantilla habidos en los ejercicios 2012 y 2013, a las contrataciones de obras, bienes y servicios adjudicados en los ejercicios analizados, o en ejercicios anteriores con ejecución en 2012 y 2013.
2. Fiscalizar las Cuentas Anuales de los ejercicios 2012 y 2013. LENBUR está auditada por profesionales externos por lo que el trabajo del TVCP ha consistido en una revisión de los 24 papeles de trabajo de los auditores, realizando, en su caso, las pruebas complementarias que se han considerado necesarias.
3. Revisar las subvenciones recibidas en ambos ejercicios, su justificación y la aplicación a las finalidades para las cuales se concedieron.
4. El análisis financiero de la actividad a lo largo del período 2008-2013.

³ Fechado el 28 de mayo de 2015 y publicado en el *BOPV* de 15 de julio de 2015.



CRÓNICA DE LA UNIÓN EUROPA



El estado actual del Derecho de fundaciones alemán

Birgit Weitemeyer

Profesora

Bucerius Law School

SUMARIO: I. DERECHO CIVIL RELATIVO A LAS FUNDACIONES: 1. *Situación jurídica de partida y condiciones básicas modificadas para fundadores y fundadoras.* 2. *Principales modificaciones introducidas por la Ley para la Modernización del Derecho de Fundaciones y cuestiones de reformas actuales:* A) Reconocimiento de una fundación por parte de las autoridades. B) Admisibilidad de las fundaciones de duración determinada (Verbrauchsstiftung). C) Fines autorizados de una fundación, en especial con respecto a fundaciones familiares de uso privado y empresariales. D) Ulteriores permisos para modificar los estatutos y la finalidad de una fundación: a) Facultades de modificación de fundadores vivos. b) ¿Estructuras cooperativas en las fundaciones ciudadanas? c) Simplificación de procedimientos de agregación y fusión de las fundaciones. E) Domicilio. F) Órganos y gobernanza. G) Transparencia y rendición de cuentas en las fundaciones. 3. *Conclusiones.*—II. DERECHO TRIBUTARIO DE FUNDACIONES: 1. *Ley para la Ampliación del Incentivo Fiscal de Fundaciones del 14/07/2000.* 2. *Ley para la Promoción adicional del compromiso ciudadano del 10/10/2007.* 3. *Reforma de la normativa referente a la utilidad pública a través de la Ley alemana de promoción del voluntariado de 2013.* 4. *Problemas fiscales pendientes, especialmente respecto a las fundaciones con actividad internacional:* A) Referente estructural nacional según el artículo 51, párrafo 2 de la AO. B) Reconocimiento de fundaciones extranjeras para la deducción de donaciones.—III. CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

I. Derecho civil relativo a las fundaciones

1. *Situación jurídica de partida y condiciones básicas modificadas para fundadores y fundadoras*

El Derecho de fundaciones alemán, desde su codificación en el Código Civil del mismo país (BGB), ha estado en vigor prácticamente sin modificación desde el 1 de enero de 1900. Sin embargo, con la ley alemana para la Modernización del Derecho de Fundaciones (*Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts*) del 15 de julio de 2002¹ se llevaron a cabo reformas muy controvertidas, destacando la regulación exhaustiva de los requisitos para fun-

¹ BGBI. I 2002, 2634.

dar una fundación de derecho privado con capacidad jurídica por el Código Civil alemán, así como la supresión del conjunto de normativas nacionales y regionales coexistentes, que en parte diferían notablemente de un Estado Federado o *Land a otro*.

El distinto ámbito de las competencias jurídico-públicas en materia de fundaciones, durante el siglo pasado se puso de manifiesto la necesidad de reformar el Derecho de fundaciones de conformidad con las facultades legislativas del Estado Federal o Bund. Durante el 44.º Congreso de los juristas alemanes de 1962 se planteó la siguiente cuestión: «¿El Derecho de fundaciones debe unificarse y reformarse según la ley federal alemana? En dicho caso, ¿con qué orientación?»². Especialmente la ponencia de Ernst-Joachim Mestmäcker, basada en investigaciones del Derecho comparado, estableció la necesidad político-legislativa de extraer el Derecho de fundaciones del procedimiento administrativo para integrarlo en el Derecho privado, debiéndose someter, además, las competencias de las autoridades en materia de fundaciones al control legal³. El hecho de que tuvieran que pasar cuarenta años hasta la reforma efectiva del Derecho de fundaciones federal mediante la ley de modernización del mismo, se debe también a la oposición de los Estados Federados, preocupados por un posible incremento de costes como consecuencia de la creación de registros de fundaciones con efecto de publicidad registral. No obstante, la comisión de trabajo interministerial del Derecho de fundaciones formada en 1974 por el Gobierno federal alemán rechazó una solicitud de reforma⁴.

Así pues, los debates que finalmente implicarían la reforma se basaron en el proyecto de ley para el Fomento de las Fundaciones, promovido por el grupo parlamentario *Bündnis 90/Die Grünen* (Coalición 90/Los Verdes) en el año 1997⁵. En este sentido, el actual Derecho de fundaciones, reformado en 2002, se basa en consideraciones de hace casi veinte años, que a su vez suponen el punto final para las controversias en materia de Derecho fundacional existentes desde los años 60 del siglo pasado.

² *Verhandlungen des 44. Deutschen Juristentags*, Bd. I 1962, Teil 5 (Gutachten BALLERSTEDT und SALZWEDEL). Deliberaciones del 44.º Congreso de juristas alemanes, vol. I, 1962, parte 5.^a (Informe de BALLERSTEDT y SALZWEDEL).

³ *Verhandlungen des 44. Deutschen Juristentags*, Bd. II 1964, G 3, 24 ff. (Referat MESTMÄCKER). Deliberaciones del 44.º Congreso de juristas alemanes, vol. II, 1964, G 3, 24 y ss. (ponencia de MESTMÄCKER).

⁴ Bericht der interministeriellen Arbeitsgruppe Stiftungsrecht, Deutsches Stiftungswesen 1966-1976, 359 ff./ Informe del grupo de trabajo interministerial sobre el derecho de las fundaciones, fundaciones alemanas 1966-1976, p. 359.

⁵ StifFördG, BT-Drs. 13/9320 v. 1.12.1997.

Desde entonces, el contexto de las fundaciones ha cambiado sustancialmente. Entre estos cambios se encuentra la acumulación de grandes patrimonios privados y empresariales debidos al prolongado período de prosperidad posterior a la Segunda Guerra Mundial, así como la consolidación de longevos fundadores con inclinación empresarial, decididos a incidir aún en vida sobre sus fundaciones. Estos sujetos recurrieron como alternativa a las fundaciones tradicionales del Código Civil alemán, a «fundaciones funcionales»⁶, tal y como pueden ser las fundaciones dependientes (*unselbständige Stiftungen*) o fundaciones-S.L. (*Stiftungs-GmbH*). Asimismo, siguiendo el modelo estadounidense de *Community Foundation*, aumentó en Alemania la popularidad de las fundaciones ciudadanas de duración determinada (*Verbrauchsstiftung*), compuestas por grupos más o menos numerosos de ciudadanos, si bien algunos autores prefieren considerar las mismas como asociaciones ciudadanas⁷.

Debido a la transformación demográfica y como consecuencia del deceso de una generación con pocos herederos, se sustituyó gradualmente la fundación por la figura de la herencia, de forma que grandes patrimonios empresariales llegaron a configurarse como patrimonios de fundaciones. Por otra parte, se verifica desde la crisis económico-financiera y del euro en 2008 el aumento del patrimonio de fundaciones infracapitalizados y de escasa rentabilidad cuyo mantenimiento es cuestionable desde un punto de vista lógico.

La posibilidad de estructurar una *Foundation Governance* se plantea también para las fundaciones a raíz de los debates en materia de derecho societario sobre *Corporate Governance* de las sociedades de capital. La opinión pública, tras varios pequeños pero mediáticos escándalos relacionados con donaciones, exige una mayor transparencia en las instituciones recaudadoras de donaciones, así como de otras organizaciones sin ánimo de lucro, puesto que sólo una parte reducida de las organizaciones del Tercer Sector había cumplido con los compromisos voluntarios en esta materia.

Por último, las fundaciones comienzan a traspasar sus límites nacionales y comienzan a intervenir en el ámbito internacional, frecuentemente en colaboración con socios extranjeros, pero también debido a conexiones internacionales, así como a la aportación de capitales y patrimonio inmobiliario globalmente invertidos por parte de los fundadores en las fundaciones. El Derecho civil de fundaciones y el Derecho tributario relativo a entidades sin

⁶ *Zum funktionalen Stiftungsbegriff*, STAUDINGER, HÜTTEMANN y RAWERT, [La definición funcional de la fundación]. BGB, nueva ed. 2011, Nota previa al artículo 80 apdo. 3, pp. 32, 270.

⁷ MüKoBGB, REUTER, 6. Aufl. 2011, §§ 80, 81 Rn. 122. [Código Civil alemán MüKo. REUTER, 6.ª ed. 2011. arts. 80, 81, apdo. 122].

ánimo de lucro (*Gemeinnützigkeitssteuerrecht*) del momento, no se ajustaban a los supuestos que surgieron de esta forma⁸.

Ante los cambios de las circunstancias económicas y reales, así como de las necesidades de los fundadores y las fundadoras, se plantea la cuestión sobre cuáles deben ser las enmiendas a introducir para ajustar el Derecho de fundaciones a las necesidades del siglo XXI. Por ello, el Instituto de Derecho de fundaciones y de Derecho de las organizaciones sin ánimo de lucro de la Bucerius Law School de Hamburgo, celebró en septiembre de 2012 un congreso en el que se debatió el estado de la reforma del Derecho federal de fundaciones y las subsiguientes enmiendas a todas las legislaciones en materia de fundaciones de los 16 Estados Federados, proponiendo posibles mejoras en la materia⁹. La propuesta que presentó la ciudad hanseática de Hamburgo para reformar el Derecho de fundaciones llegó en mayo de 2014 a la conferencia del Ministerio de Justicia y del Interior¹⁰, implicando la creación de una comisión de trabajo mixta Estado Federal-Estados Federados, bajo la tutela del Ministerio de Justicia y Protección del consumidor que en noviembre de 2016 emitirá su esperado informe final.

2. Principales modificaciones introducidas por la Ley para la Modernización del Derecho de Fundaciones y cuestiones de reformas actuales

A continuación, pasamos a analizar las principales modificaciones introducidas a través de la reforma del Derecho de fundaciones del año 2002 para determinar si —y en caso, en qué medida— existe la necesidad de ulteriores reformas del derecho civil como consecuencia del cambio de la importancia de las fundaciones. A estos efectos, se examinarán también las modificaciones

⁸ Vgl. bereits WEITEMEYER, «Entwicklungen im europäischen Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsrecht (unter Einbezug der European Foundation)», in: JAKOB, *Perspektiven des Stiftungsrechts in der Schweiz und in Europa*, 2010, S. 73 ff. [V. WEITEMEYER: «Evolución del derecho europeo de fundaciones y utilidad pública (en consideración de la European Foundation)» en JAKOB, *Perspectivas del derecho de fundaciones en Suiza y Europa*, 2010, p. 73].

⁹ Vgl. zum Folgenden WEITEMEYER, *Die Reform des Bundesrechts und die nachfolgenden Reformen in den Ländern. Erreichtes und Agenda für die Zukunft*, Non Profit Law Yearbook 2012/2013, S. 17 ff.; *Veranstaltungsbericht* s. SCHAUER, npoR 2012, 220 ff. [v. otros de WEITEMEYER: *La reforma del derecho federal y las subsiguientes reformas en los estados federados. Metas alcanzadas y proyectos futuros*. Non Profit Law Yearbook 2012/2013, p. 17; *Informe de los acontecimientos*. SCHAUER, 2012, p. 220 y ss.].

¹⁰ «Beschluss der 85. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister» am 25. und 26. Juni 2014 im Ostseebad Binz auf Rügen; «Beschluss der 198. Sitzung der Ständigen Konferenz der Innenminister und —senatoren der Länder» vom 11. bis 13.6.2014 in Bonn. [Acuerdo de la 85.ª Conferencia de Ministros del 25–26/06/2014 en Ostseebad Binz auf Rügen; Acuerdo de la 198.ª sesión de la Conferencia de Ministros y del Interior Senadores de los *länder* del 11 al 13/06/2014 en Bonn].

del derecho de fundaciones introducidas por la ley alemana de Promoción del Voluntariado de 2013¹¹, si bien estas eran predominantemente de índole fiscal (véase punto II).

A) *Reconocimiento de una fundación por parte de las autoridades*

La Ley para la Modernización del Derecho de Fundaciones regula de forma exhaustiva los requisitos para crear una fundación de derecho privado conforme a lo establecido en el BGB. Se mantiene el sistema de concesión, por lo que la creación de una fundación con capacidad jurídica, junto al acto de constitución por derecho privado, requiere el reconocimiento por parte del Estado (art. 80, párr. 1.º del BGB). Además, la solicitud de un fundador será admitida por derecho común para su reconocimiento si cumple los siguientes requisitos:¹² La constitución de la fundación debe satisfacer los requisitos expuestos en el artículo 81, párr. 1.º, frases 1 al 3 del BGB; los estatutos deben incluir determinados datos, según el artículo 81, párrafo 1.º, frase 3 del BGB y según el artículo 80, párrafo 2.º del mismo, y debe garantizarse que se perseguirán los fines de la fundación de forma eficaz y duradera, no pudiendo los mismos perjudicar el interés público. Tras la reforma de la Ley de Fundaciones de Sajonia-Anhalt de 2010, todos los Estados Federados revisaron su legislación regional sobre fundaciones y adaptaron sus normativas a dichas especificaciones¹³. Los legisladores de los Estados Federados liberaron sus normativas reguladoras de los procedimientos de autorización contrarios a los artículos 80 y 81 del BGB y eliminaron los requisitos materiales para el reconocimiento de una fundación. Por lo tanto, el reconocimiento de fundaciones se regula exclusivamente en el BGB, y los Estados Federados regulan únicamente el procedimiento de reconocimiento.

En este sentido, sería lógico llegar, siguiendo el modelo suizo, a un auténtico sistema de registro, en el que los juzgados registrarían una fundación para dejar su supervisión en manos de las autoridades competentes¹⁴. Asimismo-

¹¹ BGBI. I 2013, 556.

¹² HÜTTEMANN, *Das Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts*, ZHR 167 (2003), 35, 40. [HÜTTERMANN: *Ley para la modernización del Derecho de fundaciones*, ZHR 167 (2003), 35, 40].

¹³ Vgl. ausführlich WEITEMEYER y FRANZIUS, «Die Entwicklung des Stiftungsrechts im Bund und in den Ländern», in: HÜTTEMANN, RICHTER y WEITEMEYER, *Landesstiftungsrecht*, 2011, Rn. 2.1. ff. [Para más detalles, v. WEITEMEYER y FRANZIUS: «La evolución del derecho de fundaciones a nivel federal y de los *länder*» en HÜTTEMANN, RICHTER y WEITEMEYER: *Derecho de fundaciones de los estados federados*, 2011, ap. 2.1. y siguientes].

¹⁴ So auch Jakob, *Modernes Stiftungsrecht für Deutschland in Europa — was sollte geregelt werden?*, npoR 2016, 7, 9. [V. también: Jakob, *Un derecho de fundaciones moderno para Alemania y Europa — ¿qué debe regularse?*. Ed. 2016, 7, 9].

mo, conviene reducir más aún la regulación de los Estados Federados, de forma que el Derecho material, como lo es, por ejemplo, la inversión de activos, quede exclusivamente regulado por el BGB¹⁵.

B) *Admisibilidad de las fundaciones de duración determinada (Verbrauchsstiftung)*

La existencia de ciertos conceptos jurídicos indeterminados en el ámbito de las fundaciones concede cierta discrecionalidad a las autoridades de reconocimiento, especialmente en relación con los pronósticos de viabilidad¹⁶. Según la exposición de motivos de la ley, se busca así asegurar el mantenimiento duradero de una persona jurídica carente de miembros, es decir, la fundación, así como ajustarse a la naturaleza jurídica de la misma, pues se constituye de forma esencialmente ilimitada, siempre de acuerdo con la legislación vigente para la protección del tráfico jurídico¹⁷.

Esta declaración del legislador llevó a una interpretación divergente de la postura dominante¹⁸, por la que una fundación temporal (*Stiftung auf Zeit*) o destinada al agotamiento del patrimonio de la misma en un plazo limitado (*Verbrauchsstiftung*) no se podría admitir como fundación con capacidad jurídica¹⁹, mientras la teoría mayoritaria, basándose precisamente en la exposición de motivos de la ley, discrepa, defendiendo que no se debería alterar el reconocimiento respecto a estos tipos de fundación²⁰. Este planteamiento es correcto. Es cierto que la existencia de una lista cerrada de figuras jurídicas y sociedades,

¹⁵ So auch JAKOB, *Modernes Stiftungsrecht für Deutschland in Europa — was sollte geregelt werden?*, nPoR 2016, 7, 12. [v. también: JAKOB, *Un derecho de fundaciones moderno para Alemania y Europa — ¿qué debe regularse?*. Ed. 2016, 7, 12].

¹⁶ HÜTTEMANN, *Das Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts*, ZHR 167 (2003), 35, 40 f.; kritisch hierzu REUTER, *Neue Impulse für das gemeinwohlorientierte Stiftungswesen? Zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Stiftungsrechts*, Non Profit Law Yearbook 2001, S. 27, 62. [HÜTTEMANN: *Ley para la Modernización del Derecho de Fundaciones*, ZHR 167 (2003), 35, 40; crítica por: REUTER: *¿Un nuevo impulso para las fundaciones orientadas al bien común? Proyecto de una ley para la modernización del derecho de fundaciones*. Non Profit Law Yearbook 2001, pp. 27, 62].

¹⁷ BT-Drs. 14/8765, 8.

¹⁸ HÜTTEMANN, *Der Grundsatz der Vermögenserhaltung im Stiftungsrecht*, FG Flume (1998), S. 59 ff.; ders., *Das Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts*, ZHR 167 (2003), 35, 54 ff. [HÜTTEMANN: *Fundamentos para la conservación de patrimonios en el Derecho de fundaciones*, FG Flume (1998), pp. 59 y ss.; *Ley para la modernización del Derecho de fundaciones*, ZHR 167 (2003), 35, 54].

¹⁹ MUSCHELER, *Die Verbrauchsstiftung*, FS Werner (2009), S. 129, 140 f. [MUSCHELER: *Fundaciones de duración determinada*. FS Werner, 2009, pp. 129, 140].

²⁰ Vgl. nur STAUDINGER, HÜTTEMANN y RAWERT, BGB, *Neubearb.* 2011, § 81 Rn. 57 f. unter Verweis auf BT-Drs. 14/8765, 8. [v. solo STAUDINGER, HÜTTEMANN y RAWERT, *Código Civil Alemán*, nueva ed. 2011, artículo 81, p. 57, con ref. a BT-Drs. 14/8765, 8].

en aras de garantizar la seguridad jurídica y la protección de los acreedores, exige el respeto a los límites legales, evitando así la creación de figuras jurídicas nuevas. Así pues, una fundación dependiente creada sobre la base del derecho de obligaciones, no puede tener capacidad jurídica²¹. No obstante, cabe modificar personas jurídicas, siempre y cuando dicha modificación no vulnere normas imperativas, surgiendo pues la cuestión, de si dichas normas imperativas sólo abarcan fundaciones de duración indefinida. Esta cuestión no se puede deducir de la interpretación que hace del artículo 80 del BGB la Ley para la Modernización del Derecho de Fundaciones del 15 de julio de 2002, ni tampoco de su exposición de motivos. Si bien la fundación es la única figura jurídica que permite vincular un patrimonio a un determinado fin de manera indefinida, esto no implica que dicho requisito deba ser exigido a todas las fundaciones. La particularidad de la fundación como figura jurídica reside en la imposibilidad de modificar durante toda su existencia los fines de la fundación de forma autónoma y privada, quedando por lo tanto la fundación misma de cierta forma limitada en el tiempo. Así pues, el establecimiento de un fin duradero y de continuo cumplimiento durante la existencia de la fundación es fundamental²². El fundador, que por diversas circunstancias desee limitar la fundación en el tiempo vinculando el cumplimiento del fin de la misma por ejemplo a un determinado acontecimiento (como puede ser la reconstrucción de un edificio histórico o el uso del patrimonio de la fundación para erradicar una enfermedad en un plazo determinado de tiempo), al recurrir a la fundación se sirve de una figura en la que se perseguirá el fin de la misma de forma fehaciente, incluso tras el fallecimiento del fundador. Lo mismo sucede con fundaciones recaudadoras de donativos y fundaciones ciudadanas, cuyos fundadores donantes no estarán dispuestos a donar importes millonarios a una entidad no sometida a dicha vinculación²³.

En la práctica, este asunto ha generado desacuerdo entre las autoridades de reconocimiento, mientras por parte de los fundadores aumentaba la necesidad

²¹ BVerwG de 2014, p. 243 de Anm. RAWERT, p. 245; VGH Baden-Württemberg de 2012, pág.138 en adelante, de Anm. UHL, p. 141.; ders., *Materiellrechtliche Klarheit und prozessuale Unstimmigkeit — Das Urteil des VG Karlsruhe zur Gewerbeanmeldung einer unselbständigen Stiftung*, ZStV 2011, [Claridad material y unanimidad procesal: Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Karlsruhe sobre el alta de actividad económica de una fundación dependiente] ZStV 2011, p. 224; y RAWERT, de 2011, p. 57; KARSTEN SCHMIDT, de 2011, p. 56.; BRUNS, *Fiduziarische Stiftung als Rechtsperson* [La fundación fiduciaria como persona jurídica], año 2009, p. 840; ELICKER, *Zum Streit über die Verselbständigung der fiduziarischen Stiftung — Teil 1*, [ELICKER: Discusión sobre la independización de las fundaciones fiduciarias] ZStV 2012, p. 135.

²² Vgl. BT-Drs. 14/8765, 8; BT-Drs. 14/8894, 10.

²³ Vgl. WEITEMEYER, *Die Bürgerstiftung — Rechtsform und Reformbedarf?*, [v. WEITEMEYER: Fundaciones ciudadanas: ¿Naturaleza jurídica y necesidad de reforma?]GS Eckert (2008), p. 967.

de crear fundaciones temporales y de duración determinada. El concepto de fundación de duración determinada se popularizó gracias a la fundación de Bill y Melinda Gates, cuyo patrimonio, en aras de cumplir los fines de una fundación, deberá haber sido agotado en el plazo de 50 años tras el fallecimiento del matrimonio fundador²⁴. Además, debido a la crisis económico-financiera y del euro de 2008, que provocó devaluaciones en la categoría de inversiones rentables, así como a una posterior fase de bajos intereses en los bienes de inversión tradicionales de patrimonios de fundaciones, se procede en ocasiones a destinar el patrimonio aportado a la fundación más que los beneficios obtenidos a partir del mismo al cumplimiento del fin de la fundación. En la actualidad, las fundaciones de duración determinada han sido admitidas explícitamente por el legislador en aras de la seguridad jurídica mediante la Ley alemana de Promoción del Voluntariado, con efecto retroactivo desde el 1 de enero de 2013, de acuerdo con el artículo 80, párr. 1.º, frase 2 del BGB²⁵.

C) *Fines autorizados de una fundación, en especial con respecto a fundaciones familiares de uso privado y empresariales*

Según el Código Civil alemán o BGB, en su artículo 80, párr. 2.º, la finalidad de una fundación no puede ser contraria al interés público. Con ello, el legislador confirmaba la tendencia según la que se debían admitir las «fundaciones polivalentes de interés público»²⁶. Sin embargo, el legislador no limitó esta categoría a fundaciones con fines tributarios conformes al interés público²⁷, excluyendo fundaciones familiares privadas²⁸, ni estableció tampo-

²⁴ SALLY BEATTY, *Gates Foundation Sets Its Lifespan* [La Fundación Gates establece su duración], 1/1/2006, <http://www.wsj.com/articles/SB116493514082937519>, última act. 17/5/2016.

²⁵ Ausführlich hierzu MÜKO/BGB/ y WEITEMEYER, 7. Aufl. 2015, § 80 Rn. 77 ff. [Para más información: BGB de MÜKO y WEITEMEYER, 7.ª ed., 2015, art. 80, ap. 77 y ss.].

²⁶ BT-Drs. 14/8765, 9; in diese Richtung Teile der Literatur bislang vor der Stiftungsrechtsreform, vgl. MÜKO/BGB y WEITEMEYER, 7. Aufl. 2015, § 80 Rn. 81. [De este tipo, parte de la doc. antes de la reforma del derecho de fundaciones; v. MÜKO/BGB y WEITEMEYER, 7.ª ed., 2015, art. 80, apdos. 81 y ss.].

²⁷ BT-Drs. 14/8765, 8.

²⁸ So der CDU/CSU-Fraktion. BT-Drs. 14/2029 v. 9.11.1999, S. 6: «Gemeinwohlorientierung soll künftig bei Neugründungen von Stiftungen Voraussetzung des Rechts der Verwendung des Begriffs Stiftung sein, um so den besonderen Charakter eines bürgerschaftlichen Engagements zu würdigen, das in der endgültigen und unwiderrufflichen Abtretung privaten Vermögens für gemeinnützige Anliegen zum Ausdruck kommt». [Propuesta de resolución del grupo CDU/CSU. BT-Drs. 14/2029 del 9/11/1999, p. 6: «La orientación al bienestar común debe ser en el futuro un requisito del derecho al uso del término fundación en las fundaciones de nueva creación, para así proteger el carácter especial de un compromiso ciudadano, que se expresa en la separación definitiva e irrevocable del patrimonio privado para fines benéficos».

co limitaciones temporales para abordar la problemática del predominio de las «manos muertas», tal y como se había solicitado en 1997²⁹. Tras la reforma del Derecho de fundaciones de 2002, ya no cabe duda de que las fundaciones familiares y empresariales de uso privado están permitidas³⁰. Igualmente, el legislador tampoco ha excluido las fundaciones empresariales³¹. En efecto, durante las negociaciones de la reforma se debatió la posibilidad de limitar la actividad empresarial de fundaciones a los «fines secundarios», permitidos por el BGB (arts. 21 y 22) para las asociaciones sin ánimo de lucro³².

No obstante, por motivos políticos y de orden, la posibilidad de crear una figura jurídica como la fundación para asegurar el sustento de descendientes, retirando así un patrimonio de la economía común, generó reacciones críticas³³. Acertadamente se señala que la prohibición, si bien no explícita, pero sí inherente al derecho de fundaciones, de fundaciones cuya única finalidad es acumular patrimonio propio, también atañe a las fundaciones empresariales. En efecto, el fin de una fundación no puede limitarse a mantener de forma duradera el patrimonio vinculado, sin perseguir un fin de utilidad para terceros. Por lo tanto, la conservación empresarial como fin explícito o implícito de la fundación no está permitida³⁴. De lo contrario, sí se autorizan

²⁹ Gesetzentwurf von Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drs. 13/9320 v. 27.11.1997; zu § 81 Abs. 2 des Entwurfs. [Proyecto de ley de Bündnis 90/Los Verdes, BT-Drs. 13/9320 del 27/11/1997; art. 81, párr. 2 del proyecto].

³⁰ V. RICHTER y WACHTER, *Handbuch des Internationalen Stiftungsrechts* [Manual de Derecho internacional de fundaciones], 2007, artículo 22, apdo. 4.

³¹ WEITEMEYER y FRANZIUS, «Die Entwicklung des Stiftungsrechts im Bund und in den Ländern», in: HÜTTEMANN, RICHTER y WEITEMEYER, *Landesstiftungsrecht*, 2011, Rn. 1.37. [WEITEMEYER y FRANZIUS: «La evolución del derecho de fundaciones a nivel federal y de los países» en HÜTTEMANN, RICHTER y WEITEMEYER: *Derecho de fundaciones de los estados federados*, 2011, apdo. 1.37].

³² Vgl. zur Diskussion HÜTTEMANN, *Das Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts*, ZHR 167 (2003), 35, 60 f.; so § 81 Abs. 1 BGB-E des Gesetzentwurfs von Bündnis 90/Die Grünen BT-Drs. 13/9320, 9. [v. Sobre la discusión: HÜTTEMANN: *La ley para la Modernización del Derecho de Fundaciones*, ZHR 167 (2003), pp. 35, 60; art. 81, párr. 1 BGB-E el proyecto de ley de Bündnis 90/Los Verdes BT-Drs. 13/9320, 9].

³³ REUTER, *Gesellschaftsrecht oder Unternehmensverfassungsrecht?*, FS Merle (2010), S. 309, 318; ders., *Stiftungsform, Stiftungsstruktur und Stiftungszweck* [Forma, estructura y objetivo de las fundaciones], AcP 207 (2007), 1, 19 ff.; ders., Anatol DUTTA, *Rezensionsabhandlung zu «Warum Erbrecht? Das Vermögensrecht des Generationenwechsels in funktionaler Betrachtung»*, Non Profit Law Yearbook 2015/2016, im Erscheinen. [Informe: «¿Por qué el Derecho de transmisiones? Derecho al patrimonio del relevo generacional, consideraciones funcionales»] Non Profit Law Yearbook 2015/2016, en proceso de publicación.

³⁴ Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe, S. 44 ff.; HÜTTEMANN, *Das Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts*, [Ley para la Modernización del Derecho de Fundaciones] ZHR 167 (2003), 35, 58, 61; MüKoBGB y REUTER, 6. Aufl. 2011, §§ 80, 81 Rn. 105 ff.; STAUDINGER, HÜTTEMANN y RAWERT, BGB, Neubearb. 2011, Vorbem zu §§ 80 ff. Rn. 150 ff.; umfassend

fundaciones empresariales que por su actividad persigan, por ejemplo, fines de utilidad común a través de hospitales, o como recaudadoras de recursos para objetivos de utilidad común³⁵. En este sentido, el aumento de grandes patrimonios surgido durante el largo período de prosperidad posterior a la Segunda Guerra Mundial, junto al reducido número de herencias³⁶ ha suscitado esta cuestión.

En efecto, las quince mayores fundaciones de utilidad pública por patrimonio de Alemania surgieron de empresas privadas o de la privatización de participaciones estatales³⁷. Algunas de ellas se han independizado de las empresas por razones de autonomía y diversificación del patrimonio de la fundación. Así pues, la Fundación ZEIT de Ebelin y Gerd Bucerius, ha dejado de invertir exclusivamente en participaciones editoriales pasando a diversificar sus inversiones; la Fundación de utilidad pública Hertie cuenta con una cartera de inversiones diversificada³⁸, la Fundación Breuninger se separó por motivos de independencia económica de la empresa de grandes almacenes de Stuttgart del mismo nombre en 2004³⁹, y la Fundación Karl Schlecht vendió en 2012 a inversores chinos su participación del 99 % en la empresa Putzmeister Holding GmbH de Baden-Wurtemberg por 300 millones de euros. Por otra parte, siguen existiendo estructuras en las que la fundación todavía es la propietaria de una empresa, manteniendo así la unión, y protegiéndose de posibles adquisiciones o fusiones hostiles. De esta forma, se han integrado grandes empresas en entidades fundacionales, tales como los supermercados ALDI Norte y ALDI Sur, que han pasado a ser «consorcios» de la Fundación Markus y la Fundación Siepmann⁴⁰, o bien la Fundación Bertelsmann, que es muy criticada por

aus rechtsvergleichender Sichtweise HUSHAHN, *Unternehmensverbundene Stiftungen im deutschen und schwedischen Recht*, 2009.

³⁵ HÜTTEMANN, *Das Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts*, [Ley para la Modernización del Derecho de Fundaciones] ZHR 167 (2003), 35, 62.

³⁶ Vgl. RÖTHEL, Gutachten A zum 68. Deutschen Juristentag, [Informe A para el 68.º Congreso de juristas alemanes] 2010, A 16.

³⁷ Bundesverband Deutscher Stiftungen, *Die größten Stiftungen nach Kapital*, Stand 15. Juli 2015, [Asociación de fundaciones alemanas, Las mayores fundaciones según su capital, informe 15, julio 2015] www.stiftungen.org, última act. del 10.5.2016.

³⁸ REIMANN «Sichere Anlagen gibt es nicht mehr» [«Ya no hay inversiones seguras»] v. 27.6.2013, Interview mit Holger Benke, [Entrevista con Holger Benke] www.wiwo.de, última act. del 10.5.2016.

³⁹ Michael HELLER «Streit um Anteile am Kaufhaus Breuninger» [«Disputa sobre las participaciones en Kaufhaus Breuninger»] 25.6.2012, www.stuttgarter-zeitung.de, última act. del 10.5.2016.

⁴⁰ BRÜHL «Wie die Macht im Aldi-Reich verteilt ist», [«Cómo se distribuye el poder en el reino de Aldi»] 2.8.2010, www.wiwo.de, última act. 17.5.2016.

su reticencia en la política de derramas y sus posturas inamovibles⁴¹. Además, las fundaciones ya no se crean por los empresarios exclusivamente, sino las crean empresas, en cuanto personas jurídicas, tal y como es el caso de la Fundación Siemens⁴², para agrupar sus actividades de RSC (responsabilidad social corporativa) en una fundación unida a la empresa. Con la normativa europea del 22/10/2014⁴³, se amplían las obligaciones de publicidad de las grandes empresas relativas a sus actividades de utilidad común.

La prohibición de fundaciones cuya finalidad única sea la acumulación de patrimonio conlleva que las derramas para fines de utilidad común o para el fin privado de la fundación deben prevalecer sobre el mantenimiento de la fundación. Sin embargo, en la práctica, todavía no se ha podido delimitar cuándo pequeñas aportaciones para fines de utilidad pública sirven como simulación del fin real de mantenimiento de la empresa⁴⁴. En este sentido, un estudio de dos economistas llegó a la conclusión que las fundaciones titulares de actividades empresariales sólo reparten un 3 a 4 % de los beneficios anuales, mientras las empresas del DAX prevén una tasa del 30-40 %⁴⁵.

El derecho tributario tampoco ofrece puntos de referencia en este sentido, pues el Tribunal Supremo alemán en materia tributaria (*Bundesfinanzhof* o BFH) considera atesoramientos en una empresa de la que sea titular una fundación, en una magnitud económicamente razonable como admisible en el sentido de la utilidad pública⁴⁶. Únicamente de la obligación de la exclusividad de la persecución de un fin de utilidad pública según el artículo 56 de la Ley General Tributaria alemana (*Abgabenordnung* o AO), se desprende de la jurisprudencia del BFH⁴⁷, a la que se ha adherido la administración tributaria, con respecto a la interpretación de la citada ley⁴⁸, y apoyándose en

⁴¹ RAWERT, FAZ v. 11.9.2010, S. 35 bezugnehmend auf SCHULER, «Bertelsmann Republik Deutschland. Eine Stiftung macht Politik», [«La República Alemana de Bertelsmann. Una fundación hace política»], 2010.

⁴² www.siemens-stiftung.org, última actualización del 17.5.2016.

⁴³ Directiva 2014/95/EU del Parlamento europeo y del Consejo.

⁴⁴ HÜTTEMANN, *Das Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts*, [Ley para la modernización del derecho de fundaciones] ZHR 167 (2003), 35, 61 m.w.N.; MüKoBGB y REUTER, 6.^a ed. 2011, artículos 80, 81 Ap. 106; HUSHAHN, *Unternehmensverbundene Stiftungen im deutschen und schwedischen Recht*, [Fundaciones ligadas a la empresa en el Derecho alemán y sueco], 2009, p. 75 y ss. 2009.

⁴⁵ FRANKE y DRAHEIM, FAZ (*Frankfurter Allgemeine Zeitung*) del 28/8/2015, p. 18.

⁴⁶ BFH, del 15.7.1998 — I R 156/94, BStBl.I 2002, 162; igual para la admon. Financiera en AEAO, artículo 55, párr.1, n.º 1.

⁴⁷ BFH, v. 4.4.2007 — I R 76/05, BStBl. II 2007, 631 apdo. 30.

⁴⁸ AEAO, artículo 56.

la debida documentación⁴⁹, que los objetivos de utilidad pública ya no se persiguen de forma exclusiva si en cuanto al empeño y el riesgo la empresa prevalece sobre el fin de conseguir la mayor rentabilidad posible. El único parámetro de comparación deberá ser la posible rentabilidad en otras clases de activos comparables. Ante las bajas rentabilidades actuales de los valores de renta, así como las condiciones difícilmente comparables de distintas empresas y sectores con las disposiciones similares para diferentes empresas y filiales, se deriva que un límite cuantificable, al contrario de lo que ocurre, por ejemplo, en los EE.UU., donde se prevé un reparto obligatorio de beneficios del 5 % sobre el valor de mercado del capital de la fundación destinado a inversiones (la denominada *payout rule*), puede abstraerse únicamente de forma limitada. Además, las limitaciones fiscales a priori funcionan sólo para fundaciones de utilidad pública. En general, esta cuestión tan compleja requiere ulterior debate tanto pública como políticamente⁵⁰.

D) *Ulteriores permisos para modificar los estatutos y la finalidad de una fundación*

La modificación del fin y de los estatutos de una fundación sólo está permitida hasta cierto punto. Según el artículo 87 del BGB, la finalidad de una fundación sólo puede modificarse cuando ya no es posible cumplirla. El requisito para cambiar la finalidad de una fundación según el BGB (art. 87, párr. 2.º, frase 1), ha sido regulado más detalladamente gracias a la reforma del derecho de fundaciones de 2002. Según el BGB (art. 87, párr. 1.º), la finalidad de una fundación debe modificarse teniendo en consideración la voluntad del fundador. En especial, debe velarse porque las ganancias provenientes del patrimonio de la fundación se destinen a las personas que deban beneficiarse de ellas, en el sentido de lo dispuesto por el fundador.

De acuerdo con el artículo 85 del BGB, el fundador puede establecer en el momento de la constitución más requisitos y regular la modificación del fin de la fundación. Es el caso de cláusulas que regulan el alcance de posibles modificaciones estatutarias, caso fuesen necesarias. Del mismo modo puede modificarse la finalidad de la fundación si los requisitos y el alcance de dichos cambios se pueden desprender inequívocamente de la voluntad original del fundador⁵¹. Sin embargo, el fundador no puede facultar a los órganos de la

⁴⁹ HÜTTEMANN, Der neue Anwendungsverlass zum Abschnitt «Steuerbegünstigte Zwecke», [Nuevas reglas de utilización en ref. al fragmento «Fines con ventajas fiscales»] DB 2012, p. 250.

⁵⁰ V. Actas, ACHLEITNER, BLOCK, STRACHWITZ y HOSSEINI, *Stiftungsunternehmen [Fundación empresarial]*, en proceso de publicación.

⁵¹ HAPP, *Stifterwille und Zweckänderung, [voluntad del fundador y modificación del objetivo]* 2007, pp. 55, 88, 98, 2007; WIESNER, *Korporative Strukturen bei der Stiftung Bürgerlichen Rechts*,

fundación para modificar el objeto según su libre arbitrio, ni, por consiguiente, habilitar a terceros en su lugar para que tomen una decisión autónoma⁵².

No obstante, la cuestión sobre si además, según se deduciría del tenor literal del BGB en su artículo 85, el legislador de los Estados Federados puede establecer normas complementarias que limiten la autonomía del fundador en cuanto a la constitución de una fundación, como por ejemplo, relativas a modificaciones de los estatutos o de la finalidad, o a través de normas para la fusión decidida por los órganos de la fundación o las propias autoridades, es controvertida⁵³. Ciertamente es que el legislador federal estableció con la reforma de 2002 requisitos unitarios para la creación de fundaciones, buscando conceder así un margen de maniobra más amplio al fundador⁵⁴. Por este motivo, la normativa ha de considerarse exhaustiva y final, prevaleciendo sobre normas complementarias u opuestas de los Estados Federados⁵⁵. Cuando la legislación de los Estados Federados en materia de fundaciones permita facultar a los órganos de la fundación para modificar la finalidad de la misma en virtud de la escritura de constitución de la fundación, dichas legislaciones deberán interpretarse de acuerdo con el Derecho federal, en el sentido que en la escritura de fundación deben reflejarse inequívocamente tanto los requisitos como el contenido de la modificación, de manera que no quepa otra vía de transposición a los órganos de la fundación⁵⁶.

Últimamente se está desarrollando un debate intenso sobre si las fundaciones, más allá de esta opción básica del derecho alemán de fundaciones a

[*Estructuras corporativas de las fundaciones de derecho privado*], 2012, pp. 84 y ss. 2012.

⁵² RAWERT, «Der Stiftungsbegriff und seine Merkmale — Stiftungszweck, Stiftungsvermögen, Stiftungsorganisation» [«El término fundación y sus características: finalidad, capital y organización de las fundaciones»], en HOPT y REUTER, *Stiftungsrecht in Europa [Derecho de fundaciones en Europa]*, 2001, pp. 109, 129; STAUDINGER, HÜTTEMANN y RAWERT, BGB, nueva ed. 2011, artículo 85, apdo. 10 y ss.; REUTER, *Der Vorbehalt des Stiftungsgeschäfts [Reserva del negocio fundacional]*, NZG 2004, 939, 942.; HAPP y STIFTERWILLE y modificación del objetivo, 2007, p. 104 ff.; FRITSCHKE, *Die Stiftungssatzung im Spannungsfeld zwischen Stifterfreiheit, Stiftungsautonomie und staatlicher Stiftungsaufsicht, [Estatutos de las fundaciones en conflicto con la libertad y autonomía del fundador y la perspectiva estatal]* ZSt 2009, 21, 25; WIESNER, *Korporative Strukturen bei der Stiftung Bürgerlichen Rechts, [Estructuras corporativas fundaciones de derecho privado]*, 2012, pp. 37, 61 y ss.

⁵³ VON HIPPEL, *Sonstige Satzungsänderungen, [Modificaciones especiales de los estatutos]* en HÜTTEMANN, RICHTER y WEITEMEYER, *Landesstiftungsrecht [Derecho de fundaciones de los estados federados]* 2011, apdo. 24.22.

⁵⁴ Vgl. BT-Drs. 14/8894, 10.

⁵⁵ HÜTTEMANN, *Das Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts, [Ley de Modernización del Derecho de Fundaciones]*, ZHR 167 (2003), 35, 50; STAUDINGER, HÜTTEMANN y RAWERT, BGB, nueva ed. 2011, artículo 85, apdo. 27 y ss.

⁵⁶ MüKoBGB y WEITEMEYER, 7. Aufl. 2015, § 85 Rn. 5; STOLTE, *Reform des Stiftungsrechts, [Reforma del derecho de fundaciones]* BB 2015, 2694, 2696.

favor del principio de intangibilidad de sus fines deben abrirse a través del derecho vigente hacia estructuras corporativas. En este sentido, las Tesis de Habilitación de Andreas Schlüter y de Thomas von Hippel reclaman, tomando como referentes ejemplos internacionales, que el Derecho alemán evolucione en esta dirección con el fin de alcanzar un derecho de fundaciones moderno⁵⁷. Esta discusión se produce igualmente en el grupo de trabajo entre el Estado Federal y los Estados Federados.

a) Facultades de modificación de fundadores vivos

Es cierto que los fundadores longevos y emprendedores buscan ejercer influencia sobre su fundación durante toda su vida, intentando reflejar también en los estatutos las experiencias obtenidas de la práctica de la fundación. Un estudio del año 2005 demostró que las fundaciones se crean cada vez más en vida de los fundadores⁵⁸, mientras que en el pasado predominaban las fundaciones constituidas tras la muerte de aquellos por motivos religiosos. De ahí que en los últimos años la fundación se viese amenazada por figuras jurídicas más flexibles como lo es la GmbH (*Sociedad limitada*) o la fundación dependiente, que permiten modificaciones más amplias. Una consulta representativa de *Zivilgesellschaft in Zahlen (ZIVIZ)* llegó a la conclusión que el número de sociedades limitadas está aumentando, llegando a contarse 1006⁵⁹, si bien no todas se asemejan a una fundación. Sin embargo, entre las 15 mayores fundaciones alemanas por denominación y función, sólo cuatro son sociedades limitadas⁶⁰. Existe una única limitación en cuanto al uso de formas alternativas para fundaciones de esta naturaleza, que consiste en la prohibición de confusión señalada en el artículo 18, párrafo 2.º del Código Mercantil alemán (HGB), según el cual el uso de la denominación «fundación» sólo se permite para otras figuras jurídicas como asociaciones o sociedades limitadas si la misma es asimilable a la de una fundación, es decir, si el patrimonio posibilita el cumplimiento de una finalidad a largo plazo⁶¹.

⁵⁷ VON HIPPEL, *Grundprobleme von Nonprofit-Organisationen*, [Problemas de base de las organizaciones sin ánimo de lucro], 2007, p. 451; SCHLÜTER, *Stiftungsrecht zwischen Privatautonomie und Gemeinwohlbindung* [Derecho de fundaciones entre autonomía privada y conexión con el bien común], 2004, p. 337.

⁵⁸ TIMMER, *Stiften in Deutschland*, [Las fundaciones en Alemania] 2005, p. 55.

⁵⁹ Zivilgesellschaft in Zahlen, ZIVIZ-Survey, Instrumente und Erste Ergebnisse, [La sociedad civil en cifras, Encuesta ZIVIZ, instrumentos y primeros resultados] 2012, p. 13.

⁶⁰ Bundesverband Deutscher Stiftungen, *Die größten Stiftungen nach Kapital*, [Asociación Federal de Fundaciones Alemanas, Las mayores fundaciones según su capital], situación el 15 de julio de 2015, www.stiftungen.org, última act. del 10/05/2016.

⁶¹ STAUDINGER, HÜTTEMANN y RAWERT, BGB, nueva ed. 2011. Advertencia previa del artículo 80, apdo. 294 con otras. N. al menos en la asociación.

La alteración de otras figuras jurídicas, dotándolas de una estructura similar a una fundación, conlleva el riesgo de pérdida de control, ya que la exclusión de derechos de los socios en función de su patrimonio en formas de utilidad pública, alternativas a las fundaciones, hace que el equilibrio de poder se incline a favor de la administración (del agente, según la teoría gerente-agente), no pudiendo equilibrarse a través del imperativo control estatal ejercido sobre la fundación. Sería deseable pues, atender las pretensiones de fundadores de disfrutar de una mayor autonomía dentro del marco legal de la fundación mediante la introducción de una fase de prueba para fundaciones de nueva creación, durante la cual el fundador pueda realizar determinados ajustes⁶².

Recientemente, se ha ilustrado la problemática en la práctica: Tal y como comunicaba la revista de noticias *Der Spiegel* en 1987, el periodista Günter Wallraff creó una fundación denominada *Zusammen-Leben (Convivir)*, que debía impulsar proyectos vecinales. En 2009, Wallraff desarrolló la idea de conceder becas a periodistas que debían, siguiendo el ejemplo de Wallraff, infiltrarse en empresas bajo una identidad falsa para destapar actividades irregulares que se llevasen a cabo en ellas. Wallraff pretendía financiar las becas a través de la fundación vecinal, pero no era conforme a la finalidad de la misma. En efecto, Wallraff quería asegurar que, a través de una donación considerable se pudiera ampliar la finalidad de su fundación. En el parlamento de Renania del Norte-Westfalia la autoridad supervisora de las fundaciones prestó su consentimiento, porque a través de dicha donación adicional quedaría garantizada la continuidad de la persecución de la finalidad original de la fundación⁶³.

De acuerdo con lo arriba citado, una ampliación del fin de la fundación de este tipo se permite en virtud del artículo 87 del BGB, que en este sentido es concluyente únicamente si el fundador original hubiese previsto en los estatutos de modo explícito y suficiente tal ampliación del objetivo de la fundación. Este ejemplo pone de manifiesto que el sentido de justicia concede al fundador más posibilidades de introducir cambios que a un tercero. Si, por ejemplo, otro fundador hubiese querido fomentar con su fundación la ayuda vecinal y hubiera solicitado la modificación de su finalidad porque

⁶² Ausführlich zur Stifterautonomie WEITEMEYER, «Von der Stifterfreiheit zur Stiftungsautonomie — Weiterentwicklung oder Sackgasse?», [Más detalles sobre la autonomía del fundador: Weitemeyer: De la libertad del fundador a la autonomía del fundador: ¿Evolución o callejón sin salida? en Bumke/Röthel, *Autonomie im Recht [Autonomía en el Derecho]*, en proceso de publicación.

⁶³ Parlamento de Renania del Norte-Westfalia-7-APr 16/29, Comisión primaria del 6.9.2012, 3.ª sesión (pública).

el señor Wallraff quería realizar una donación complementaria importante para becas a periodistas encubiertos, las autoridades supervisoras de las fundaciones habrían rechazado una modificación de este tipo, dado que la fundación habría adquirido un carácter totalmente distinto con la nueva finalidad. La legislación vigente, sin embargo, no distingue entre el deseo de cambio de un tercero y el del fundador original. Se aplica pues el denominado *principio de separación e intangibilidad fundacional*: El fundador se separa del patrimonio de forma definitiva y sin derecho a revocación, y si no fuera posible cumplir la finalidad de la fundación, el capital no volvería al fundador, sino a una tercera persona autorizada y nombrada por él/ella (BGB, art. 88). La voluntad primera del fundador es inamovible desde la creación de la fundación, y ni tan siquiera el mismo fundador puede modificarla⁶⁴.

Tanto el grupo de trabajo Estado Federal-Estados Federados como la Asociación Federal de Fundaciones alemanas discuten posibles competencias explícitas de modificación en vida del fundador. La asociación citada propone un anexo al artículo 81, párrafo 3.º del BGB:⁶⁵ «*Si el fundador fuera una persona física en el sentido del artículo 81, párrafo 1.º, frase 3, estará autorizado a modificar en vida las disposiciones necesarias para transformar la fundación en una fundación de duración determinada, o bien a unirla con o agregarla a otra fundación. El artículo 80, párrafo 2.º, frase 2, permanece inalterado. Antes de autorizar una modificación, el fundador deberá oír el pronunciamiento de los órganos de la fundación competentes para modificaciones de los estatutos. El/la fundador/a podrá renunciar a este derecho en el momento de la constitución. Según el apartado 1.º, el fundador no podrá decidir la rescisión de la fundación ni la persecución de otro fin distinto al beneficiado fiscalmente*».

Para valorar esta propuesta de reforma deben ponderarse los intereses de los participantes en una fundación, así como las particularidades de la configuración jurídica de la misma. Si se tiene en cuenta la autonomía privada del fundador, según Burgard, se debe estar de acuerdo en que la garantía de legalidad de la decisión de autonomía privada del fundador, que se le concede muy ampliamente al crear la fundación, puede seguir aumentando, y no al contrario, tras la creación de la fundación, como consecuencia de una fase concreta de experimentación y prueba.

⁶⁴ Vgl. etwa JAKOB, *Modernes Stiftungsrechts für Deutschland in Europa — was sollte geregelt werden?*, [véase JAKOB, *Un Derecho de fundaciones moderno para Alemania en Europa: ¿qué debería regularse?*] 2016, 7, 10.

⁶⁵ Stiftungsgesetzgebung 03-2015, Reformvorschläge zur Verbesserung des Stiftungsrechts, [Postura de las fundaciones 03-2015, propuestas de reforma para mejorar el Derecho de fundaciones] pág.9.

Si bien esta fase se podría alcanzar de conformidad con el derecho de fundaciones también en vida del fundador eligiendo como forma jurídica una sociedad limitada de utilidad pública de una fundación dependiente y reestructurándola tras la muerte del fundador en fundación civil independiente, la práctica demuestra que rara vez se sigue esta vía de la reestructuración consecutiva, ya que la misma resulta muy complicada.

No obstante, y también debido a la inseguridad jurídica existente acerca del alcance de las facultades de modificación en virtud de las normas legales federales o regionales, se conceden facilidades mucho mayores a las pretensiones de modificación del fundador aún vivo, tal y como ilustra de forma ejemplar el caso de la Fundación Wallraff.

Tampoco cabe duda que las competencias de modificación en vida del fundador no entran en conflicto con su derecho a configurar una fundación de forma autónoma y privada, sino que, por el contrario, lo refuerzan, tal y como puede también modificar en vida sus disposiciones de última voluntad⁶⁶.

Tras su fallecimiento debe protegerse al fundador contra cambios definitivos en la fundación que fue creada con vocación de perpetuidad, realizados mediante decisiones autónomas privadas de terceros. Así, aquellos sistemas jurídicos de fundaciones extranjeros que admiten ulteriores modificaciones de la finalidad, limitan dicho derecho al fundador en vida, tal y como sucede en Liechtenstein, Austria y Suiza⁶⁷. En Liechtenstein, amplios derechos del fundador permiten a éste/a modificar libremente la finalidad de su fundación en vida y reservarse un derecho de revocación. Estos derechos del fundador son personalísimos e intransmisibles, y no están incluidas en las personas ju-

⁶⁶ Véase también RAWERT, *Öffnung der Stiftung für körperschaftliche Strukturen? — Der noch lebende Stifter und die Verfassung «seiner» Stiftung*, [¿Abrir la fundación a estructuras corporativas? El fundador en vida y los estatutos de «su» fundación] *Non Profit Law Yearbook* 2012/2013, p. 51, 60; RAWERT, «Stifterwille und Privatautonomie» [«Voluntad del fundador y autonomía privada»] en JAKOB y VON ORELLI, *Der Stifterwille*, [La voluntad del fundador] 2014, p. 103, 118.; *Bedenken dagegen bei Papsthart, Stiftungsrecht am Scheideweg: Festigung einer starken «Marke» oder Eröffnung eines Experimentierfeldes für Stifter?*, [Reflexiones en contra de Papsthart: El Derecho de fundaciones en escisión], 2016, p. 105, y Stolte, *Reform des Stiftungszivilrechts*, [Reforma del Derecho civil de fundaciones] *BB* 2015, 2694, 2969 wegen der Unverfügbarkeit der Stiftung, die durch die Reform aber gerade auf den Tod des Stifters aufgeschoben wird. [debido a la indisponibilidad de la fundación, que se retrasa hasta la muerte del fundador].

⁶⁷ Al respecto: JAKOB, «Freiheit durch Governance — Die Zukunft des Stiftungsrecht aus rechtsvergleichender Perspektive» [Libertad mediante gobernanza. El futuro del derecho de fundaciones desde la perspectiva del derecho comparado] en BUMKE y RÖTHEL, *Autonomie im Recht* [La autonomía en el Derecho], en proceso de publicación.

rídicas⁶⁸. En Suiza, desde la entrada en vigor del artículo 86.^a del Código Civil suizo el 1 de enero de 2006, un/a fundador/a puede reservarse el derecho de modificar la finalidad, también de carácter personalísimo e intransmisible, si bien sólo puede ejercerse diez años después de la constitución de la fundación o la última modificación de su finalidad. A este respecto, hasta ahora no se han podido recopilar informaciones en este sentido⁶⁹. La Ley de Fundaciones Privadas austríaca, aprobada en 1993, prevé en su artículo 33, párrafo 2.º que el fundador puede reservarse el derecho de modificación, siendo también personalísimo e intransmisible. El apartado 2.º de la norma permite únicamente «en el caso de que la modificación no fuera posible por ausencia del fundador, por falta de acuerdo entre varios fundadores o bien porque no esté reservado el derecho de introducir cambios» que la junta directiva de la fundación, respetando la finalidad de la misma, podrá llevar a cabo modificaciones en la escritura de constitución para adaptar la misma a los cambios sobrevenidos, previa autorización judicial.

La limitación del derecho modificador del fundador en vida se explica por la peculiaridad de la figura jurídica. Sólo a través de la fundación se permite perpetuar la propia voluntad más allá de la muerte del fundador, lo que se destacó en las deliberaciones sobre el BGB como una ampliación importante y aún aceptable del poder legal de las personas⁷⁰, y que, para algunos, se configura como el dudoso poder de los fallecidos sobre los vivos mediante «manos muertas»⁷¹. Si el ordenamiento jurídico proporciona esta figura jurídica muy particular, basa no sólo en un fundamento histórico, sino, al menos con respecto a las fundaciones religiosas, también en el derecho fundamental de la libertad religiosa y de culto según el artículo 4.º de la Ley Fundamental alemana⁷², la vinculación permanente garantizada del fin de la

⁶⁸ Véase al respecto *Jakob*, *Die liechtensteinische Stiftung*, [Las fundaciones en Liechtenstein] 2009, págs 226, 24.

⁶⁹ *JAKOB*, «Freiheit durch Governance — Die Zukunft des Stiftungsrecht aus rechtsvergleichender Perspektive» [«Libertad mediante gobernanza. El futuro del derecho de fundaciones desde la perspectiva del derecho comparado»] en *BUMKE* y *RÖTHEL*, *Autonomie im Recht* [La autonomía en el derecho], en proceso de publicación.

⁷⁰ *MUGDAN*, *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Band I, [Todo el material en relación con el Código Civil para el Imperio alemán], tomo I, pp. 961 y ss.

⁷¹ Hierzu ausführlich *DUTTA*, *Warum Erbrecht? Das Vermögensrecht des Generationenwechsels in funktionaler Betrachtungsweise*, [¿Por qué el derecho a heredar? El Derecho al patrimonio del relevo generacional desde una perspectiva funcional] 2014, p. 3; ähnlich die Diskussion in den USA, hierzu in historisch vergleichender Betrachtung [parecida a la discusión en los EE UU, se hace una comparación histórica] *ADAM*, *Stiften im 19. Und 20. Jahrhundert in der deutschen und amerikanischen Gesellschaft*, [Las fundaciones en los siglos XIX y XX en la sociedad alemana y americana] Non Profit Law Yearbook 2014/2015, pp. 1 y ss.

⁷² Al respecto, *MüKoBGB* y *WEITEMEYER*, 7.^a ed. 2015, artículo 80, aptdo. 40.

fundación a la misma mediante control estatal es absolutamente necesaria. Una consecuencia sería además que, si hubiese varios fundadores, la fase con posibles modificaciones finalizaría con la muerte del primer fundador, por ejemplo, en el caso de cónyuges. Tal y como muestra la norma austríaca, varios fundadores deben actuar por supuesto de mutuo acuerdo y ejercer sus derechos como fundadores conjuntamente.

Las autoridades reguladoras de las fundaciones han amenazado con establecer tasas para la inscripción de las modificaciones estatutarias, incluso para fundaciones de utilidad pública, si el ejercicio del derecho libre de modificación supusiese una carga excesiva para las autoridades. Este riesgo puede ser remediado a través de un determinado período de carencia, por ejemplo, 10 años, como en el Derecho suizo, para que el fundador y sus asesores reflexionen en profundidad sobre sus deseos y objetivos y no se queden estancados en la fase de determinar la duración de la entidad. Por otra parte, ante posibles motivos de modificación urgentes en vida del fundador, dicho plazo parece excesivamente rígido, y el período de diez años parece arbitrario. Jakob aboga por valorar el libre, pero temporalmente limitado derecho de modificación del fundador en función de la legitimidad del contenido de su pretensión en contraposición a los intereses de la fundación. De esta manera, una fundación que funcione correctamente no podrá ser modificada por intervención, posiblemente malintencionada, del fundador, si no existe un interés legítimo⁷³. Sin embargo, resulta dudoso si se puede y, en caso afirmativo, de qué manera se pueden sopesar los intereses de la fundación y los del fundador aún en vida. Según las normas de Austria, Suiza y Liechtenstein se puede defender la postura de que la capacidad de acción privada y autónoma del fundador prevalezca hasta su fallecimiento⁷⁴, desplazando hasta entonces la autonomía de la propia fundación. Si bien la fundación, creada en su momento como persona jurídica del Derecho privado interno, es portadora de derechos fundamentales (art. 19, párr. 3.º de la Ley Fundamental alemana), se sujeta a las limitaciones impuestas por el ordenamiento jurídico⁷⁵. Por lo

⁷³ JAKOB, «Freiheit durch Governance — Die Zukunft des Stiftungsrecht aus rechtsvergleichender Perspektive», in: BUMKE y RÖTHEL, *Autonomie im Recht*, im Erscheinen. [*Libertad mediante gobernanza. El futuro del derecho de fundaciones desde la perspectiva del derecho comparado*] en BUMKE y RÖTHEL, *Autonomie im Recht [La autonomía en el derecho]*, en proceso de publicación.

⁷⁴ So RAWERT, *Öffnung der Stiftung für körperschaftliche Strukturen? — Der noch lebende Stifter und die Verfassung «seiner» Stiftung*, [¿Abrir la fundación a estructuras corporativas? El fundador aún en vida y los estatutos de «su» fundación] *Non Profit Law Yearbook 2012/2013*, pp. 51, 60; RAWERT, «Stifterwille und Privatautonomie» [«Voluntad del fundador y autonomía privada»] en JAKOB y VON ORELLI, *Der Stifterwille [La voluntad del fundador]*, 2014, pp. 103, 118 y ss.

⁷⁵ Vgl. MüKoBGB y WEITEMEYER, 7.ª ed. 2015, artículo 80, aptdo 44.

tanto, el ordenamiento jurídico podría sobrepasar los intereses de la fundación respecto a su fundador, siempre y cuando se revoque el principio de intangibilidad fundacional en suficiente medida, al igual que no existe ningún derecho para una asociación o sociedad ante decisiones unánimes de modificación por parte de sus miembros. No obstante, la propuesta de reforma, al no prever por buenas razones y al contrario del caso de Liechtenstein⁷⁶ derecho de revocación alguno del fundador, establece que las autoridades reguladoras de las fundaciones deben comprobar con respecto a la aprobación de la solicitud de modificación, así como respecto a la constitución de una fundación si ésta, una vez modificada su finalidad, sigue cumpliendo los requisitos contenidos en el artículo 80, párr. 2.º, frase 1 del BGB (reserva de viabilidad e interés general). Es también necesario porque, de lo contrario, sería inútil comprobar estos requisitos en el momento de constitución de una fundación. Por lo tanto, a la redacción del artículo 80, párr. 3.º, frase 1 del nuevo BGB debería añadirse «según los requisitos especificados en el artículo 80, párr. 2.º, frase 1». Por lo tanto, queda pendiente la cuestión de si tiene sentido y es posible proceder a una ponderación ulterior de los intereses sobre una base legal simple. En contra de ello, no solo puede alegarse que los derechos de modificación del fundador vivo se verían fuertemente restringidos e invalidados con la citada medida, sino también que apenas podrían encontrarse criterios de comparación para fundaciones en activo⁷⁷, de forma que las autoridades reguladoras tomarían la decisión final en lugar del fundador, con lo que la autonomía de éste se vería mermada.

Para proteger a voluntarios y donantes, así como para el correcto funcionamiento de la obtención de fondos para la fundación, es de importancia trascendente que el fundador pueda excluir también explícitamente en los

⁷⁶ Zur Problematik einer fehlenden Trennung von Stifter und Stiftung für Pflichtteilsansprüche und aus steuerlicher Sicht vgl. JAKOB, «Freiheit durch Governance — Die Zukunft des Stiftungsrechts aus rechtsvergleichender Perspektive», in: BUMKE y RÖTHEL, *Autonomie im Recht, im Erscheinen*. [Sobre la problemática de la inexistente separación entre fundador y fundación para los derechos a la participación obligatoria y desde el p. d. v. tributario, v. Jakob: Libertad mediante la gobernanza: El futuro del derecho de fundaciones desde la perspectiva del derecho comparado, en BUMKE y RÖTHEL: *Autonomía en el Derecho*. En proceso de pub.

⁷⁷ Vgl. zu der Frage einer richtigen Wirkungsmessung von gemeinnützigem Handeln nach dem Sozial Reporting Standard ACHLEITNER, SPIESS-KNAFL, HEINECKE, SCHÖNING y NOBLE, *The Social Investment Manual. An Introduction for Social Entrepreneurs*, 2011; WÖRRLEIN, *Ein Standard für wirkungsorientierte Berichterstattung — der Social Reporting Standard*, npoR 2015, 14 ff. [Véase con respecto a la cuestión de una valoración correcta de los efectos de las acciones de utilidad pública según el estándar de informes sociales, ACHLEITNER, SPIESS-KNAFL, HEINECKE, SCHÖNING y NOBLE, *Manual sobre inversión social. Una introducción para emprendedores sociales*. 2011; WÖRRLEIN, *Un estándar para la elaboración de informes orientada a los resultados: el estándar de informes sociales*. Ed. 2015, pp. 14 y ss.]

estatutos el derecho de modificación (v. art. 80, párr. 3.º, frase 3 del proyecto de BGB), quedando además excluido el derecho de revocación y de transformación de una fundación de utilidad pública en otra de utilidad privada, según se establece en el artículo 80, párr. 3.º, frase 4 del BGB.

Los órganos de una fundación no tienen derechos de configuración propios de autonomía privada en relación con la configuración de la fundación. Esta previsión no se modifica por la competencia de modificación atribuida al fundador. Para dichos órganos sólo se prevé un derecho de audiencia, pues la modificación de la finalidad puede suponer una razón de peso para renunciar al cargo o para rescindir un posible contrato de trabajo⁷⁸. Con el derecho de audiencia se establece una protección suficiente.

b) ¿Estructuras cooperativas en las fundaciones ciudadanas?

Respecto a fundaciones ciudadanas, que se han extendido ya por casi todas las ciudades alemanas, no es viable el proyecto de ampliar las competencias del fundador en vida dado el elevado número de fundadores y donantes que contribuyen a aumentar el patrimonio de estas fundaciones. En Alemania existen alrededor de 27.400 fundadores/as de fundaciones ciudadanas. La primera fundación ciudadana se constituyó en 1996. En 2014, el patrimonio de las fundaciones ciudadanas se estimaba en más de 305 millones de euros. 293 fundaciones ciudadanas de Alemania recibieron en 2015 el distintivo *Initiative Bürgerstiftungen*⁷⁹. La gran aceptación de este tipo de entidades se debe también a que la finalidad de la fundación queda protegida ante posibles modificaciones y, sobre todo, a que el patrimonio se protege ante una posible disolución, tal y como es el caso en una decisión unánime en una asociación. Por consiguiente, se debería continuar permitiendo a las fundaciones ciudadanas adoptar la forma jurídica de una fundación, toda vez que las limitaciones existentes respecto a la toma de decisiones serán de aplicación también a las fundaciones ciudadanas, caracterizadas por su estructura abierta⁸⁰.

Uno de los órganos imprescindibles de una fundación es la junta directiva que se encarga de perseguir el objetivo de la fundación de acuerdo con

⁷⁸ Hierzu MüKoBGB y WEITEMEYER, 7.^a ed. 2015, artículo 86, aptdo 10.

⁷⁹ www.buergerstiftungen.org, última actual. del 3.5.2016.

⁸⁰ WEITEMEYER, *Die Bürgerstiftung — Rechtsform und Reformbedarf?*, [Fundaciones creadas por ciudadanos: ¿naturaleza jurídica y necesidad de reforma?] GS Eckert (2008), p. 967; RAWERT, *Öffnung der Stiftung für körperschaftliche Strukturen? — Der noch lebende Stifter und die Verfassung «seiner» Stiftung*, [¿Abrir la fundación a estructuras corporativas? El fundador aún en vida y los estatutos de «su» fundación] Non Profit Law Yearbook 2012/2013, pp. 51 y ss.

su propia constitución. También son legalmente permitidos y frecuentes en la práctica órganos facultativos complementarios, como los consejos directivos, comités consultivos o consejos de patronato de las fundaciones⁸¹, posibles por la autonomía respecto a la redacción de los estatutos por parte del fundador⁸². No obstante, el principio de intangibilidad fundacional supone en este sentido un límite para la capacidad constitutiva en la elaboración estatutaria. La finalidad de una fundación debe configurarse de forma que esta suponga un objetivo accesible, inequívoco y limitable por el órgano de supervisión, siendo que, además, los órganos de la fundación deberán carecer de capacidad decisiva autónoma al respecto. Esto supone una limitación para la creación de elementos corporativos dentro de la organización de las fundaciones, especialmente discutida en relación con las fundaciones ciudadanas⁸³. La posibilidad de una gran cantidad de fines de una fundación, limitados por el arraigo regional, permite según la legislación vigente también establecer esta figura jurídica de forma lógica. Por lo tanto, en relación con lo anterior, no se discute modificaciones legislativas.

c) Simplificación de procedimientos de agregación y fusión de las fundaciones

En la actualidad, la supervisión de las fundaciones por parte de los Estados Federados se ha organizado de forma homogénea en toda Alemania: las autoridades pueden ejercer los derechos de información e inspección, pueden aprobar medidas o revocar normas y nombrar o destituir a los miembros de los distintos órganos. Las modificaciones de la finalidad y de los estatutos, disoluciones o fusiones de fundaciones requieren la autorización de las autoridades en todos los Estados Federados, si bien existen ligeras diferencias entre ellos. En este contexto, se requiere la simplificación de los procedimientos para depurar las fundaciones infracapitalizadas. Las consecuencias de la crisis financiera, en especial la actual fase de intereses bajos, contribuye a que un número cada vez mayor de fundaciones se enfrente a problemas de la infracapitalización. A finales de 2015, la Asociación Federal de Fundaciones

⁸¹ STAUDINGER, HÜTTEMANN y RAWERT, BGB, nueva ed. 2011, Aviso previo a artículos 80 y ss., aptdo. 11; más detalles en BURGARD, *Der Aufsichtsrat bei Verein und Stiftung*, [El Consejo de supervisión en asociaciones y fundaciones] GS Walz (2008), pp. 71 y ss.

⁸² RAWERT, «Der Stiftungsbegriff und seine Merkmale — Stiftungszweck, Stiftungsvermögen, Stiftungsorganisation» —, [«El término fundación y sus características: finalidad, capital y organización de las fundaciones»] en HOPT y REUTER, *Stiftungsrecht in Europa* [Derecho de fundaciones en Europa], pp. 109, 127; KRONKE, *Stiftungstypus und Unternehmensträgerstiftung*, [Tipo de fundación y fundación empresarial] 1988, p. 131.

⁸³ Kritisch gegen Bürgerstiftungen [sobre críticas en contra de las fundaciones ciudadanas], MüKoBGB y REUTER, 6.^a ed. 2011, artículos 80, 81, aptdo. 122.

alemanas registró 21.301 fundaciones con capacidad jurídica en Alemania⁸⁴. El patrimonio de las fundaciones no está distribuido de forma homogénea. Así, el patrimonio de alrededor de un 26 % de estas entidades alcanza hasta los 100.000 euros, y aproximadamente otro 46 % dispone de un patrimonio de hasta 1 millón de euros⁸⁵. Descontados los gastos administrativos queda poca liquidez para que las fundaciones pequeñas y muy pequeñas puedan continuar persiguiendo su finalidad.

Uno de los motivos de la infracapitalización es que el artículo 80, párrafo 2.º del BGB no establece un capital mínimo legal para el reconocimiento de las fundaciones con capacidad jurídica, y los esfuerzos de reforma para introducir un capital mínimo objetivo hasta la fecha no han sido fructíferos. Por lo tanto, corresponde a las autoridades reguladoras de las fundaciones determinar, tras la evaluación obligatoria de acuerdo con la normativa y tras considerar el fin de la fundación, si el capital adjudicado para ellas puede garantizar el cumplimiento del objetivo de la fundación de forma constante y duradera.

Debido al derecho a fundar, introducido de forma explícita tras la reforma del Derecho de fundaciones, es comprensible la práctica habitual de la administración por la que se considera suficiente el importe aproximado de 50.000 euros o se aplican criterios más bien generosos para la persecución de fines del bien común general⁸⁶.

Por otra parte, resulta preocupante que la propuesta de un Reglamento Europeo para Fundaciones prevea, atendiendo los intereses de los Estados miembro del Este (art. 7 del FE-VO) un capital mínimo de tan solo 25.000 euros⁸⁷. Dada esta situación, se discute, pues, si en estas circunstancias se busca proteger los recursos de las fundaciones y de sus respectivas autoridades al facilitar las agregaciones y fusiones de fundaciones, concediendo una mayor importancia a la autonomía del fundador, o si de esta forma se busca preser-

⁸⁴ Bundesverband Deutscher Stiftungen, Rechtsfähige Stiftungen bürgerlichen Rechts, [Asociación federal de fundaciones alemanas. Fundaciones con capacidad jurídica del derecho civil] *www.stiftungen.org.de*, última act. del 3.5.2016.

⁸⁵ Bundesverband Deutscher Stiftungen, Stiftungen und Vermögen nach Klassen, [Asociación federal de fundaciones alemanas. Fundaciones y capital según los tipos] *www.stiftungen.org.de*, última actualización del 3.5.2016.

⁸⁶ STAUDINGER, HÜTTEMANN y RAWERT, BGB, nueva ed. 2011, artículo 80, apdo. 24; ERMAN-WERNER, BGB, 13.ª ed. 2011, artículo 80, apdo. 11.

⁸⁷ Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Stiftung (FE) [Propuesta de un Reglamento del Consejo sobre el Estatuto de la Fundación Europea (FE)], COM (2012) 35 final, v. 8.2.2012; y también, WEITEMEYER, *Der Kommissionsvorschlag zum Statut einer Europäischen Stiftung*, [Propuesta de la Comisión para el Estatuto de la Fundación Europea], NZG 2012, 1001 y ss.

var las fundaciones pequeñas y muy pequeñas. El proyecto actual de reforma prevé que en el Código Civil alemán se reduzcan, por primera vez y explícitamente, los requisitos para la fusión de varias fundaciones pequeñas o la unión de éstas en una fundación mayor y se unifiquen los trámites de los Estados Federados que actualmente resultan muy variados⁸⁸.

E) *Domicilio*

Según la nueva redacción del artículo 81, apartado 1.º, frase 3 del BGB del año 2002, la escritura de constitución debe contener unos estatutos con un contenido mínimo, como el nombre, el domicilio, el objeto, el patrimonio y la composición de la junta directiva de la fundación. El artículo 83, frase 3 del BGB, sin embargo, amplía esta norma al precisar que, si no se ha indicado un domicilio, se considerará como domicilio estatutario el lugar donde de hecho se administre la fundación. De forma subsidiaria, será determinante el último domicilio del fundador en Alemania, según lo establecido en el artículo 83, frase 4 del BGB.

Sin embargo, no existe en el BGB una norma interlocal para el Derecho de fundaciones, que queda reservada a los Estados Federados. Aquí surge la cuestión acerca de cómo deberá tratarse el fenómeno del *Forum Shopping*, es decir, la creación de una fundación en un Estado Federado y el posterior traslado de la administración de la fundación de hecho a otro Estado Federado⁸⁹. Especialmente relevante es la cuestión acerca de la vinculación legal del domicilio estatutario o de la administración de las fundaciones con actividades internacionales, una materia carente de regulación en la actualidad. Las tareas de las fundaciones tienden a internacionalizarse cada vez más. Cerca del 11 % de las fundaciones patrocinadoras alemanas realizan sus actividades en el extranjero⁹⁰, las fundaciones cooperan en proyectos transnacionales⁹¹ e invierten su patrimonio en todo el mundo por razones de diversi-

⁸⁸ SCHAUHOFF, *Was im Stiftungsrecht reformiert werden sollte*, [Lo que debería reformarse en el derecho de fundaciones], 2016, 1, 6; ausführlich SCHAUER, *Die Zusammenführung rechtsfähiger Stiftungen*, Diss. Hamburg, im Erscheinen. [Más info. en SCHAUER: *Unión de fundaciones con capacidad jurídica*], Hamburgo, en proceso de publicación.

⁸⁹ Respecto al derecho de colisión interlocal ver JAKOB, «Kollisionsrecht», en HÜTTMANN, RICHTER y WEITEMEYER, *Landesstiftungsrecht [Derecho de fundaciones de los Länder]*, 2011, Rn. 6.6 y ss.]

⁹⁰ «Vorstoß für die Europäische Stiftung», *Stiftungswelt* 01-2012, 44.[«Avance para la Fundación Europea»]

⁹¹ Ejemplos en Network of European Foundations en www.nef-europe.org, última visita el 10/05/2016.

ficación⁹². Los fundadores y los donantes provienen de distintos países, poseen inmuebles en el extranjero y promueven fundaciones más allá de las fronteras. Debido a que los marcos legales y tributarios de los Estados miembro obstaculizan la actividad fundacional internacional, la Comisión Europea inició, previo estudio científico, una consulta para un Reglamento Europeo para Fundaciones⁹³, basado en la propuesta efectuada por un estudio de viabilidad de un consorcio de investigación⁹⁴. El Parlamento Europeo también apoyó de forma mayoritaria la creación de una figura jurídica para sociedades mutuas, asociaciones y fundaciones⁹⁵. A través del Reglamento Europeo para Fundaciones se conseguirían mejoras, en especial para las fundaciones, en cuanto se establecería una figura jurídica europea única y supranacional exclusivamente para fines de utilidad pública⁹⁶. Según el artículo 49 y siguientes del reglamento de las FE, las FE, sus fundadores y sus beneficiarios podrán beneficiarse en todos los Estados miembro por igual de los mismos beneficios fiscales que las fundaciones nacionales y sus fundadores, donantes y beneficiarios locales. En especial, la igualdad tributaria de todas las fundaciones europeas se ha criticado debido al riesgo del «Tax Shopping»⁹⁷.

Tras el abandono de este proyecto debido a las críticas masivas de los Estados miembro, especialmente por el reconocimiento fiscal automático de la FE en otros Estados miembro, se constata el hecho que los problemas del Derecho Internacional Privado (DIPr) respecto al Derecho de fundaciones no se han resuelto de forma suficiente. Un DIPr de fundaciones no puede materializarse con la misma facilidad que el de las sociedades y asociaciones, debido a las exigencias de supervisión estatal de la fundación. Las competen-

⁹² Vgl. WEITEMEYER, «Entwicklungen im europäischen Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsrecht (unter Einbezug der European Foundation)», en JAKOB, *Perspektiven des Stiftungsrechts in der Schweiz und in Europa*, 2010, P. 73 ff. [Véase WEITEMEYER: «Evolución del derecho europeo de fundaciones y utilidad pública (según la European Foundation)» en JAKOB, *Perspektivas del derecho de fundaciones en Suiza y Europa*, 2010, p. 73].

⁹³ VON CAMPENHAUSEN, KRONKE y WERNER, *Stiftungen in Deutschland und Europa*, [Fundaciones en Alemania y Europa] 1998; HOPT y REUTER, *Stiftungsrecht in Europa* 2001; HOPT, WALZ, V. HIPPEL y THEN, *The European Foundation — A New Legal Approach*, 2006; Richter/Wächter, *Handbuch des internationalen Stiftungsrechts*, [Manual de Derecho internacional de fundaciones] 2007.

⁹⁴ Universität Heidelberg/CSI Heidelberg/MPI Hamburg, Feasibility Study on a European Foundation Statute, Final Report, 2009, S. 209.

⁹⁵ Written declaration on establishing European statutes for mutual societies, associations and foundations, WD 84/2010.

⁹⁶ Begründung zur FE-VO (Fn. 73), Ziffer 3.1. [Exposición de Motivos del Reglamento FE]

⁹⁷ WEITEMEYER, *Der Kommissionsvorschlag zum Statut einer Europäischen Stiftung* [La propuesta de la Comisión para el estatuto de una Fundación Europea], NZG 2012, 1001 ff.; *dies.*, *Fundatio Europaea — «Risk of abuse by tax shopping?»*, ERA Forum 2013, 277 ff.

cias de las autoridades de supervisión de la fundación terminan en las fronteras en cuanto no se celebren acuerdos internacionales especiales para la colaboración interestatal⁹⁸. En este sentido, *Uhl* comprobó a través de una encuesta en Suiza, que siguiendo la teoría de la constitución permite el traslado del domicilio fáctico de administración de la fundación al extranjero, que las autoridades suizas competentes efectivamente no ejercen control alguno sobre las fundaciones extranjeras⁹⁹. Ese problema no se trató directamente en la discusión de la reforma, pero sí debería tratarse en Alemania en relación con un DIPr para sociedades y asociaciones.

F) Órganos y gobernanza

Los estatutos deben regular la formación de la junta directiva, según el artículo 81, párrafo 1.º, frase 3, n.º 5 del BGB. Además, de la remisión del artículo 86 del BGB a la norma del Derecho asociativo del artículo 26 del BGB se deduce que la sociedad debe tener una junta directiva como órgano legal representativo. Los estatutos deben contener como mínimo el número de los miembros, así como el procedimiento para su nombramiento y destitución¹⁰⁰. Aparte, *pueden* preverse otros órganos asesores o de supervisión dentro de la fundación.

Con ello, la normativa acerca de la *Foundation Governance* dentro del derecho de fundaciones es muy escueta, tal y como ocurría antes de la reforma. Por ello, no sorprende que la discusión acerca del *Corporate Governance* en empresas de importancia sistémica también haya alcanzado a las fundaciones. En EE.UU. se investiga y discute la cuestión de la gobernan-

⁹⁸ Comp. JAKOB, «Stiftungsartige Erscheinungsformen im Ausland— Rechtsvergleichen-der Überblick» [«Figuras similares a las fundaciones en el extranjero — Una visión de derecho comparado»], in BEUTHIEN y GUMMERT, *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, Band 5 [Manual de Derecho Societario muniqués, tomo 5]: *Verein, Stiftung bürgerlichen Rechts*, 3. Aufl., 2009 § 119 [Asociación, fundación de derecho privado, 3 ed. 2009, art. 119], sowie ders., Internationales Stiftungsrecht [Derecho internacional de fundaciones], in VON CAMPENHAUSEN y RICHTER, *Stiftungsrechts-Handbuch* [Manual de Derecho de Fundaciones], 4. ed., 2013; para el reconocimiento de fundaciones extranjeras en Alemania (en especial también para «viabilidad» y «orden público») véase JAKOB y STUDEN, *Die liechtensteinische Stiftung in der aktuellen deutschen Zivilrechtsprechung*, [La fundación de Liechtenstein en la actual jurisprudencia alemana] por 2011, 4-10 sowie JAKOB y UHL, *Die liechtensteinische Familienstiftung im (Durch-) Blick ausländischer Rechtsprechung* [La fundación familiar de Liechtenstein con vistas a la jurisprudencia extranjera] IPRax 2012, 451-456.

⁹⁹ UHL, *Das Internationale Privatrecht der Stiftung und das Aufsichtsrecht*, Non Profit Law Yearbook 2012/2013, P. 189 ss. [El Derecho Internacional Privado de fundaciones y el derecho de custodia, Non-Profit Law Yearbook].

¹⁰⁰ BT-Drs. 14/8765, 11.

za de las organizaciones sin ánimo de lucro desde hace más de veinte años¹⁰¹. Un estudio de KPMG junto con la Asociación Federal de Fundaciones alemanas (*Bundesverband Deutscher Stiftungen*) comprobó que sólo unas pocas fundaciones preveían un órgano supervisor junto al órgano de administración¹⁰². Atendiendo a la variedad de configuraciones dentro de la práctica fundacional, se recomienda, junto al cumplimiento de las exigencias legales, la observancia de códigos de *Good Governance*, como son¹⁰³ los «Principios de buenas prácticas fundacionales» (*Grundsätze guter Stiftungspraxis*) de la Asociación alemana¹⁰⁴ o el Código de Fundaciones Suizo («Swiss Foundation Code»)¹⁰⁵. Cuáles de estas normas son coherentes resulta discutible¹⁰⁶. De forma general se acepta la incompatibilidad entre junta directiva y órgano de control, tal y como estaba previsto en el artículo 32, párrafo 2.º de la recomendación de la Comisión para el Estatuto de Fundación Europea¹⁰⁷, si bien así los denominados sistemas *One Board*

¹⁰¹ Comp. los trabajos estándar de Steven J. Ott/Lisa A. Dickie, *Understanding Nonprofit Organizations; Governance, Leadership, and Management*, 2.ª ed. 2012; David O. RENZ (ed.), *The Jossey-Bass handbook of nonprofit leadership and management*, 3.ª ed., 2010; John CARVER, *Boards That Make a Difference: A New Design for Leadership in Nonprofit and Public Organizations*, 3.ª ed., 2006, presentado por SCHÖNFELD, npoR 2013, *Die US-amerikanische Diskussion über Leitung und Kontrolle von Non-Profit-Organisationen. Vier Buchempfehlungen*, 203 ss. [El debate norteamericano sobre la dirección y el control de las organizaciones sin ánimo de lucro. Cuatro libros recomendados, p. 203 y ss.].

¹⁰² *Stiftungsstudie, Führung, Steuerung und Kontrolle in der Stiftungspraxis*, 2010, S. 14 [Estudio acerca de las fundaciones, gestión, dirección, y control en la práctica fundacional, 2010, página 14] (estudio disponible en http://www.stiftungen.org/uploads/tx_ttproducts/datasheet/20100617__BVDS_Studie_FuehrungSteuerungKontrolle_2010.pdf, visitado por última vez el 10.5.2016).

¹⁰³ Véase para ello GRÄWE, *Leitung und Kontrolle — Der Deutsche Corporate Governance Kodex und Non-Profit-Organisationen*, 2011; [Dirección y control — El Código de Corporate Governance alemán y las organizaciones sin ánimo de lucro, 2011] ders., *Zur Notwendigkeit und Ausgestaltung von Nonprofit Governance-Systemen*, ZStV 2013, 81 ff. [Necesidad y establecimiento de sistemas de gobernanza de las org. Sin ánimo de lucro].

¹⁰⁴ www.stiftungen.org, visitado por última vez el 10.5.2016.

¹⁰⁵ www.stiftungen.org, visitado por última vez el 17.5.2016.

¹⁰⁶ Para mayores detalles ARNOLD, *Auf dem Weg zu einer besseren Foundation Governance — Organstruktur, Vergütung, Destinatärsrechte*, Non Profit Law Yearbook 2012/2013 S. 63 ff. [En el camino hacia una mejor gobernanza de la estructura organizativa de las fundaciones, remuneración, derechos del destinatario, Non profit Law Yearbook 2012/2013, pp. 63 y ss.] sowie von Schönfeld, *Leitungs- und Kontrollstrukturen in gemeinnützigen Organisationen. Eine Untersuchung zur Effektivität im Dritten Sektor und deren Verbesserung durch einen Kodex*, Dissertation Hamburg, im Erscheinen. [«Estructuras de dirección y control en las organizaciones sin ánimo de lucro. Examen de su efectividad en el sector terciario y su mejora gracias a un Código. Disertación Hamburg», en fase de publicación.

¹⁰⁷ *Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Stiftung (FE)*, COM (2012) 35 final, v. 8.2.2012; siehe dazu Weitemeyer, *Der Kommissionsvorschlag zum*

quedarían obsoletos. Tampoco existe en Alemania la posibilidad de queja ante la autoridad de supervisión de las fundaciones, como existe por ejemplo en Suiza, por el que las personas facultadas podrían obtener la intervención de las autoridades¹⁰⁸.

Un temor extendido entre los miembros de las juntas directivas de las fundaciones se relaciona con su responsabilidad respecto a la toma de decisiones erróneas, debido, en especial, al continuo empeoramiento de la situación patrimonial. El Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof-BGH*) determinó la responsabilidad personal de los miembros de una junta directiva de una fundación eclesiástica por un importe considerable debido a una inversión inadecuada del patrimonio en acciones, que le había sido recomendada por un banco¹⁰⁹. De ahí que la propuesta de reforma de la Asociación Federal de Fundaciones alemanas prevea el establecimiento de normas más concretas relativas a la administración de patrimonio en el BGB, así como la incorporación de la *Business Judgment Rule* establecida en el artículo 93, párrafo 1.º, frase 2 de la Ley de Acciones alemana (*Aktiengesetz-AktG*), siempre y cuando no se considere que esta norma sea ya de aplicación *de lege lata*¹¹⁰. Según esta regla, la junta directiva no responderá cuando haya actuado bajo la observancia de los preceptos legales y estatutarios, habiendo decidido de forma razonable y sobre la base de informaciones adecuadas, en atención al bien de la fundación¹¹¹.

G) *Transparencia y rendición de cuentas en las fundaciones*

Tras la publicación de la Ley de Fundaciones de Sajonia-Anhalt en el año 2010, todos los Estados Federados alemanes revisaron sus normas legales relativas a las fundaciones, atendiendo a la exigencia del grupo de trabajo formado por el Estado Federal y los Länder para la creación de listados de fundaciones sobre la base de normas de los Estados Federados, si bien los

Statut einer Europäischen Stiftung, NZG 2012, 1001 ff. [*Propuesta de un Reglamento del Consejo sobre el Estatuto de la Fundación Europea (FE)*], COM (2012) 35 final, v. 8.2.2012; y también, WEITEMEYER, *Der Kommissionsvorschlag zum Statut einer Europäischen Stiftung*, [*La propuesta de la Comisión para el Estatuto de la Fundación Europea*], NZG 2012, 1001 y siguientes.

¹⁰⁸ So auch JAKOB, *Modernes Stiftungsrecht für Deutschland in Europa — was sollte geregelt werden?*, npoR 2016, 7, 11. [v. también: JAKOB, *Un Derecho de fundaciones moderno para Alemania y Europa — ¿qué debe regularse?*. Ed. 2016, 7, 11].

¹⁰⁹ BGH npoR 2015, 28.

¹¹⁰ GOLLAN, *Vorstandshaftung in der Stiftung*, 2008. [*Responsabilidad de la junta directiva en la fundación*].

¹¹¹ SCHAUHOF, *Was im Stiftungsrecht reformiert werden sollte*, npoR 2016, 1, 5. [*Lo que debería reformarse en el derecho de fundaciones*].

mismos carecen de los efectos de publicidad registral, hecho que hubiese sido deseable en aras de transparencia¹¹². Los Estados Federados probablemente temían los elevados costes que conllevaría la creación de un Registro de Fundaciones con efectos de publicidad registral¹¹³. Sin embargo, esta circunstancia provoca problemas prácticos. Así pues, la fundación es la única persona jurídica con capacidad de Derecho privado carente de registro público que contenga información fehaciente sobre las personas que ostentan los derechos de representación. En la práctica, este problema se resuelve parcialmente con certificados de representación emitidos por la autoridad competente en materia de fundaciones, si bien sus efectos jurídicos son limitados¹¹⁴. Con vistas a la estandarización y para conseguir una mayor transparencia se recomienda la creación de un Registro de Fundaciones regulado a nivel federal y administrado por los Estados Federados, debiendo crearse un nuevo artículo 80a en el BGB relativo a la inscripción en el registro con efectos de publicidad registral (art. 80b BGB) de conformidad con el artículo 29 de la Ley alemana de cooperativas (Genossenschaftsgesetz-GenG)¹¹⁵ (publicidad positiva y negativa) o al artículo 68 BGB (publicidad negativa) como se ha propuesto, sobre todo desde Hamburgo. Sin embargo, Hamburgo, así como otros Estados Federados, debería actuar como ejemplo y derogar sus propias normas por las que las fundaciones familiares de utilidad privada no se pueden inscribir en el registro propio del Estado Federado.

También en relación a la rendición de cuentas, las normas de los Estados Federados no son todavía homogéneas. Así, el periodo en el que se deben presentar las cuentas anuales varía. La mayoría de las normas legales permiten

¹¹² Consultar VOGT, *Publizität von Stiftungen de lege lata und de lege ferenda*, 2013. [Publicidad de fundaciones de lege data y de lege ferenda, 2013].

¹¹³ HÜTTEMANN, *Das Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts*, ZHR 167 (2003), 35, 38 [HÜTTEMANN: *Ley para la Modernización del Derecho de Fundaciones*, ZHR 167 (2003), 35,38].

¹¹⁴ RAWERT, «Vertretungsbescheinigungen und Auskunftserteilung» [«Certificados de representación e información»], en HÜTTMANN, RICHTER y WEITEMEYER, *Landesstiftungsrecht [Derecho de fundaciones de los Länder]*, 2011, Rn. 12.1 ff.; G. ROTH, *Vertretungsbescheinigungen für Stiftungsorgane und Verkehrsschutz*, Non Profit Law Yearbook 2009, S. 65 ff. [Certificaciones de representación para los órganos de la fundación y seguridad jurídica Non Profit Law Yearbook 2009, pp. 65 y ss.]

¹¹⁵ Según la propuesta de VOGT, *Publizität von Stiftungen de lege lata und de lege ferenda*, 2013. [Publicidad de fundaciones de lege data y de lege ferenda, 2013]; o como SCHAUHOFF, *Was im Stiftungsrecht reformiert werden sollte*, [Lo que debería reformarse en el derecho de fundaciones] npoR 2016, 1, 4; aA PAPSTHART, *Stiftungsrecht am Scheideweg: Festigung einer starken «Marke» oder Eröffnung eines Experimentierfeldes für Stifter?* [El derecho de fundaciones en la encrucijada: ¿establecimiento de una «marca fuerte» o apertura de un campo de experimentación para los fundadores? npoR 2016, 105, 108].

auditorías externas. Como remanente del cameralismo se critica el conocido como «modelo berlinés» (*Berliner Muster*), por el que, según el artículo 8, párrafo 1.º, n.º 2 de la Ley de Fundaciones berlinesa (*BerlStiftG*) las cuentas anuales deben cumplir los «requisitos de las administraciones» y no los principios generales de la contabilidad, como sería apropiado¹¹⁶ o, entre otros, el conocido como el «privilegio hamburgués del fundador» (*Hamburger Stifterprivileg*) en el artículo 4, párrafo 3.º de la Ley de fundaciones de Hamburgo (*HambStiftG*) por el que el fundador en vida puede prescindir de presentar cuentas anuales o informes de auditoría. La mayoría de las normas legales prevén de forma expresa que las administraciones podrán solicitar la auditoría de la situación patrimonial a través de un tercero externo o de un auditor a cargo de la fundación¹¹⁷.

En el debate actual acerca de la transparencia de las organizaciones sin ánimo de lucro tras el aumento de la amenaza terrorista después del 11 de septiembre¹¹⁸ y, todavía más después de algunos «pequeños escándalos»¹¹⁹, sobre todo en organizaciones recaudadoras de donativos, se ha cuestionado a que los controles externos realizados por las autoridades en materia de fundaciones —y por las delegaciones de Hacienda en fundaciones de utilidad pública— sean suficientes¹²⁰. De esa manera, iniciativas privadas como *Transparency International*, el sello para donativos del DZI o el Panel de Fundaciones activado el 25/9/2012 por el *Bundesverband Deutscher Stiftungen* muestran la imperante necesidad de mayor transparencia. En EE.UU. existe la plataforma *Guide-Star*¹²¹ que facilita el acceso libre y general a los datos fiscales de las organizaciones sin ánimo de lucro exentas de tributación, exceptuando

¹¹⁶ WEITEMEYER y FRANZIUS, «Die Entwicklung des Stiftungsrechts im Bund und in den Ländern», in HÜTTMANN, RICHTER y WEITEMEYER, *Landesstiftungsrecht*, 2011, R.n. 2.24. [WEITEMEYER y FRANZIUS: «La evolución del derecho de fundaciones a nivel federal y de los länder» en HÜTTMANN, RICHTER y WEITEMEYER: *Derecho de fundaciones de los estados federados*, 2011, ap. 2.24]

¹¹⁷ Para mayores detalles: ARNDT, *Rechnungslegung durch Stiftungen und deren Prüfung durch die Stiftungsaufsicht*, npoR 2010, 93 ff. [Rendición de cuentas por parte de las fundaciones y su examen por sus órganos de control].

¹¹⁸ Algo comparable con las actividades de la Financial Action Task Force (FATF) con su documento sobre mejores prácticas «Best Practice»: Combating the Abuse of Non-Profit-Organisations (Recommendation 8), <http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/bpp-combating-abuse-npo.html>, última visita el 10/5/2016.

¹¹⁹ KRIMMER y WEITEMEYER et al., *Transparenz im Dritten Sektor. Eine wissenschaftliche Bestandsaufnahme*, 2014, S. 2. [Transparencia en el sector terciario. Un inventario científico, 2014, p. 2].

¹²⁰ Más detalles KRIMMER y WEITEMEYER et al., *Transparenz im Dritten Sektor. Eine wissenschaftliche Bestandsaufnahme*, 2014. [Transparencia en el sector terciario. Un inventario científico, 2014, p. 2].

¹²¹ <http://www.guidestar.org> (visitado por última vez el 10/05/2016).

organizaciones religiosas y sin ánimo de lucro con ingresos inferiores a 25.000 dólares. En Gran Bretaña, las organizaciones benéficas con ingresos superiores a 25.000 libras son supervisadas por la Charity Commission¹²².

En el marco de un diálogo de expertos con la Canciller, llevado a cabo en los años 2011/2012, «Diálogo acerca del futuro de Alemania» (*Dialog über Deutschlands Zukunft*), recomendé que, para mejorar la transparencia, las organizaciones sin ánimo de lucro exentas de tributación deberían exponer sus cuentas públicamente en un modelo escalonado, pues los controles externos existentes para las fundaciones (y asociaciones) llevados a cabo por las administraciones tributarias son insuficientes¹²³, ya que la normativa referente a la utilidad pública es en sí abstracta y concede la utilidad pública a las organizaciones, incluso cuando estas no se ajustan a la misma de forma adecuada. Debido a la confidencialidad en materia tributaria, la opinión pública no es informada ni tan siquiera en caso de pérdida de la utilidad pública¹²⁴. Por ello, es necesario unificar la normativa acerca de la rendición de cuentas de las organizaciones sin ánimo de lucro y procurar la mejora de la transparencia a través de la obligación de publicación de las cuentas de las fundaciones de utilidad pública según categorías¹²⁵. Por ello, los intereses generales deben prevalecer sobre los del fundador y sobre los de las fundaciones. Además, las administraciones tributarias deberían introducir un registro de utilidad pública¹²⁶. A este respecto, el Tribunal Constitucional alemán (BVerG) no aceptó un recurso por lesión del derecho a la autodeterminación informativa según el artículo 2 apartado 1.º de la Ley Fundamental alemana (GG) debido a la publicidad obligatoria de las socie-

¹²² Véase. DAWES, en HOPT y VON HIPPEL, *Comparative Corporate Governance of Non-Profit-Organizations* [Comparación de la gobernanza corporativa de organizaciones sin ánimo de lucro], 2010, pp. 849 ss.

¹²³ A.A. ANHEIER, BELLER y HASS, *Accountability und Transparenz des Dritten Sektors in Deutschland: ein Paradox?* — *Accountability and transparency of the third sector in Germany: a paradox?* [Responsabilidad y transparencia del tercer sector: ¿una paradoja?], *Forschungsjournal Soziale Bewegungen* 2011, p. 96 y ss.

¹²⁴ Comparable con el caso de una organización de ayuda contra el cáncer cuyas donaciones se transferían principalmente a la empresa del Patronato en forma de honorarios, OLG Celle, npoR 2012, 202 ff.

¹²⁵ Para mayores detalles, HÜTTEMANN, *Transparenz und Rechnungslegung bei Stiftungen — Brauchen wir mehr Publizität und ein Bilanzrecht für Stiftungen?*, *Non Profit Law Yearbook* 2012/2013, S. 81 ff.; [Transparencia y rendición de cuentas en las fundaciones. ¿Necesitamos más publicidad y una normativa para los balances de las fundaciones? aA SCHAUHOFF, *Was im Stiftungsrecht reformiert werden sollte*, npoR 2016, 1, 6 f [Lo que debería reformarse en el derecho de fundaciones].

¹²⁶ También JAKOB, *Modernes Stiftungsrecht für Deutschland in Europa — was sollte geregelt werden?*, npoR 2016, 7, 9. [v. también: JAKOB, *Un Derecho de fundaciones moderno para Alemania y Europa — ¿qué debe regularse?*, ed. 2016, 7, 9].

dades de capital según el artículo 315 del Código Mercantil alemán (HGB)¹²⁷.

3. Conclusiones

Por la elevada densidad normativa relativa a la regulación de las fundaciones en el BGB puede deducirse que la mayor necesidad de reforma se centra en el Derecho federal. En efecto, problemas relativos a los derechos de modificación del fundador vivo, la simplificación de uniones y fusiones de fundaciones, la mejora de la gobernanza y el establecimiento de criterios para la rendición de cuentas y transparencia, así como la internacionalización de las fundaciones seguirán ocupando también en el siglo XXI el Derecho de fundaciones. El desarrollo legal del Derecho de fundaciones, a pesar de la promulgación de la última y más moderna ley de fundaciones en el Estado Federado de Sajonia-Anhalt en 2010, no ha concluido aún. Precisamente en el ámbito del Derecho de fundaciones, es precisa una reflexión profunda sobre las reformas, pues la fundación, una vez creada, tiene vocación perpetua, y no se verá, por lo tanto, afectada por las correcciones de reformas precipitadas. Las propuestas de reforma deben guiarse, tal y como se ha expuesto, por la autonomía del fundador, que tiene preferencia sobre los intereses de la propia fundación, de sus órganos, contribuyentes al patrimonio de la misma, destinatarios, donantes o voluntarios.

II. Derecho tributario de fundaciones

Junto al Derecho civil de fundaciones, los privilegios fiscales son de gran importancia para las organizaciones sin ánimo de lucro y, sobre todo, para las fundaciones en Alemania. Al contrario de lo ocurrido con la legislación tributaria en EE.UU., absolutamente crítica respecto a las fundaciones¹²⁸, el legislador alemán ha mejorado constantemente las condiciones tributarias para fundaciones desde el año 2000.

¹²⁷ BVerfG, Beschl. v. 10.9.2009, 1 BvR 1636/09, Juris.

¹²⁸ Vgl. BRAKMAN REISER, *Foundation Law in the United States*, en Jung, Tomo del congreso 35. Tagung der Deutschen Gesellschaft für Rechtsvergleichung, 2016, im Erscheinen. [Congreso de la Sociedad alemana de Derecho Comparado, 2016, en fase de publicación].

1. *Ley para la Ampliación del Incentivo Fiscal de Fundaciones del 14/07/2000*

La Ley para la Ampliación del Incentivo Fiscal de Fundaciones (Gesetz zur weiteren steuerlichen Förderung von Stiftungen) del 14/07/2000¹²⁹ retomó algunos beneficios fiscales específicos propuestos por el grupo parlamentario federal *Bündnis 90/Die Grünen* en el año 1997¹³⁰ en la proposición para la ley alemana para la Promoción de las Fundaciones. En efecto, se trata de introducir una eventual reducción adicional dentro de los impuestos de la renta de las personas físicas y de sociedades para la dotación de una fundación por un importe de hasta 40.000 marcos alemanes (DM), posteriormente 20.450 €, para donaciones a fundaciones (art. 10b, párr. 1.º, frase 3 de la Ley alemana del Impuesto sobre la Renta-derogada) así como una desgravación especial por gastos extraordinarios hasta un máximo de 600.000 DM en un período de 10 años (después, 307.000 €) por la creación o cocreación de una fundación (art. 10b, párr. 1a, frase 2 EStG-derogado).

La formación del patrimonio de las fundaciones se vio fortalecida gracias a que en virtud del artículo 55, párrafo 1.º, n.º 5 de la Ley Tributaria alemana (*Abgabenordnung-AO*) se pasó a poder aportar un tercio, en vez de un cuarto, de los ingresos sobrantes que superasen los costes de administración del patrimonio (art. 55, párr. 1.º, n.º 5 de AO, actualmente artículo 62, párr. 1, n.º 3 de la AO) para dotar una reserva voluntaria. Además, las fundaciones y otras sociedades de utilidad pública pueden atesorar hasta el 10 % de sus restantes ingresos a emplear a corto plazo, es decir, todos sus ingresos con excepción de los destinados al aumento del patrimonio de la fundación. También quedó incorporada la propuesta por la que se consigue una mayor reserva de capital por medio de lo establecido en el artículo 58, n.º 12 de la AO derogado (actualmente, art. 62, párr. 4.º de la AO), según el cual las fundaciones pueden imputar todos los excedentes de la administración del patrimonio y las ganancias de actividades económicas, total o parcialmente, a su patrimonio durante el año de su creación y los dos siguientes (en la actualidad tres). También se estableció legalmente para las fundaciones la posibilidad de capitalizar los legados obtenidos por fallecimiento, expresamente definidos como *Zustiftungen*, donaciones para el aumento del patrimonio, así como donaciones materiales que por su naturaleza pertenecen al patrimonio (en la actualidad, art. 62, párr. 3 de la AO).

¹²⁹ BGBl [Boletín Oficial del Estado Federal] I, 1034.

¹³⁰ StiftFördG, BT-Drucks. 13/9320 v. 1.12.1997.

2. Ley para la Promoción adicional del compromiso ciudadano del 10/10/2007

Algunos de los beneficios fiscales para fundaciones introducidos en 2000 han vuelto a desaparecer. Con la Ley para la Promoción adicional del compromiso ciudadano del 10/10/2007 (*Gesetz zur weiteren Stärkung des bürgerchaftlichen Engagements*)¹³¹ se elevó de forma homogénea el importe máximo de desgravación de gastos extraordinarios hasta el 20 % del importe total de los ingresos. El importe especial a desgravar por donaciones a fundaciones es igual a este importe (art. 10, párr. 1.º, frase 1 EStG). Hasta ahora, la imputación de grandes donaciones a fundaciones se realizaba a lo largo de seis años. En lugar de ello, se ha introducido para las fundaciones, pero también para las sociedades sin ánimo de lucro, la posibilidad de trasladar las donaciones a cuenta nueva (art. 10b, párr. 1.º, frase 2 de la EStG). Por otro lado, permanece la desgravación por gastos extraordinarios adicionales por donaciones al patrimonio de una fundación de utilidad pública, que, a su vez, se ha aumentado a 1 millón de euros para fundaciones, así como para donaciones destinadas al aumento del patrimonio de la fundación dentro de un período de 10 años (art. 10b, párr. 1a de la EStG). Para matrimonios, el importe se eleva a 2 millones de euros. Con ello se mantienen todavía beneficios fiscales considerables para las fundaciones de utilidad pública frente a otras sociedades sin ánimo de lucro. Las ventajas fiscales exclusivas para las fundaciones se justifican en que la fundación es una sociedad sin miembros, que depende en mayor medida de los ingresos para generar patrimonio que las asociaciones o las sociedades¹³².

3. Reforma de la normativa referente a la utilidad pública a través de la Ley alemana de promoción del voluntariado de 2013

También la ley alemana de promoción del voluntariado del 21/03/2013 (*Gesetz zur Stärkung des Ehrenamts*)¹³³ ha hecho concesiones (justificadas desde luego) a las necesidades del Tercer Sector y concedido facilidades, sobre

¹³¹ BGBl [Boletín Oficial del Estado Federal] 2007 I, 2332.

¹³² CREZELIUS y RAWERT, *Das Gesetz zur weiteren steuerlichen Förderung von Stiftungen — Anmerkungen zum ersten Schritt einer Reform des Stiftungsrechts*, ZEV 2000, 421, 425; [*Ley para la ampliación del incentivo fiscal de fundaciones. Observaciones respecto al primer paso en la reforma del derecho de fundaciones*] HÜTTEMANN *Verfassungsrechtliche Grenzen der rechtsformbezogenen Privilegierung von Stiftungen im Spenden— und Gemeinnützigkeitsrecht*, Non Profit Law Yearbook 2001, S. 145, 158. [*Límites constitucionales de los beneficios fiscales de fundaciones en la normativa referente a las donaciones y la utilidad pública*, Non Profit Law Yearbook 2001, p. 145, 158].

¹³³ BGBl [Boletín Oficial del Estado Federal] I 2013, 556.

todo respecto al procedimiento y la creación de reservas. Así, a través de la modificación del artículo 55, párrafo 1.º, n.º 5, frase 3 de la AO se mejoró la posibilidad de administrar grandes donaciones tras catástrofes, permitiendo que los recursos que deban emplearse a corto plazo no tengan que utilizarse, como hasta ahora, en el año natural siguiente a su recepción, sino que puedan usarse hasta en el segundo año natural siguiente. Con ello, el plazo alcanza un máximo de tres años naturales, aunque, de hecho, la decisión sobre el empleo de los fondos en las organizaciones sin ánimo de lucro se tiene que realizar en un plazo más corto, ya que las cuentas anuales deben presentarse unos pocos meses después del cierre del ejercicio del ingreso. La norma no solo beneficia a las organizaciones recaudadoras de donativos, sino también a las fundaciones, con vista a los fondos que se deben utilizar a corto plazo provenientes de beneficios resultantes de la administración del patrimonio.

Lo mismo rige para la flexibilización de la formación de reservas voluntarias según el artículo 58, número 7, letra a de la AO, a partir de ahora artículo 62, párrafo 1.º, n.º 3 de la AO: «Una sociedad podrá efectuar la creación de reservas a partir de ingresos sobrantes de los gastos de la administración del patrimonio hasta el final del cuarto año posterior al de la obtención del excedente»¹³⁴.

La prohibición de *Endowment*, que ya no es acorde con los tiempos actuales y que prohibía, entre otros, la creación de cátedras patrocinadas con una reserva de capital propia a través de otras fundaciones, se suavizó con la introducción del artículo 58, n.º 3 de la AO, según el que una sociedad puede asignar sus excedentes resultantes de la administración del patrimonio, sus ganancias de actividades comerciales económicas, así como hasta el 15 % de los demás fondos a emplear a corto plazo de conformidad con el artículo 55, párrafo 1.º, n.º 5 para la formación del patrimonio de otra sociedad con beneficios fiscales o una sociedad de Derecho público. Aquí también se ha implementado una exigencia solicitada desde hace mucho tiempo¹³⁵ y que actualmente se emplea con frecuencia para la creación de cátedras patrocinadas mencionadas durante la comparecencia ante el Comité Financiero¹³⁶.

¹³⁴ Véase la demanda de HÜTTEMANN y WEITEMEYER, *Flexibilisierung der Rücklagenbildung bei gemeinnützigen Stiftungen*, npoR 2009, 107 ff. [*Flexibilización de la formación de reservas de las fundaciones de utilidad pública*].

¹³⁵ Véase Expertenbericht über Deutschlands Zukunft, Vorschlag 9, S. 52. [Informe de expertos acerca del futuro de Alemania, propuesta 9, página 52]

¹³⁶ Véase <https://www.stifterverband.org/stiftungsprofessuren> (última visita 10.5.2016).

4. *Problemas fiscales pendientes, especialmente respecto a las fundaciones con actividad internacional*

En la actualidad, se reclaman otras modificaciones que no son específicas de las fundaciones, sino que también afectan a las asociaciones y las sociedades limitadas de utilidad pública¹³⁷. Especial relevancia tiene la problemática que surge de la actividad transfronteriza de fundaciones (y de otras organizaciones)¹³⁸.

A) *Referente estructural nacional según el artículo 51, párrafo 2 de la AO*

Una primera restricción para las actividades internacionales constituye el denominado «referente estructural nacional» del artículo 51, párrafo 2.º de la AO. La normativa introducida por la Ley alemana Tributaria Anual de 2009 tuvo como objetivo limitar la apertura internacional del Derecho alemán de utilidad pública exigida por la jurisprudencia del TJUE¹³⁹. Para ello se exigirá de forma general como requisito para las sociedades de utilidad pública que persigan su finalidad en el extranjero, que la actividad de las organizaciones alemanas en el extranjero o la promoción de organizaciones extranjeras por sujetos pasivos alemanes «pueda aportar una contribución para la reputación de la República Federal Alemana en el extranjero» o que favorezca a personas naturales que tengan su domicilio o su residencia habitual en territorio nacional. En otras palabras, las corporaciones que desarrollen su objeto en el extranjero y no favorezcan con ello a personas que tengan su domicilio habitual en Alemania¹⁴⁰, entre otros, estarán excluidas en principio de los beneficios fiscales alemanes del derecho de utilidad pública, salvo que su actividad se considere favorable para la reputación de la República Federal Alemana.

La relevancia práctica de esa norma todavía no ha quedado patente. Por un lado, se debe a que el control judicial de la norma sea más que cuestionable, pues ¿cómo se puede medir si una medida de ayuda constituye una

¹³⁷ Para más detalles WEITEMEYER y KLENE, *Notwendige Weiterentwicklung des Gemeinnützigkeitsrechts*, DStR 2016, 937 ff. [*Desarrollos necesarios del derecho de utilidad pública*].

¹³⁸ Para más detalles WEITEMEYER y BORNEMANN, *Problemstellungen gemeinnütziger Tätigkeit mit Auslandsbezug*, FR 2016, 437 ff. [*Problemática respecto a la realización de la actividad de utilidad pública con carácter internacional*, FR 2016, 437 y ss.].

¹³⁹ TJCE v. 14/09/2006 — Rs. C-386/04 — Stauffer, FR 2007, 242 = Slg. 2006, I-8203; y TJCE v. 27/01/2009 — Rs. C-318/07 — Persche, FR 2009, 230 = Slg. 2009, I-359, esp. Rz. 43 f.

¹⁴⁰ Véase aquí un caso actual de una universidad inglesa, en la que, entre otros, se estudia alemán, Tribunal en materia tributaria de Berlín-Brandemburgo v. 24/07/2014 — 4 K 12276/11, EFG 2014, 2168, Rz. 10, 35 (Revisión ante del Tribunal Supremo en materia tributaria bajo el n.º de expediente I R 54/14).

contribución «a la reputación de la República Federal Alemana en el extranjero»?¹⁴¹. Igualmente, es dudoso que la norma superase el control jurídico europeo, ya que la exigencia del apoyo a personas residentes en Alemania limita el concepto de «generalidad» del artículo 51, párrafo 1.º, frase 1 de la AO de manera indebida, puesto que dicha limitación interna entraría en conflicto con las libertades fundamentales europeas¹⁴². Sin embargo, la sentencia del TJUE en el caso *Missionswerk Werner Heukelbach* parece pronunciarse en otro sentido, ya que el Tribunal considera lícita una norma cuyo objetivo es «beneficiar fiscalmente sólo a organizaciones cuyas actividades favorezcan el interés general belga en general». La normativa cuestionada en dicho procedimiento fue clasificada como contraria al Derecho europeo porque establecía la existencia de un vínculo estrecho con el interés general belga sólo por el domicilio de la organización¹⁴³. El posicionamiento defini-

¹⁴¹ En lugar de muchos GESERICH, *Die Abzugsfähigkeit von Spenden in andere EU-Staaten*, DStR 2009, 1173, 1177: «erhebliche Auslegungsunschärfen und damit für die praktische Rechtsanwendung völlig ungeeignet»; [La deducibilidad de donaciones en otros países europeos DStR 2009, 1173, 1177: muy difícil de interpretar y, por ello, totalmente inadecuado para su empleo en la práctica legal, HELIOS, *Abzugsfähigkeit von Direktspenden an gemeinnützige Einrichtungen im EU-Ausland und struktureller Inlandsbezug?*, Non Profit Law Yearbook 2008, S. 89, 94: «erhebliche Probleme für die rechtspraktische Anwendung»; ¿Deducibilidad de las donaciones directas a instituciones sin ánimo de lucro en la UE y la vinculación estructural interna? Non Profit Law Yearbook 2008, pp. 89, 94: «importantes problemas para su aplicación en la práctica legal» WEITEMEYER, «Entwicklungen im europäischen Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsrecht (unter Einbezug der European Foundation)», en JAKOB, *Perspektiven des Stiftungsrechts in der Schweiz und Europa*, 2010, 83 «Evolución del derecho europeo de fundaciones y utilidad pública (según la European Foundation)» en JAKOB, *Perspectivas del derecho de fundaciones en Suiza y Europa*, 2010, p. 83]: «no justiciable», m.w.N.; zustimmend jetzt FG Köln v. 20.1.2016 — 9 K 3177/14, Rz. 28 (Recurso ante el BFH con el número de expediente X R 5/16).

¹⁴² HELIOS, *Abzugsfähigkeit von Direktspenden an gemeinnützige Einrichtungen im EU-Ausland und struktureller Inlandsbezug?*, Non Profit Law Yearbook 2008, S. 89, 96; ¿Deducibilidad de las donaciones directas a instituciones sin ánimo de lucro en la UE y la vinculación interna estructural? Non Profit Law Yearbook 2008, pp. 89, 94: «importantes problemas para su aplicación en la práctica legal» HEINTZEN, *Steuerliche Anreize für gemeinwohlorientiertes Engagement Privater*, FR 2008, 737, 740 [Estímulos fiscales para particulares implicados en la beneficencia, FR 2008, 737, 740]; WEITEMEYER, *Neue Tendenzen im europäischen Stiftungsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Gemeinnützigkeitsrechts*, in: Schurr, *Der Generationenwechsel in der Stiftungslandschaft*, Bd. 4 des *Liechtensteinischen Stiftungstages*, 2011, S. 78 f. [Nuevas tendencias del derecho de utilidad pública, en Schurr, *El relevo generacional en el ámbito de las fundaciones*; A JACHMANN, *Die Entscheidung des EuGH im Fall Stauffer — Nationale Gemeinnützigkeit in Europa*, BB 2006, 2607, 2610 f. [La sentencia del TJCE en el caso Stauffer. Utilidad pública nacional en Europa BB 2006, 2607, 2610 f.; NEUMANN, *Steuerliche Verbesserungen für das bürgerschaftliche Engagement und die Folgen aus der Stauffer-Entscheidung des EuGH für den Spendenabzug*, FR 2008, 745, 751 [Mejoras fiscales para el compromiso ciudadano y las consecuencias de la sentencia Stauffer del TJCE para la deducibilidad de las donaciones FR 2008, 745, 751].

¹⁴³ TJCE v. 10.2.2011 — Rs. C-25/10, Slg. 2011, I-497, Rz. 35 f.

tivo por parte TJUE respecto a esa cuestión todavía está pendiente, ya que en el procedimiento «Comisión/Austria» el TJUE subrayó que los beneficios no pueden quedar reservados de forma universal a las organizaciones nacionales aunque, por otro lado, evitó de forma consciente un posicionamiento definitivo al respecto de si «la promoción de la formación a nivel nacional» pudiera ser, no obstante, en principio un punto de contacto legítimo para los beneficios fiscales¹⁴⁴.

Pero además, ocurre que en la práctica administrativa, de acuerdo con la intención del legislador¹⁴⁵ y de forma beneficiosa para las sociedades residentes de Alemania que tienen actividades en el extranjero, rige una presunción no verificable por parte de la administración de que su actividad es conveniente para la reputación de Alemania¹⁴⁶. Este punto se puede interpretar bien como una discriminación contraria a la legislación europea o, por el contrario, como un indicio de una interpretación conforme a la legislación europea aplicable de manera favorable a las sociedades residentes en la UE, de manera que, en cualquier caso, en el contexto europeo el referente estructural nacional no pueda presentar una limitación¹⁴⁷. De esta forma, el Tribunal en materia tributaria de Colonia (FG Köln) en una sentencia reciente favorable a una parroquia rumana con forma de persona jurídica ha interpretado la norma de en el sentido que la mejora de la reputación no pueda negarse, salvo que sea evidente¹⁴⁸.

B) Reconocimiento de fundaciones extranjeras para la deducción de donaciones

A través de los fallos en los casos «Stauffer»¹⁴⁹ del año 2006 y «Persche»¹⁵⁰, el TJUE ha obligado a los Estados miembro a tratar las organizaciones sin ánimo de lucro residentes en la UE del mismo modo que las sociedades

¹⁴⁴ TJCE v. 16.6.2011 — Rs. C-10/10 — Comisión/Austria, Slg. 2011, I-5389, en especial Rz. 38.

¹⁴⁵ Bericht des Finanzausschusses zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/11108, 46. [Informe de la Comisión de Hacienda a la Propuesta del Ley del Gobierno Federal BT-Drucks. 16/11108, 46].

¹⁴⁶ AEO Nr. 7 zu § 51 Abs. 2; Administración tributaria de Baviera v. 14.9.2012, IStR 2012, 817, Tz. 1.1.

¹⁴⁷ BORNEMANN, *Kein Grenzenloser Spendenabzug in Europa, juris Magazin* 2015, 342,348 [Ninguna deducción de donaciones sin fronteras en Europa *juris Magazin* 2015, 342,348]; FÖRSTER, *Immer Ärger mit den Nachweisen — Verfahrensprobleme bei grenzüberschreitenden Spenden*, DStR 2013, 1516, 1517. [Dificultades con las comprobaciones. Problemas procedimentales con las donaciones internacionales DStR 2013, 1516, 1517]

¹⁴⁸ FG KÖLN v. 20/01/2016 — 9 K 3177/14, Rz. 30 ff. (Recurso ante el BFH bajo el n.º de expediente X R 5/16).

¹⁴⁹ TJCE v. 14/09/2006 — Rs. C-386/04, FR 2007, 242 = Slg. 2006, I-8203.

¹⁵⁰ TJCE v. 16/06/2011 — Rs. C-318/07, FR 2009, 230 = Slg. 2009, I-359, esp. Rz. 43 f.

nacionales desde el punto de vista del Derecho de utilidad pública, ya que una exclusión de la concesión de medidas de ayuda directa o indirecta podría plantear una infracción contra la libre circulación de capitales (actualmente art. 64 del TFUE)¹⁵¹. A su vez, el TJUE subraya en este contexto que los Estados miembro pueden establecer, dentro del marco de su soberanía fiscal si, o qué propósitos, son susceptibles de obtener beneficios fiscales («Host Country Control Approach»)¹⁵².

En el derecho tributario alemán se han establecido dichos requisitos a través del artículo 5, párrafo 2.º, n.º 2 de la Ley alemana del Impuesto de Sociedades (KStG) de tal forma que también las organizaciones residentes fuera de la UE o del EEE sujetas a tributación limitada en Alemania según el artículo 5, párrafo 1.º, n.º 9 de la KStG, están exentas del impuesto de sociedades alemán cuando cumplan con los requisitos del artículo 51 y siguientes de la AO. Igualmente, el artículo 10 párrafo 2.º, n.º 3 de la EStG concede la posibilidad de beneficiarse del derecho de desgravación de las donaciones también a las organizaciones extranjeras que *no* son obligados a tributar en Alemania, bajo la condición que la sociedad sea residente en un Estado miembro de la UE o del EEE y que estaría exenta del pago del impuesto de sociedades alemán si obtuviese ingresos nacionales¹⁵³. Para las sociedades extranjeras se aplican, por lo tanto, beneficios fiscales en Alemania en función del cumplimiento de los requisitos de utilidad pública, es decir, el artículo 51 y siguientes de la AO. La condición de utilidad pública adquirida según el derecho del Estado nacional de la sociedad no tiene relevancia en este sentido¹⁵⁴. A este respecto se cuestiona en qué medida debe ajustarse

¹⁵¹ En principio la libre circulación de capitales se aplica también en relación a países terceros. Sin embargo, la apertura del derecho de utilidad pública alemán para sociedades internacionales se limita solamente a aquellas con sede en la UE o en el EEE. Esta limitación debería ser legítima, al menos en lo que se refiere a la mayoría de los países terceros, ver aquí H/H/R/KULOSA, Stand: 12/2015, § 10b EStG Rz. 47.

¹⁵² TJCE v. 14.9.2006 — Rs. C-386/04, FR 2007, 242 = Slg. 2006, I-8203, Rz. 39, 48; v. 27.1.2009 — Rs. C-318/07, FR 2009, 230 = Slg. 2009, I-359, Rz. 54 f.; JOCHUM, *Die Besteuerung gemeinnütziger Einrichtungen in Europa — zwischen host country control approach und Europäischer Stiftung*, npoR 2012, 177, 179. [La tributación de las instituciones sin ánimo de lucro en Europa. Entre el control del país de origen y la Fundación Europea npoR 2012, 177, 179]

¹⁵³ Según el artículo 10, párrafo 1, frases 3 a 5 de la EStG es indispensable que los estados de residencia presten ayuda administrativa a Alemania. Respecto a los Estados de la UE es, en todo caso, así según la Directiva 77/799/CEE y respecto a los Estados del EEE que no pertenecen a la UE, la norma contiene un campo de aplicación no meramente declaratorio. Ver H/H/R/Kulosa, Stand: 12/2015, § 10b EStG Rz. 55.

¹⁵⁴ H/H/R/Kulosa, Stand: 12/2015, § 10b EStG Rz. 54; como Klein/Gersch, 12. ed. 2014, artículo 60 de la AO Rz. 2 m.w.N.

la organización extranjera al derecho material de utilidad pública alemán, y qué pruebas deben aportar el fundador o los donantes.

En el caso de sociedades extranjeras, no se podría exigir que sus estatutos estén formulados según el modelo de estatutos en lengua alemana; se considerará suficiente que las estipulaciones de los mismos sean comparables con las de su modelo nacional correspondiente¹⁵⁵.

El problema de mayor relevancia en relación con los requisitos de los estatutos es el principio de vinculación del patrimonio del artículo 55, párrafo 1, n.º 4 de la AO, ya que dicho principio no se reconoce en algunos otros sistemas jurídicos europeos y, por lo tanto, con frecuencia no se tiene en cuenta por las entidades de dichos países a la hora de redactar sus estatutos¹⁵⁶. A la vista de lo expuesto, el BFH ha enfatizado que el principio de eficacia prohíbe dificultar de manera desproporcionada o hacer totalmente imposible el ejercicio de derechos una vez reconocidos. Sin embargo, el legislador alemán ha establecido dentro de su soberanía fiscal que únicamente tendrán beneficios fiscales las entidades que cumplan con el principio de vinculación del patrimonio, de modo que la entidad extranjera carente de este requisito en ningún momento se sometería al ámbito de aplicación del Derecho alemán de utilidad pública y, por ello, no obtendría derecho alguno cuyo ejercicio pudiera haberse dificultado o imposibilitado¹⁵⁷. Por ello, según la legislación vigente, el principio de vinculación del patrimonio es un elemento necesario de los estatutos para tener en cuenta en relación con el Derecho de utilidad pública, incluso para las entidades extranjeras.

Sólo para las fundaciones creadas antes del 19/12/2006 podría surgir una excepción a partir del artículo 97, apartado 1.º de la Ley de Acompañamiento de la Ley Tributaria alemana (EGAO) en relación con el artículo 62 de

¹⁵⁵ FG Münster v. 8.3.2012 — 2 K 2608/09 E, EFG 2012, 1539 (firme); *Schauhoff/Kirchhain*, Steuer- und zivilrechtliche Neuerungen für gemeinnützige Körperschaften und deren Förderer, FR 2013, 301,305 [Novedades fiscales y de derecho civil para las entidades de utilidad pública y sus promotores FR 2013, 301,305]; FÖRSTER, *Immer Ärger mit den Nachweisen — Verfahrensprobleme bei grenzüberschreitenden Spenden*, DStR 2013, 1516,1518. [Dificultades con las comprobaciones. Problemas procedimentales con las donaciones internacionales DStR 2013, 1516, 1518]; como WEITEMEYER, *Die Zukunft der Stiftungen in Europa*, [el futuro de las fundaciones en Europa] FS Werner (2009), p. 291 f. Respecto a ese trato más abierto se posiciona la exigencia del TJCE que indica que la documentación extranjera no debería tratarse de forma demasiado «formalista», es decir, prestando demasiada atención a la normativa nacional, TJCE v. 30.6.2011 — Rs. C-262/09 — Meilicke II, Slg. 2011, I-5669, Rz. 46; y BFH v. 21.1.2015 — X R 7/13, FR 2015, 713.

¹⁵⁶ Com. BORNEMANN, *Kein grenzenloser Spendenabzug in Europa*, *juris Magazin* 2015, 342,345. [Ninguna deducción de donaciones sin fronteras en Europa, *juris Magazin* 2015, 342,345];

¹⁵⁷ BFH v. 17/09/2013 — I R 16/12, BStBl. II 2014, 440, Rz. 19.

la AO derogada. Este establecía que las fundaciones supervisadas por el Estado no tenían la obligación de establecer la vinculación del patrimonio en los estatutos. Sin embargo, el legislador derogó la excepción de esa norma ya que «a través de la inclusión en la exención del impuesto de sociedades de todas las entidades de utilidad pública que tributan de forma limitada en Alemania residentes en la UE o en el EEE no se podrán realizar en el futuro controles administrativos de supervisión ni de otro tipo»¹⁵⁸. Sin embargo, según el art. 97, apartado 1f, párrafo 1.º, frase 1 de la EGAO, las fundaciones supervisadas por el Estado y creadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley alemana Tributaria Anual de 2007 podrían seguir acogándose a la exención del artículo 62 de la AO derogado¹⁵⁹. El Tribunal en materia tributaria de Berlín-Brandemburgo decidió el 24/07/2014 que en el ámbito de aplicación de estas normativas transitorias se podría prescindir también de la redacción estatutaria de la vinculación del patrimonio cuando la fundación se encontrase bajo la supervisión de un Estado extranjero, en concreto de la Charity Commission inglesa. Este caso todavía está pendiente de casación¹⁶⁰.

En relación con el procedimiento tributario, el Tribunal Supremo alemán en materia tributaria (BFH) decidió que, por principio, no se puede exigir a las entidades extranjeras que se atengan a los requisitos formales del formulario administrativo prescrito según el artículo 50, párrafos 1.º y 4.º del EStDV¹⁶¹. Este fallo fue congruente con el Derecho vigente introducido a través de la nueva redacción del artículo 50, párrafo 1.º, frase 2 del EStDV, que exime del requisito formal del formulario administrativo a las entidades de países miembros de la UE/EEE, derecho ya aplicable para los procedimientos iniciados a partir del año 2013, de manera que la resolución del BFH condujo a un trato homogéneo de casos nuevos y antiguos. Sin embargo, el BFH exige en cuanto al contenido, que de las certificaciones de donaciones extranjeras se deduzca de manera inequívoca en todo caso la recepción de la donación y el uso exclusivo a favor de finalidades beneficiadas fiscalmente¹⁶².

Pueden aparecer otros obstáculos en relación a la necesidad de uso a corto plazo de los fondos y al principio de altruismo. De esta manera, según el artículo 55, párrafo 1.º, n.º5 de la AO, los recursos dinerarios deben emplearse, como máximo, en el transcurso de tres años naturales a contar desde

¹⁵⁸ BT-Drucks. 16/11108, 46.

¹⁵⁹ Para las entidades nombradas en el artículo 62 de la AO derogado se aplica la exención siempre y cuando fueran creadas antes del 01/01/2009.

¹⁶⁰ FG Berlin-Brandenburg v. 24.7.2014 — 4 K 12276/11, EFG 2014, 2168, Rz. 45 f. (Recurso ante BFH con el n.º de expediente I R 54/14).

¹⁶¹ BFH v. 21.1.2015 — X R 7/13, FR 2015, 713 m. Anm. FISCHER, Rz. 47.

¹⁶² BFH v. 21/01/2015 — X R 7/13, FR 2015, 713 m. Anm. FISCHER, Rz. 48.

su recepción para finalidades acordes con los estatutos. Excepciones a esta previsión sólo existen dentro de los límites del artículo 62 de la AO, es decir, las reservas voluntarias únicamente pueden dotarse con el límite del 10 % de los recursos que de otra manera deberían emplearse a corto plazo (art. 62, párr. 1.º, n.º 3, frase 1 de la AO). La situación es diferente, por ejemplo, según el derecho de utilidad pública español. En España tiene que repartirse el 70 % de los ingresos, mientras que el resto puede aplicarse a reservas voluntarias¹⁶³.

En relación a ello, según el artículo 58, n.º 1, mitad de línea 2.ª de la AO, también se podrán aportar recursos de organizaciones nacionales a una entidad que no sea obligada a tributar en Alemania. No existe una limitación geopolítica, lo que significa que el reenvío de recursos no está limitado a los países de la UE/EEE, sino que puede realizarse de forma internacional. Tampoco surge limitación alguna a través del referente estructural nacional del artículo 51, párrafo 2.º de la AO según la propia administración, ya que la donación de recursos de entidades nacionales, por principio, se considera una contribución a la mejora de la reputación de la República Federal Alemana¹⁶⁴. Los requisitos determinantes para ello son, por lo tanto, que la organización beneficiaria sea «sociedad, asociación de personas o una masa patrimonial en el sentido de la KStG» (cabe también que sea una figura jurídica equiparable)¹⁶⁵, que se pruebe el empleo de los recursos en el sentido de los estatutos de la sociedad de promoción¹⁶⁶ y que la ejecución del proyecto concreto promovido por la entidad beneficiaria se corresponda con los requisitos del artículo 52 y siguientes de la AO¹⁶⁷. Con ello, la regla del artículo 58 n.º 1 de la AO es, por partida doble, más abierta que el derecho a la desgravación de donaciones en virtud del artículo 10b, párrafo 1.º, frase 2, n.º 2 de la EStG. Por un lado, no existe limitación alguna para los países miembros de la UE/EEE y, por otro lado, la entidad beneficiaria debe de cumplir únicamente los requisitos relativos al proyecto, no todos los requisitos del artículo 52 y si-

¹⁶³ Artículo 3 párrafo. 2 de la Ley 49/2002, véase TABOADA, «Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht in Spanien», [«Derecho de utilidad pública y donaciones en España»] en WALZ, VON AUER y VON HIPPEL, *Spenden- und Gemeinnützigkeitsrecht in Europa*, 2007, 491 [Normativa respecto a los donativos y la utilidad pública en Europa, 2007, 491] Respecto al derecho de utilidad pública español, en todo caso, HECKMANN, *Der einheitliche Jahresabschluss gemeinnütziger Organisationen*, Diss. Bucerius Law School, Hamburg, im Erscheinen. [Las Cuentas Anuales únicas de las organizaciones sin ánimo de lucro, Diss. Bucerius Law School, Hamburg, en publicación].

¹⁶⁴ BUCHNA, LEICHINGER, SEEGER y BROX, *Gemeinnützigkeit im Steuerrecht*, 11. ed. 2015, p. 201. [Utilidad pública en el derecho tributario].

¹⁶⁵ Verf. d. OFD Frankfurt v. 5/9/2013 — S 0170 A — 50 — St 53, IStR 2014, 80.

¹⁶⁶ AEAO Nr. 1 frase 6 respecto al artículo 58 de la AO.

¹⁶⁷ BUCHNA, LEICHINGER, SEEGER y BROX, *Gemeinnützigkeit im Steuerrecht*, 11. ed. 2015, p. 201. [Utilidad pública en el derecho tributario].

guintes de la AO, que son más estrictos. Por esa razón, la mayor parte de la actividad de promoción internacional de Alemania se realiza a través de «organizaciones recaudadoras de fondos», las organizaciones benéficas de mayor importancia¹⁶⁸ y otras organizaciones intermediarias, como *Transnational Giving*¹⁶⁹, que ofrecen el traslado de las donaciones como servicio.

De otra manera distinta a lo indicado en el artículo 58, n.º1 AO, el ámbito de aplicación del artículo 52, n.º2 de la AO, según su tenor literal, queda limitado a las personas físicas y jurídicas de Derecho público con beneficios fiscales. Con ello sólo entran en consideración para una transmisión de fondos entidades nacionales, así como organizaciones de países de la UE/EEE, que, por razón de sus ingresos en Alemania son obligados a tributar de forma limitada en este país¹⁷⁰. Esta diferenciación debe clasificarse como claramente contraria al Derecho comunitario a la vista de las resoluciones del TJCE en los casos «Stauffer» y «Persche», y sorprende que ni el legislador ni la administración tributaria alemanes hayan planteado en los últimos años una adaptación al derecho comunitario vigente¹⁷¹.

Un planteamiento para conseguir mayor seguridad jurídica en vistas a la deducibilidad de donaciones en el extranjero sería que los Estados miembro de la UE/EEE se declarasen dispuestos al reconocimiento recíproco de sus organizaciones sin ánimo de lucro¹⁷², lo que, por otro lado es políticamente

¹⁶⁸ Hüttemann, *Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht*, 3. Ed. 2015, S. 239 [Derecho de utilidad pública y donaciones]; más cercano HÜTTEMANN y HELIOS, *Abzugsfähigkeit von Direktspenden an gemeinnützige Einrichtungen im EU-Ausland*, IStR 2008, 39 [Deducibilidad de las donaciones directas a instituciones sin ánimo de lucro en la UE]; así como HÜTTEMANN y HELIOS, *Zum grenzüberschreitenden Spendenabzug in Europa nach dem EuGH-Urteil vom 27.1.2009*, DB 2009, 701. [Respecto a las donaciones transfronterizas en Europa tras la sentencia del TJCE del 27/01/2009 DB 2009, 701].

¹⁶⁹ www.transnationalgiving.eu.

¹⁷⁰ Comp. AEAO Nr. 2 zu § 58 AO, hierzu BUCHNA, LEICHINGER, SEEGER y BROX, *Gemeinnützigkeit im Steuerrecht*, 11. ed. 2015, p. 205. [Utilidad pública en el derecho tributario].

¹⁷¹ Igualmente KIRCHHAIN, *Vom Fördern und Gefordertsein — Auslegungsfragen zur Mittelweitergabe gemeinnütziger Förderkörperschaften*, DStR 2013, 2141, 2145. [De la promoción y de ser promocionado. Cuestiones interpretativas respecto a las entidades de promoción mediadoras de fondos para la utilidad pública DStR 2013, 2141, 2145].

¹⁷² DROEGE, *Die Zukunft des europäischen Stiftungssteuerrechts*, FS Hufen (2015), pp. 445, 455 [El futuro del derecho tributario europeo respecto a las fundaciones]; HÜTTEMANN, *Rechtsfragen des grenzüberschreitenden Spendenabzugs — Anmerkungen zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung steuerlicher Vorgaben sowie zur Änderung steuerlicher Vorschriften*, IStR 2010, 118,124 [Cuestiones legales de la deducibilidad de las donaciones internacionales. Observaciones respecto al borrador del Gobierno para una Ley para el Establecimiento de Ventajas Fiscales así como la Modificación de la Normativa Tributaria IStR 2010, 118,124]; SCHAHOFF, *Für ein europäisches Gemeinnützigkeits- und Stiftungsrecht als Basis für eine europäische Zivilgesellschaft*, npoR 2013, 128 [Para un derecho europeo de utilidad pública y fundaciones como base para una sociedad civil europea npoR

controvertido, tal y como ha demostrado el debate acerca de la introducción de una Fundación Europea (FE)¹⁷³. Sin embargo, muchos estudios muestran que los requisitos legales para la utilidad pública en los Estados miembro de la UE no difieren tanto entre ellos¹⁷⁴. Igualmente puede plantearse si, al menos, se pudiesen reconocer de forma recíproca determinadas instituciones del Derecho público, como universidades de países de la UE, ya que, como demuestra la práctica, incluso en estos casos, es difícil que la promoción prospere más allá de las fronteras europeas. Así, ya se encuentra reconocida respecto de la deducibilidad de donaciones como gastos extraordinarios, según el artículo 10, párrafo 1.º, frase 2, n.º 1 de la EStG, la regla de que las personas jurídicas de Derecho público o los servicios públicos dentro de la UE o del EEE están autorizados a recibir donaciones sin que en este caso sea de relevancia una comparación con el derecho público o de utilidad pública nacional.

III. Conclusiones

El Derecho de fundaciones en Alemania se encuentra, tras un largo período de intangibilidad fundacional, en un debate reformador casi permanente desde el año 2000. Con 21.301 fundaciones registradas a finales del año 2015 Alemania tiene una proporción de 26 fundaciones por cada 100.000 habitantes, que se corresponde con las cifras de EE.UU. (86.192 *private foundations* y cerca de 321 millones de habitantes), pero con una proporción menor que la de Suiza que en el año 2014 disponía de 13.046 fundaciones sin ánimo de lucro y, con ello, 16 fundaciones por cada 10.000 habitantes. Alemania, como consecuencia de su fuerza económica y su protección legal de las fundaciones, se clasifica en la segunda categoría de lugares para establecer una fundación. Ahora se trata de procurar en el futuro un crecimiento sostenible y marcos legales coherentes en materia civil y tributaria para los fundadores y las fundaciones, no sólo en Alemania, sino también a nivel internacional, para que las fundaciones puedan seguir llevando a cabo su importante labor a favor de la sociedad.

2013, 128]; ya crítico, JACHMANN y MEIER-BEHRINGER, *Gemeinnützigkeit in Europa: Steuer-und europarechtliche Rahmenbedingungen*, BB 2006, 1823, 1830.[Utilidad pública en Europa: Marcos legales tributarios y europeos, BB 2006, 1823, 1830].

¹⁷³ Véase. WEITEMEYER, *Fundatio Europaea — Risk of abuse by tax shopping?*, ERA Forum 2013, 277 ff.; WEITEMEYER, *Der Kommissionsvorschlag zum Statut einer Europäischen Stiftung*, NZG 2012, 1001. [La propuesta de la Comisión para el estatuto de una Fundación Europea].

¹⁷⁴ WALZ, VON AUER y VON HIPPEL, *Spenden-und Gemeinnützigkeitsrecht in Europa*, 2007 [Normativa respecto a los donativos y la utilidad pública en Europa, 2007]; RICHTER y WACHTER, *Handbuch des internationalen Stiftungsrechts*, [Manual de Derecho internacional de fundaciones] 2007.

Bibliografía

- ACHLEITNER, Ann-Kristin, BLOCK, Jörg, STRACHWITZ, Rupert Graf y HOSSEINI, Florian, *Stiftungsunternehmen, en fase de publicación.*
- ACHLEITNER, Ann-Kristin, SPIESS-KNAFL, Wolfgang, HEINECKE, Andreas, SCHÖNING, Mirjam y NOBLE, Abigail, *The Social Investment Manual. An Introduction for Social Entrepreneurs*, 2011.
- ADAM, Thomas, *Stiften im 19. Und 20. Jahrhundert in der deutschen und amerikanischen Gesellschaft*, Non Profit Law Yearbook 2014/2015, p. 1.
- ANHEIER, Helmut K., BELLER, Annelie y HASS, Rabea, *Accountability und Transparenz des Dritten Sektors in Deutschland: ein Paradox? — Accountability and transparency of the third sector in Germany: a paradox?*, Forschungsjournal Soziale Bewegungen 2011, p. 96.
- ARNDT, Marcus, *Rechnungslegung durch Stiftungen und deren Prüfung durch die Stiftungsaufsicht*, npoR 2010, 93.
- ARNOLD, Arnd, *Auf dem Weg zu einer besseren Foundation Governance — Organstruktur, Vergütung, Destinatärsrechte*, Non Profit Law Yearbook 2012/2013, p. 63.
- BORNEMANN, Elias, *Kein grenzenloser Spendenabzug in Europa*, juris Magazin 2015, 342.
- BRAKMANREISER, Dana, *Foundation Law in the United States*, in: *Jung, Volumen del 35.º congreso de la Sociedad alemana para Derecho comparado (Deutsche Gesellschaft für Rechtsvergleichung)*, 2016, en fase de publicación.
- BRUNS, Patrick, *Fiduziarische Stiftung als Rechtsperson*, JZ 2009, 840.
- BUCHNA, Johannes, LEICHINGER, Carina, SEEGER, Andreas y BROX, Wilhelm, *Gemeinnützigkeit im Steuerrecht*, 11.ª ed. 2015.
- Bundesverband Deutscher Stiftungen, *Stiftungsposition 03-2015*, Reformvorschläge zur Verbesserung des Stiftungsrechts.
- BURGARD, Ulrich, *Der Aufsichtsrat bei Verein und Stiftung*, GS Walz (2008), p. 71.
- CAMPENHAUSEN, Axel Frhr. von, KRONKE, Herbert y WERNER, Olaf, *Stiftungen in Deutschland und Europa*, 1998.
- CARVER, John, *Boards That Make a Difference: A New Design for Leadership in Nonprofit and Public Organizations*, 3.ª ed. 2006.
- CREZELIUS, Georg y RAWERT, Peter, *Das Gesetz zur weiteren steuerlichen Förderung von Stiftungen — Anmerkungen zum ersten Schritt einer Reform des Stiftungsrechts*, ZEV 2000, 421.
- DAWES, Greyham, *Charity Commission regulation of the charity sector in England and Wales: the key role of charity audit regulation in: HOPT, VON HIPPEL, Comparative Corporate Governance of Non-Profit-Organizations*, 2010, p. 849.
- DROEGE, Michael, *Die Zukunft des europäischen Stiftungssteuerrechts*, FS Hufen (2015), p. 445.

- DUTTA, Anatol, *Warum Erbrecht? Das Vermögensrecht des Generationenwechsels in funktionaler Betrachtungsweise*, 2014.
- ELICKER, Michael, *Zum Streit über die Verselbständigung der fiduziarischen Stiftung* — Teil 1, ZStV 2012, 135.
- ERMAN, BGB, *Kommentar*, 13.^a ed. 2011.
Expertenbericht über Deutschlands Zukunft.
- FÖRSTER, Jutta, *Immer Ärger mit den Nachweisen — Verfahrensprobleme bei grenzüberschreitenden Spenden*, DSStR 2013, 1516.
- FRITSCHKE, Stefan, *Die Stiftungssatzung im Spannungsfeld zwischen Stifterfreiheit, Stiftungsautonomie und staatlicher Stiftungsaufsicht*, ZSt 2009, 21.
- GESERICH, Stephan, *Die Abzugsfähigkeit von Spenden in andere EU-Staaten*, DSStR 2009, 1173.
- GOLLAN, Anna Katharina, *Vorstandshaftung in der Stiftung*, 2008.
- GRÄWE, Daniel, *Leitung und Kontrolle — Der Deutsche Corporate Governance Kodex und Non-Profit-Organisationen*, 2011.
— *Zur Notwendigkeit und Ausgestaltung von Nonprofit Governance-Systemen*, ZStV 2013, 81.
- HAPP, Annette, *Stifterwille und Zweckänderung*, 2007.
- HECKMANN, Jonas, *Der einheitliche Jahresabschluss gemeinnütziger Organisationen*, Diss. Bucerius Law School, Hamburg, en fase de publicación.
- HEINTZEN, Markus, *Steuerliche Anreize für gemeinwohlorientiertes Engagement Privater*, FR 2008, 737.
- HELIOS, Marcus, *Abzugsfähigkeit von Direktspenden an gemeinnützige Einrichtungen im EU-Ausland und struktureller Inlandsbezug?*, Non Profit Law Yearbook 2008, p. 89.
- HIPPEL, Thomas von, *Grundprobleme von Nonprofit-Organisationen*, 2007.
— *Sonstige Satzungsänderungen*, in: HÜTTEMANN, RICHTER y WEITEMEYER, *Landestiftungsrecht*, 2011.
- HOPT, Klaus J. y REUTER, Dieter, *Stiftungsrecht in Europa* 2001.
- HOPT, Klaus J. y WALZ, Rainer W., V. HIPPEL, Thomas y THEN, Volker, *The European Foundation — A New Legal Approach*, 2006.
- HÜBSCHMANN, Walter, HEPP, Ernst y SPITALER, Armin, *AO, Kommentar Stand*, 12/2015.
- HUSHAHN, Johannes, *Unternehmensverbundene Stiftungen im deutschen und schwedischen Recht*, 2009.
- HÜTTEMANN, Rainer, *Das Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts*, ZHR 167, 2003, 35.
— *Der Grundsatz der Vermögenserhaltung im Stiftungsrecht*, FG Flume, 1998, p. 59.
— *Der neue Anwendungsverlass zum Abschnitt «Steuerbegünstigte Zwecke»*, DB 2012, 250.
— *Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht*, 3.^a ed., 2015.

- *Rechtsfragen des grenzüberschreitenden Spendenabzugs — Anmerkungen zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung steuerlicher Vorgaben sowie zur Änderung steuerlicher Vorschriften*, IStR 2010, 118.
- *Transparenz und Rechnungslegung bei Stiftungen — Brauchen wir mehr Publizität und ein Bilanzrecht für Stiftungen?*, Non Profit Law Yearbook 2012/2013, p. 81.
- *Verfassungsrechtliche Grenzen der rechtsformbezogenen Privilegierung von Stiftungen im Spenden- und Gemeinnützigkeitsrecht*, Non Profit Law Yearbook 2001, p. 145.
- HÜTTEMANN, Rainer y HELIOS, Marcus, *Abzugsfähigkeit von Direktspenden an gemeinnützige Einrichtungen im EU-Ausland*, IStR 2008, 39.
- *Zum grenzüberschreitenden Spendenabzug in Europa nach dem EuGH-Urteil vom 27.1.2009*, DB 2009, 701.
- HÜTTEMANN, Rainer y WEITEMEYER, Birgit, *Flexibilisierung der Rücklagenbildung bei gemeinnützigen Stiftungen*, npoR 2009, 107.
- JACHMANN, Monika, *Die Entscheidung des EuGH im Fall Stauffer — Nationale Gemeinnützigkeit in Europa*, BB 2006, 2607
- JACHMANN, Monika y MEIER-BEHRINGER, Annette, *Gemeinnützigkeit in Europa: Steuer- und europarechtliche Rahmenbedingungen*, BB 2006, 1823
- JAKOB, Dominique «Stiftungsartige Erscheinungsformen im Ausland — Rechtsvergleichender Überblick», in: BEUTHIEN y GUMMERT, *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, Band 5: Verein, Stiftung bürgerlichen Rechts, 3.^a ed. 2009.
- *Die liechtensteinische Stiftung*, 2009.
- «Freiheit durch Governance — Die Zukunft des Stiftungsrecht aus rechtsvergleichender Perspektive», in: BUMKE y RÖTHEL, *Autonomie im Recht*, en fase de publicación.
- *Internationales Stiftungsrecht*, in: VON CAMPENHAUSEN y RICHTER, *Stiftungsrechts-Handbuch*, 4.^a ed. 2013.
- «Kollisionsrecht», in: HÜTTMANN, RICHTER y WEITEMEYER, *Landesstiftungsrecht*, 2011.
- *Modernes Stiftungsrecht für Deutschland in Europa — was sollte geregelt werden?*, npoR 2016, 7.
- JAKOB, Dominique y STUDEN, Goran, *Die liechtensteinische Stiftung in der aktuellen deutschen Zivilrechtsprechung*, npoR 2011, 4.
- JAKOB, Dominique y UHL, Matthias, *Die liechtensteinische Familienstiftung im (Durch-)Blick ausländischer Rechtsprechung*, IPRax 2012, 451.
- JOCHUM, Heike, *Die Besteuerung gemeinnütziger Einrichtungen in Europa — zwischen host countrycontrolapproach und Europäischer Stiftung*, npoR 2012, 177.
- KIRCHHAIN, Christian, *Vom Fördern und Gefördertsein — Auslegungsfragen zur Mittelweitergabe gemeinnütziger Förderkörperschaften*, DStR 2013, 2141.
- KLEIN, Franz, *AO, Kommentar*, 12.^a ed. 2014.

- KOWARK, Katrin, *Vorstoß für die Europäische Stiftung*, *StiftungsWelt* 01–2012, 44.
- KRIMMER, Holger, WEITEMEYER, Birgit, KLEINPETER, Saskia, VOGT, Benedikt y SCHÖNFELD, Friedrich von, *Transparenz im Dritten Sektor. Eine wissenschaftliche Bestandsaufnahme*, 2014.
- KRONKE, Herbert, *Stiftungstypus und Unternehmensträgerstiftung*, 1988.
- MUGDAN, Benno, *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, vol. I, 1899.
- MüKoBGB, vol. 1, 6.^a ed. 2011.
- MüKoBGB, vol. 1, 7.^a ed. 2015.
- MUSCHELER, Karlheinz, *Die Verbrauchsstiftung*, FS Werner (2009), p. 129.
- NEUMANN, Steffen, *Steuerliche Verbesserungen für das bürgerschaftliche Engagement und die Folgen aus der Stauffer-Entscheidung des EuGH für den Spendenabzug*, FR 2008, 745.
- OTT, Steven J. y DICKIE, Lisa A., *Understanding Nonprofit Organizations; Governance, Leadership, and Management*, 2.^a ed. 2012.
- PAPSTHART, Stefan, *Stiftungsrecht am Scheideweg: Festigung einer starken «Marke» oder Eröffnung eines Experimentierfeldes für Stifter?*, npoR 2016, 105.
- RAWERT, Peter, «Der Stiftungsbegriff und seine Merkmale — Stiftungszweck, Stiftungsvermögen, Stiftungsorganisation», in: HOPT y REUTER, *Stiftungsrecht in Europa*, 2001, p. 109.
- *Öffnung der Stiftung für körperschaftliche Strukturen? — Der noch lebende Stifter und die Verfassung „seiner« Stiftung*, Non Profit Law Yearbook 2012/2013, p. 51.
- «Stifterwille und Privatautonomie», in: JAKOB y VON ORELLI, *Der Stifterwille*, 2014, p. 103.
- «Vertretungsbescheinigungen und Auskunftserteilung», in: HÜTTMANN, RICHTER y WEITEMEYER, *Landesstiftungsrecht*, 2011.
- RENZ, David O., *The Jossey-Bass handbook of nonprofit leadership and management*, 3.^a ed. 2010.
- REUTER, Dieter y ANATOL Dutta, *Rezensionsabhandlung zu «Warum Erbrecht? Das Vermögenrecht des Generationenwechsels in funktionaler Betrachtung»*, Non Profit Law Yearbook 2015/2016, en fase de publicación.
- REUTER, Dieter, *Der Vorbehalt des Stiftungsgeschäfts*, NZG 2004, 939.
- *Gesellschaftsrecht oder Unternehmensverfassungsrecht?*, FS Merle (2010), p. 309.
- *Neue Impulse für das gemeinwohlorientierte Stiftungswesen? Zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Stiftungsrechts*, Non Profit Law Yearbook 2001, p. 27.
- *Stiftungsform, Stiftungsstruktur und Stiftungszweck*, AcP 207 (2007), 1.
- RICHTER, Andreas y WACHTER, Thomas, *Handbuch des internationalen Stiftungsrechts*, 2007.
- ROTH, Gregor, *Vertretungsbescheinigungen für Stiftungsorgane und Verkehrsschutz*, Non Profit Law Yearbook 2009, p. 65.

- RÖTHEL, Anne, *Informe A para el 68.º Congreso de juristas alemanes*, 2010, A 16.
- SCHAUER, Dirk, *Die Zusammenführung rechtsfähiger Stiftungen*, Diss. Hamburg, en fase de publicación.
- SCHAUHOFF, Stephan, *Für ein europäisches Gemeinnützigkeits- und Stiftungsrecht als Basis für eine europäische Zivilgesellschaft*, npoR 2013, 128.
- *Was im Stiftungsrecht reformiert werden sollte*, npoR 2016, 1.
- SCHAUHOFF, Stephan y KIRCHHAIN, Christian, *Steuer- und zivilrechtliche Neuerungen für gemeinnützige Körperschaften und deren Förderer*, FR 2013, 301.
- SCHLÜTER, Andreas, *Stiftungsrecht zwischen Privatautonomie und Gemeinwohlbindung*, 2004.
- SCHÖNFELD, Friedrich von, *Die US-amerikanische Diskussion über Leitung und Kontrolle von Non-Profit-Organisationen. Vier Buchempfehlungen*, npoR 2013, 203.
- *Leistungs- und Kontrollstrukturen in gemeinnützigen Organisationen. Eine Untersuchung zur Effektivität im Dritten Sektor und deren Verbesserung durch einen Kodex*, Dissertation Hamburg, en fase de publicación.
- STAUDINGER, BGB, *Buch XIII*, Texto refundido 2011.
- STOLTE, Stefan, *Reform des Stiftungsrechts*, BB 2015, 2694.
- TABOADA, Carlos Paloa, «Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht in Spanien», in: WALZ, VON AUER y VON HIPPEL, *Spenden- und Gemeinnützigkeitsrecht in Europa*, 2007, 491.
- TIMMER, Karsten, *Stiften in Deutschland*, 2005.
- UHL, Matthias, *Das Internationale Privatrecht der Stiftung und das Aufsichtsrecht*, Non Profit Law Yearbook 2012/2013, p. 189.
- *Materiellrechtliche Klarheit und prozessuale Unstimmigkeit — Das Urteil des VG Karlsruhe zur Gewerbeanmeldung einer unselbständigen Stiftung*, ZStV 2011, 224.
- Universität Heidelberg/CSI Heidelberg/MPI Hamburg, «Feasibility Study on a European Foundation Statute», *Final Report*, 2009.
- Deliberaciones del 44.º Congreso de juristas alemanes*, vol. I 1962, parte 5.ª (informe Ballerstedt y Salzwedel).
- Deliberaciones del 44.º Congreso de juristas alemanes*, vol. II 1964, G 3, 24 ss. (ponencia Mestmäcker).
- VOGT, Benedikt, *Publizität von Stiftungen de lege lata und de lege ferenda*, 2013.
- WALZ, Rainer W., AUER, Ludwig von y HIPPEL, Thomas von, *Spenden- und Gemeinnützigkeitsrecht in Europa*, 2007.
- WEITEMEYER, Birgit, *Der Kommissionsvorschlag zum Statut einer Europäischen Stiftung*, NZG 2012, 1001.
- *Die Bürgerstiftung — Rechtsform und Reformbedarf?*, GS Eckert (2008), p. 967.
- *Die Reform des Bundesrechts und die nachfolgenden Reformen in den Ländern. Erreichtes und Agenda für die Zukunft*, Non Profit Law Yearbook 2012/2013, p. 17.

- *Die Zukunft der Stiftungen in Europa*, FS Werner 2009, S. 291.
- «Entwicklungen im europäischen Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsrecht (unter Einbezug der European Foundation)», in: JAKOB, *Perspektiven des Stiftungsrechts in der Schweiz und in Europa*, 2010, p. 73.
- *Fundatio Europaea — Risk of abuse by tax shopping?*, ERA Forum 2013, 277.
- «Neue Tendenzen im europäischen Stiftungsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Gemeinnützigkeitsrechts», in: SCHURR, *Der Generationenwechsel in der Stiftungslandschaft*, vol. 4 del Congreso de Liechtenstein sobre fundaciones, 2011, p. 78.
- «Von der Stifterfreiheit zur Stiftungsautonomie — Weiterentwicklung oder Sackgasse?», in: BUMKE y RÖTHEL, *Autonomie im Recht*, en fase de publicación.
- WEITEMEYER, Birgit y BORNEMANN, Elias, *Problemstellungen gemeinnütziger Tätigkeit mit Auslandsbezug*, FR 2016, 437.
- WEITEMEYER, Birgit y FRANZIUS, Christine, «Die Entwicklung des Stiftungsrechts im Bund und in den Ländern», in: HÜTTEMANN, RICHTER y WEITEMEYER, *Landesstiftungsrecht*, 2011.
- WEITEMEYER, Birgit y KLENE, Victor, *Notwendige Weiterentwicklung des Gemeinnützigkeitsrechts*, DStR 2016, 937.
- WIESNER, Jens, *Korporative Strukturen bei der Stiftung Bürgerlichen Rechts*, 2012.
- WÖRRLEIN, Lena Maria, *Ein Standard für wirkungsorientierte Berichterstattung — der Social Reporting Standard*, npoR 2015, 14.
- Zivilgesellschaft in Zahlen, ZIVIZ-Survey, Instrumente und Erste Ergebnisse, 2012.

La fundación en el Derecho holandés

W. J. M. van Veen¹

Doctor en Derecho
Catedrático Derecho de Sociedades y Personas Jurídicas
Universidad Libre de Ámsterdam

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS FORMAS DE LA «FUNDACIÓN» EN PERSPECTIVA HISTÓRICA: 1. *El concepto de patrimonio afecto a un fin*. 2. *La fundación-persona jurídica*.—III. LA FUNDACIÓN «NO AUTÓNOMA» (SIN PERSONALIDAD JURÍDICA) EN EL DERECHO HOLANDÉS.—IV. EL DESARROLLO DE LA FUNDACIÓN-PERSONA JURÍDICA EN EL DERECHO HOLANDÉS: 1. *El derecho consuetudinario: desde la Edad Media hasta la Ley de Fundaciones de 1956*. 2. *La Ley de Fundaciones de 1956*: A) Introducción. B) Requisitos formales para la constitución de fundaciones y prohibición de socios. C) Sin requisito de separación patrimonial en el momento de la constitución. D) Sin aprobación gubernamental o control. E) Sin limitación de objetivos benéficos, altruistas o de utilidad pública.—V. LA FUNDACIÓN EN EL DERECHO ACTUAL: 1. *El alcance de la normativa*. 2. *Características legales*. 3. *Constitución y registro*. 4. *Estatutos y modificación de estatutos*. 5. *Consejo de la fundación y control interno*. 6. *Control externo*: A) Disolución de la fundación. B) Obligación de facilitar información. C) Suspensión o cese de administradores. D) Anulación de decisiones. E) Corrección de cuentas anuales. F) Derecho de investigación. 7. *Transformación, y fusión y división jurídicas*. A) Transformación de y a fundación. B) Fusión y división jurídicas. 8. *Disolución y saldo positivo*.—VI. FORMAS DE LA FUNDACIÓN: 1. *Instituciones de utilidad pública e interés social*. 2. *Instituciones subvencionadas: colegios, universidades, hospitales, etc.* 3. *Fundaciones estatales*. 4. *Fundaciones de pensiones*. 5. *Fundaciones familiares*. 6. *Fundaciones comerciales*. 7. *Fundación gestor administrativo-separación de derechos financieros y derechos de toma de decisiones*.—VII. CONCLUSIÓN.

I. Introducción

Este trabajo se centra en el régimen legal de la fundación y las distintas formas que puede adquirir la fundación en el contexto holandés. Llama la atención el gran número de fundaciones existentes en Holanda², fundaciones que tienen muy diversas finalidades. Esto se debe, en parte a que en Holan-

¹ Vinculado al Centro de Derecho de Asociaciones y Fundaciones de la Universidad Libre, Asesor Especial de Derecho Corporativo Baker&McKenzie Ámsterdam.

² Actualmente, a 1 de junio de 2016, hay más de 213.000 fundaciones de acuerdo con la información de la Cámara de Comercio.

da, las fundaciones pueden tener finalidades que no sean consideradas de utilidad pública³. No obstante, hay una gran cantidad de fundaciones con finalidades de utilidad pública por habitante⁴. La razón por la que la fundación ha podido adquirir un lugar tan prominente en el contexto jurídico holandés es una cuestión interesante. Para responderla, es acertado tener cierto conocimiento sobre el desarrollo histórico de la fundación y el Derecho de fundaciones. Por ello, en este trabajo prestaremos atención a este desarrollo antes de tratar el Derecho vigente.

La historia de las fundaciones como las conocemos hoy en día, conoce muchas facetas y vías secundarias y es difícil describirla en pocas páginas. El lector interesado puede profundizar más en esta fascinante materia mediante las referencias incluidas en las notas a pie de página. En esta exposición revisaremos las fases más importantes del desarrollo hasta la fundación actual. El resultado es una exposición sobre el Derecho actual de fundaciones, según lo establecido en el Libro 2 del Código Civil holandés («CC») y un esbozo de las áreas de aplicación a la fundación.

II. Las formas de la «fundación» en perspectiva histórica

1 *El concepto de patrimonio afecto a un fin*

Generalmente, las figuras jurídicas contemporáneas, se pueden relacionar con otras precursoras del Derecho romano. En cuanto a la fundación, el tema es más complicado. Esto está relacionado con el hecho de que el Derecho romano no conocía el concepto de personalidad jurídica. El Derecho romano sí conocía figuras (excepto la personalidad jurídica) con ciertas caracte-

³ En algo menos de la mitad de los países europeos, las fundaciones solo se pueden constituir para finalidades de utilidad pública o interés general. Ver W. J. M. VAN VEEN, *Stiftungsaufsichtsrecht in Europa* (Derecho de Control de Fundaciones en Europa), en RICHTER y WACHTER, *Handbuch des internationalen Stiftungsrechts* (Manual de derecho internacional de fundaciones) ZerbVerlag 2007, p. 290. En este aspecto, se debe tener cuenta que el concepto «utilidad pública» en Derecho comparado conoce diversos significados e interpretaciones. Ver WJ. M. VAN VEEN, *Public benefit from a comparative perspective* (Utilidad pública desde una perspectiva comparativa), en BATER, HONDIUS y KESSLER Lieber, *The tax treatment of NGO's* (El tratamiento fiscal de ONGs), Kluwer Law International 2004, p. 239 y ss.

⁴ Para obtener un resumen, ver *Feasibility Study on a European Foundation Statute* (Estudio de viabilidad de un estatuto de fundación europeo) p. 19. Aquí no se indica la cantidad de instituciones de utilidad pública (ANBI, por sus siglas en holandés) holandesas, posiblemente porque en el momento de redactar el informe no se había instaurado la obligación de registros de este tipo de instituciones. El número de ANBI registradas asciende aproximadamente a 60.000 y se puede suponer que más de la mitad de las mismas son fundaciones. El Informe de viabilidad se puede ver en el sitio web de la Comisión Europea.

rísticas comunes a la fundación y que, en este sentido, se pueden considerar precursoras de la misma. Una característica común de estas figuras y la fundación es que el patrimonio se gestiona y destina de forma permanente a un objetivo establecido por el «fundador».

Esta descripción engloba tanto la fundación-persona jurídica actual como el patrimonio de destino sin personalidad jurídica. Las formas de esta última figura en el Derecho actual son el *trust* y la fundación «no autónoma», que trataremos en § 3. Se diferencian de la fundación en cuanto a que están basadas en el Derecho patrimonial y no en el Derecho de las personas jurídicas.

Hay división de opiniones sobre la cuestión de si en Derecho romano la separación patrimonial para la creación de un patrimonio afecto a un fin también podía llevar a una figura con características que actualmente atribuimos a personas jurídicas⁵. Lo que es indiscutible es, como ya se ha indicado, que era posible constituir un patrimonio afecto a un fin y el que tuviera poder de decisión sobre el mismo, era el encargado de gestionarlo y/o dedicarlo conforme al destino otorgado al patrimonio. Una figura que guarda mayor relación con el *Treuhand* germánico y el *trust* anglosajón.

Esta figura se describe en el Derecho justiniano y en el posterior Derecho común, *ius commune*⁶. Así, se conocía la figura en la que se donaba o legaba un patrimonio a la Iglesia bajo un cargo, por ejemplo, para que el patrimonio y sus beneficios favorecieran (en parte) a un propósito caritativo. Según la interpretación de los textos del *Corpus Iuris Civilis* este patrimonio se consideraba patrimonio de la Iglesia que, sin embargo, debía gestionarse de forma separada al resto del patrimonio⁷. En la Edad Media y hasta mediados del siglo XIX esta forma del patrimonio afecto estaba muy generalizada en el

⁵ Ver R. FEENSTRA: *L'histoire des fondations, à propos de quelques études récentes (La historia de las fundaciones, a propósito de varios estudios recientes)*, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis (Revista de historia del derecho)* 1965, p. 384-5 y ss. y 394-395, 400-401; y F.J.G. VAN TRICHT: *De rechtstoestand der stichtingen (Estatuto jurídico de las fundaciones)*, tesis Leiden 1884, p. 67 y ss.

⁶ Las bases principales son las anotaciones de Derecho Romano por parte del emperador Justiano en el siglo VI después de Cristo —conocidas como el *Corpus Iuris Civilis*— y las anotaciones de Derecho eclesiástico —el *Corpus Iuris Canonici*— cuyo documento básico es el *Decretum Gratiani* formulado en 1139 por Graciano. Ver E. H. J. SCHRAGE: «*Van verenigingen, vennootschappen en stichtingen. Een rechtshistorisch, comparatieve vogelvlucht*» (*Sobre asociaciones, sociedades y fundaciones. Una vista de pájaro comparativa desde el punto de vista histórico y jurídico*), *Stichting & Vereniging (Fundación y Asociación)* 1992, p. 103.

⁷ Para la puesta a disposición de este patrimonio se utilizó la palabra «fundare», de la que deriva el concepto posterior «fondation»/«foundation». Ver E. H. J. SCHRAGE, ob. cit. (nota 5), p. 105.

continente. En este contexto, en algunos países se habla todavía de fundación «no autónoma», que no tiene sus raíces en el Derecho romano⁸.

2. *La fundación-persona jurídica*

A partir de la época justiniana se confirió a determinadas instituciones eclesiásticas una situación jurídica autónoma⁹. Era el caso de las asociaciones de beneficencia denominadas como *piae causae* («obras pías»), como orfanatos, instituciones de caridad, residencias de la tercera edad y hospitales. Se caracterizaban por ser una organización con un consejo de administración propio. Esta figura siguió desarrollándose en la Edad Media. De acuerdo con el derecho canónico —uno de los fundamentos del *ius commune*— se podían fundar asociaciones caritativas con un consejo de administración propio, que podían firmar contratos autónomamente y podían adquirir propiedades en nombre propio. Características que asociamos actualmente con la personalidad jurídica. En ese período se expresa por primera vez en Derecho canónico el concepto de personalidad jurídica¹⁰. Se acepta así también, aunque de manera implícita, la personalidad jurídica de las fundaciones con forma de fondo patrimonial además de las fundaciones institución¹¹.

La aceptación del concepto de personalidad jurídica se anticipó a la formación de la teoría correspondiente. El inicio de esta formación de la teoría sobre el concepto de personalidad jurídica fue dificultoso en la Edad Media¹². La teoría sobre la entidad de la persona jurídica solo se desarrolló en los siglos XIX y XX. La doctrina alemana tuvo un papel importante en este desarrollo. Queda fuera del ámbito de esta aportación describir las distintas teorías. Sin embargo, un autor holandés al que sí hay que mencionar es P. Scholten. Según su interpretación, la personalidad jurídica no es una ficción del Derecho, sino una expresión de lo que se impone en la realidad jurídica. Reconoció sin reservas que no se atribuyó la personalidad jurídica a la «fundación» de forma natural, pero constató asimismo que en el sistema jurídico holandés

⁸ Por ejemplo, en Alemania. Para el lector interesado, se recomienda K. SCHMIDT: «Erzatzformen der Stiftung—Unselbständige Stiftung, Treuhand und Stiftungskörperschaft» («Formas alternativas de la fundación-Fundación no autónoma-Treuhand y Fundación colectiva»), en *Stiftungsrecht in Europa (Derecho de Fundaciones en Europa)* HOPT y REUTER, Carl Heymans Verlag 2001, p. 175 y ss.

⁹ Ver E. H. J. SCHRAGE, ob. cit. (nota 5), p. 105 y ss.

¹⁰ Ver R. FEENSTRA, ob. cit. (nota 4), p. 411-412, que atribuye a Sinibaldus Fliscus (1195-1254), posteriormente Papa Inocencio IV, haber expresado por primera vez el concepto de personalidad jurídica.

¹¹ Ver R. FEENSTRA, ob. cit. (nota 4), p. 431.

¹² Ver R. FEENSTRA, ob. cit. (nota 4), p. 403 y ss.; E. H. J. SCHRAGE, ob. cit. (nota 5), p. 105.

no se otorga a la fundación la normativa que le *corresponde* si no se le atribuye personalidad jurídica. El sistema jurídico holandés exige —al contrario que en Derecho inglés—, una fundación poseedora de *personalidad jurídica*¹³.

III. La fundación «no autónoma» (sin personalidad jurídica) en el derecho holandés

Si bien en la literatura holandesa no se ha desarrollado ninguna doctrina sobre la figura del patrimonio afectos a un fin, en Holanda se encuentra con asiduidad. Los patrimonios afectos a un fin sin personalidad jurídica se siguen creando de la manera convencional, mediante una donación, institución de herederos o legado con carga¹⁴. Por ejemplo, se presentan en forma de liberalidad a una iglesia con el cargo de recordar al fallecido en momentos establecidos y/o emplear el patrimonio para fines benéficos. También sucede asiduamente que una colección (de arte), una finca o parque se lega a una administración pública, por ejemplo, el municipio o el estado, con el cargo de gestionar lo legado y mantenerlo abierto al público. También puede recaer una «carga» similar sobre el Estado si en virtud del artículo 2:23b del Código Civil holandés (en adelante, «CC») adquiere un patrimonio tras la liquidación de una persona jurídica disuelta.

Los particulares e instituciones de derecho privado también pueden constituir patrimonios afectos. Una de las formas conocidas es el denominado «fondo nominal», en el que se dona o lega un patrimonio de cierto volumen a una institución privada (con fines de utilidad pública), con el cargo de gestionar el patrimonio bajo el nombre deseado por el constituyente y dedicar el patrimonio (y sus beneficios) a un objetivo determinado¹⁵. La cuestión para un fin determinado también puede tener como resultado un patrimonio afecto, formado por un conjunto de donaciones supeditadas una misma carga o modo¹⁶.

¹³ P. SCHOLTEN, *Over rechtspersonen-Stichtingen* (Sobre personas jurídicas-fundaciones), *WPNR* (Semanao de Derecho Privado, Notariado y Registro) 2767 (1923), p. 2-4.

¹⁴ En el derecho holandés, también se pueden crear relaciones de tipo *trust* de otra manera, por ejemplo, por transferencia con reserva de propiedad económica, mandato privado o transferencia a título de gestión a cargo del juez. Remito al lector interesado a D. J. HAYTON e.a. (red.) *Vertrouwd met de trust* (Conocedor del trust), W. E. J. TJEENK WILLINK 1996.

¹⁵ Que por otra parte, son también una institución «autónoma», administrada por otra ANBI.

¹⁶ W. J. M. VAN VEEN: *Verbintenisrechtelijke en goederenrechtelijke aspecten van de inzameling* (Aspectos de Derecho de obligaciones y Derecho de bienes en la cuestión), en W. J. M. VAN VEEN y J. STRUIKSMAN (red.), *Inzamelen voor het goede doel, maatschappelijke en juridische as-*

Estas figuras tienen en común con la fundación–persona jurídica que el constituyente desea destinar el patrimonio o determinados activos de forma permanente a un objetivo determinado. Y esta no es la única similitud con la fundación–persona jurídica. Así, no se puede modificar un cargo de heredero, sin aprobación del juez. Para ello, la persona en la que recaer el cargo o el Ministerio Fiscal puede dirigir una instancia al juez (art. 4:134 CC). Existe la posibilidad de enumeración restrictiva. Si se modifica o anula la carga, el juez debe tomar en consideración la intención del causante, en lo posible.

La normativa del artículo 4:134 CC muestra una gran similitud con las estipulaciones del Derecho de fundaciones sobre la modificación de estatutos (art. 2:294 CC) y la disolución de la fundación por insuficiencia de de medios (art. 2:301 CC). Estas normativas se basan en los mismos puntos de partida. De la jurisprudencia se desprende que la normativa recogida en el artículo 4:134 CC¹⁷, está vigente¹⁸.

Si se trata de una donación con carga, se rige por el Derecho de donaciones. El donatario que recibe una donación con carga con una duración indeterminada, está obligado a cumplir dicha carga. El donante puede exigir el cumplimiento. Este tipo de exigencia puede referirse a mantener adecuadamente y abierta al público una colección donada con esta carga o modo¹⁹. Si por alguna razón no se puede exigir el cumplimiento, se puede resolver la donación. Por otra parte, tras el fallecimiento del donante, la solicitud de resolución solo se puede efectuar mediante intervención judicial (art. 7:184 CC).

En la liberalidad hereditaria o contrato de donación se puede además —al igual que respecto de la fundación— prever una forma de control. En la institución de heredero se puede determinar que el mandatario quede obligado (de cierto modo) a presentar cuentas y justificar sus actuaciones ante determinadas personas. En el contrato de donación se puede implicar, a modo

pecten van een onderbelicht verschijnsel (Cuestiones para fines benéficos, aspectos sociales y jurídicos de un fenómeno descuidado) Utrecht 2001, p. 67 y ss. especialmente p. 91-94.

¹⁷ Y sus precursoras: la Ley de 1 de mayo de 1925, Gaceta jurídica 174, de revisión de la utilidad pública de las estipulaciones establecidas en la institución de herederos o el legado, modificada por la Ley de 31 de mayo de 1956, Gaceta Jurídica 327 (*Museumwet*, Ley de museos).

¹⁸ Ver, por ejemplo, HR (Corte Suprema de los Países Bajos) 30 de enero de 1976, NJ (Jurisprudencia de los Países Bajos) NJ 1976 564; HR 16 de junio de 1978, NJ 1979 139; HR 24 de febrero de 1989, NJ 1990, 250 con nota WMK (Reich); HR 16 de marzo de 1990, NJ 1991, 575 con nota JCS (Bredius); HR 23 de febrero de 2001, LJN (N.º nacional de jurisprudencia): AB0203 en Tribunal de 's-Gravenhage, 5 de febrero de 2010, LJN BL2269.

¹⁹ Ver, por ejemplo, Tribunal Dordrecht 18 de mayo de 2011, LJN: BQ4771.

de estipulación en favor de un tercero, a otras personas distintas del donante y sus herederos —por ejemplo, potenciales beneficiarios²⁰— en el cumplimiento del modo o condición. Con la aceptación de la estipulación en favor de un tercero éste se convierte en parte en la relación jurídica, con lo que se le puede involucrar en cierta medida en el control del cumplimiento del modo o condición.. La ley tiene en cuenta esta circunstancia en el artículo 7:184 CC.

Además, si así se desea, se puede «institucionalizar» este control, atribuyendo el mandato a una persona jurídica. Para ello, en Holanda existe incluso un organismo especial concebido por el notariado para este fin: la Fundación para Disposiciones Sociales y Culturales (*Stichting ten behoeve van Maatschappelijke en Culturele Beschikkingen*)²¹. Esta posibilidad existe tanto para las donaciones como para los legados testamentarios.

Una cuestión interesante es si según el Derecho holandés el patrimonio afecto a un fin sujeto a modo o condición adquiere una posición especial en el patrimonio de la persona que recibe y en qué medida. Dado que la persona a quien se impone la carga tiene la obligación de gestionar el patrimonio y, en la medida en que sea aplicable, destinarlo a un fin de una manera determinada, en mi opinión recae sobre quien lo recibe, por norma general, la obligación de administrarlo de forma separada. En este sentido adquiere una posición especial.

En lo que concierne al patrimonio, si este también adquiere una posición especial de tal modo que queda separado del resto del patrimonio de la persona que lo recibe y, por ejemplo, puede verse afectado por deudas de sus acreedores «privados» o, por el contrario, se les puede sustraer, es otra cuestión. Se puede defender esta opinión²², pero jurisprudencialmente aún está por decidir la cuestión de si (determinados) patrimonios afectos a un fin tienen un carácter separado.

Incluso sin adoptar un patrimonio separado hay cierto número de estipulaciones de las que se deduce que un patrimonio afecto a un fin recibido con cargo adquiere una posición especial en el patrimonio de la persona a la que se impone el gravamen. Así, el artículo 4:131 CC establece que lo

²⁰ El tercero-beneficiario no tiene por qué existir aún en el momento concertar la estipulación en favor de un tercero. Pero sí debe haber una suficiente delimitación sobre la persona o personas designadas como beneficiaria(s).

²¹ Sobre el funcionamiento de la fundación para disposiciones sociales y culturales ver WPNR 5439 (1978), p. 414 y ss. Con ocasión de la celebración de los 40 años de vida de la fundación se publicó una parte en la serie *Ars Notariatus* LXXXX, Kluwer 1997.

²² *Loc. cit.*, nota 15.

recibido con carga, se recibe bajo la condición resolutoria de que en caso de no cumplirse la carga, el juez dictará una resolución de caducidad del derecho recibido. El interesado directo en la resolución de caducidad puede efectuar la solicitud de la misma. Esta es la persona sobre la que recae la liberalidad como consecuencia de la resolución de caducidad. Debido a que el cumplimiento de una condición constituye una carga real²³, con la resolución de caducidad de la carga, el interesado recibe el patrimonio de pleno derecho, pero también, también la carga. El modo o carga «sigue», por así decirlo, al patrimonio al que está vinculado.

En el Derecho de donaciones no se prevé una normativa comparable al artículo 4:131 CC. Esto no quita que el contrato de donación pueda incluir una disposición similar. Posiblemente se pueda ejecutar, según las circunstancias, la anulación de la donación en virtud del artículo 7:184 CC. La consecuencia de la aplicación de la condición resolutoria relativa a la anulación es que lo donado se recobra del patrimonio del donatario y vuelve al patrimonio del donante.

En resumen, en Holanda no se ha desarrollado ninguna doctrina sobre el patrimonio afecto a un fin o la fundación no autónoma. Esto no quita para que en el derecho holandés se adopten numerosas estipulaciones que prevén la creación de patrimonios afectos y la protección de la voluntad del constituyente. Además, hay previsiones para velar por la realización del objetivo y, si fuera necesario, imponerlo. El patrimonio afecto a un fin adquiere de este modo una posición especial en ciertos aspectos en el patrimonio de la persona sobre la que recae el modo o la carga de afectarlo a dicho fin. Teniendo esto en consideración, en los Holanda existe también —aunque no sea uniforme— la figura de fundación «no autónoma», conocida también como fundación con «personalidad jurídica incompleta»²⁴.

²³ Artículo 3:84 párr. 6 CC.

²⁴ Ver, por ejemplo, J. M. POLAK: *De wet op stichtingen (La ley sobre fundaciones)*, Vermande Zonen, IJmuiden 1956, p. 43-44, que como ejemplo también cita el comité para la cuestación de fondos, cuya consideración como fundación era cuestionada en aquel tiempo. El patrimonio de destino es reconocido como tal en el derecho penal y el derecho fiscal. Ver al respecto M. R. MOK, *Doelvermogens, Verburg-bundel (Patrimonios de destino, recopilación)* kluwer 1994, p. 157 y ss. y J.W. ZWEMMER: *Doelvermogens (Nadador, Patrimonios de destino)*, WPNR 6415 (2000), p. 611 y ss.

IV El desarrollo de la fundación-persona jurídica en el Derecho holandés

1. *El derecho consuetudinario: desde la Edad Media hasta la Ley de Fundaciones de 1956*

En el desarrollo de la fundación desde la *piae causae* medieval hasta la fundación actual, se pueden identificar varios acontecimientos destacados. Uno de ellos es la reforma que tuvo lugar en el siglo XVI. Como consecuencia de la Reforma se redujo la influencia del derecho canónico. En los Países Bajos²⁵ esto no supuso problemas técnicos relacionados con fundaciones basadas en el Derecho canónico y con la constitución de nuevas fundaciones. La decreciente influencia del Derecho canónico sí parece estar relacionada con el hecho de que las fundaciones también podían llevar a cabo actividades distintas a las puramente idealistas. Dejó de considerarse inoportuno que las fundaciones desarrollaran actividades económicas para secundar su objetivo²⁶.

En los Países Bajos la reforma supuso también una revolución política. El emperador Carlos V perdió autoridad en los Países Bajos. Esto supuso el final de la obligatoriedad de aprobación por parte del soberano —una denominada «patente»— para acomodar el patrimonio en manos muertas²⁷. Ya no era necesaria la autorización gubernamental para la constitución de fundaciones nuevas, en gran medida, asociaciones de beneficencia.

La dominación francesa (1795-1813) constituyó una ruptura clara en el desarrollo del Derecho de fundaciones. Napoleón suprimió todas las fundaciones con una finalidad religiosa o que promovían la educación (becas)²⁸. Todas las demás fundaciones existentes siguieron desarrollando sus actividades, pero su situación jurídica era ambigua²⁹. Tras la instauración del Code Civil no era posible constituir fundaciones nuevas.

²⁵ En otros países es diferente. Ver R. FEENSTRA, ob. cit. (nota 4), p. 435 y ss.

²⁶ Ver Th. A. VERSTEEG y S. STORM: *De stichting in het positieve recht (La fundación en el derecho positivo)* Ars Notariatus III, Amsterdam 1954, p. 13 y ss., donde también se incluye literatura adicional.

²⁷ Ver Th. A. VERSTEEG y S. STORM, ob. cit. (nota anterior), p. 14.

²⁸ El patrimonio que no se vendía, se confiscaba y era puesto a disposición de las denominadas «oficinas de beneficencia» (*bureaux van weldadigheid*) o «comisiones de centros sanitarios» (*commissiën der gasthuizen*). Remito al lector interesado a F. A. J. VAN LANSCHOT: *Stichtingen als rechtspersonen beschouwd (Las fundaciones como persona jurídica)* tesis, Leiden 1856, p. 93; F. J. G. VAN TRICHT, ob. cit. (nota 4), p. 223 y ss.

²⁹ Ver F. J. G. VAN TRICHT, ob. cit. (nota 4), p. 127 y ss. que de la falta de derecho transitorio deduce que si bien las fundaciones existentes siguieron existiendo como «entidades jurídicas», debían prescindir de capacidad jurídica.

Tras la caída de Napoleón, el Rey Guillermo I promulgó varios Decretos Reales para restablecer las fundaciones de promoción de la educación³⁰. Con estos decretos reales también se instauró el control gubernamental del funcionamiento de estas fundaciones. Si bien es cuestionable que un real decreto sea el instrumento adecuado para ello, la Corte Suprema ha sabido salvaguardar unas cuantas cuestiones. Sin embargo, eso no sucedió hasta 1865³¹.

También se inició el proyecto de un Código Civil. El borrador de 1820 incluía una normativa sobre fundaciones —con aprobación gubernamental para su constitución—. Sin embargo, en el CC instaurado finalmente en 1838 no había una normativa sobre fundaciones. En numerosos regímenes legales se partía de la base de que las fundaciones existían, por lo que la posible constitución de las mismas no era objeto de debate³². La falta de requisitos formales supuso que no siempre fuera inequívoco si se trataba de una fundación con personalidad jurídica o una «fundación no autónoma» —como la hemos denominado anteriormente.

En la jurisprudencia y literatura se consideraba decisivo, en este aspecto, que la fundación actuara con un consejo de administración propio. La escritura de constitución se utilizaba como base para establecer si ese era el caso. Si no se podía trazar la escritura de constitución o si era ambiguo que el constituyente hubiera querido crear una fundación con personalidad jurídica, algo que en cuanto a las antiguas fundaciones bien podía ser el caso, se ob-

³⁰ RD de 25 de septiembre de 1816 *Gaceta Jurídica* 65; RD de 26 de diciembre de 1818 *Gaceta jurídica* 48; RD de 2 de diciembre de 1823 *Gaceta jurídica* 49; y de 12 de febrero de 1829 *Gaceta jurídica* 3. Anteriormente ya se habían realizado adaptaciones mediante Disposición Orgánica de 2 de agosto de 1815.

³¹ Ver HR 29 de diciembre de 1865, W. 2757 (Elco Susanna Maria Elizabeth Faber van Haersma Leenen). En HR 21 de junio de 1940, NJ 1940, 1093 (fundación «Het Almelosche Studiefonds») se volvió a plantear la validez de estos decretos, pero la Corte Suprema de los Países Bajos no pudo llegar a un criterio al respecto. No obstante, como se desprende de las conclusiones de A-G Berger sobre esta sentencia, las dudas no se disiparon.

³² Ver, entre otros, los artículos 396, 946, 947 y 1717 del antiguo CC (1838), que en los dos últimos artículos citados indica que los administradores de «hogares públicos o religiosos» no podían aceptar liberalidades o donaciones sin autorización del rey; artículo 2 de la Ley sobre asistencia a necesitados (*Armenwet*) de 1912 (posteriormente: Ley sobre instituciones de beneficencia *Rompwet instellingen van weldadigheid*); artículo 11 de la Ley sobre el registro mercantil (*Handelsregisterwet*) de 1918 sobre la inscripción de «comercios pertenecientes a una fundación» y otras numerosas legislaciones sectoriales, como la Ley sobre educación superior (*Hogeronderwijswet*, art. 170) y la Ley sobre fondos de pensiones y de ahorro (*Pensioen-en spaarfondsenwet*) de 1952 (en la que, por otra parte, se preveía que la institución obtuviera primero la personalidad jurídica mediante aprobación del ministro, ver art. 4 párr. 4). Quizá también haya que mencionar que la ley de 13 de mayo de 1939 incluyó la fundación en la normativa de personas jurídicas prohibidas de la ley de 1855 para la regulación y limitación del ejercicio del derecho de asociación y reunión.

servaba la situación real. Si en realidad la fundación actuaba bajo nombre propio y con un consejo de administración propio, se asumía su personalidad jurídica³³.

También fue debatido durante un largo período si las fundaciones —al contrario que las sociedades anónimas y las asociaciones con personalidad jurídica— se podían constituir sin autorización gubernamental. Los partidarios argumentaban que para la constitución de toda persona jurídica se requería algún tipo de aprobación gubernamental y temían la acumulación de patrimonio en manos muertas³⁴. Finalmente, la Corte Suprema ofreció una respuesta a esta cuestión en 1882: para la constitución de una fundación no se requiere ninguna aprobación gubernamental³⁵.

2. *La Ley de Fundaciones de 1956*

A) *Introducción*

La aprobación de la Ley de Fundaciones en 1956 (Gaceta Jurídica 1956, 327) es un hito en el desarrollo del Derecho de fundaciones holandes. Esta ley era concisa, sobre todo en comparación con la normativa de las sociedades autónomas en el Código de Comercio. Contenía una normativa básica sobre las fundaciones, el contenido mínimo de los estatutos, la representación, función y control del consejo de administración, la modificación de estatutos, la transformación para evitar la extinción y la disolución. Se reconoció que la ley solo regulaba los aspectos más importantes y que contenía numerosas lagunas. En este sentido se asumió que la normativa se debía completar por aplicación analógica de las estipulaciones del derecho de sociedades anónimas y el derecho de asociaciones³⁶.

Si bien la normativa de la Ley de Fundaciones de 1956 («LsS 1956») era básica, supuso una gran concreción en numerosos aspectos que hasta entonces eran poco claros o controvertidos. Esta ley definió cuestiones que contribuyeron a la viabilidad práctica de la fundación. En este apartado trataré las más importantes.

³³ Ver P. SCHOLTEN: *Over rechtspersonen — Stichtingen (Sobre personas jurídicas-Fundaciones)*, WPNR 2769 (1923), p. 22; Th. A. VERSTEEG y S. STORM, ob. cit. (nota 25), p. 20 y ss., 76 y ss.

³⁴ Para conocer a partidarios y detractores, ver P. SCHOLTEN: *Over rechtspersonen — Stichtingen (Sobre personas jurídicas-Fundaciones)*, WPNR 2768 (1923), p. 9 y ss.

³⁵ HR 30 de junio de 1882, W. 4800; HR 11 de diciembre de 1914, NJ 1915, 238.

³⁶ J. M. POLAK, ob. cit. (nota 23), p. 4 y p. 24.

B) *Requisitos formales para la constitución de fundaciones y prohibición de socios*

Una mejora importante que introdujo la ley fue establecer requisitos formales para la constitución de fundaciones. A falta de un régimen legal los requisitos que se debían exigir para la constitución de una fundación eran ambiguos. En la doctrina era controvertido, entre otras cuestiones, si para la constitución se requería una escritura notarial o no. Esta controversia estaba relacionada con el criterio dominante de la época de que la constitución de la fundación suponía una separación patrimonial.

No había dudas de que la constitución *mortis causa* debía realizarse mediante testamento otorgado por un notario³⁷. La constitución *inter vivos*, era otra cuestión. Algunos autores opinaban que la separación patrimonial debía calificarse como donación formal para la que, en virtud del entonces vigente artículo 1703 CC, se requería una escritura notarial. Otros autores creían ver una donación material en esta separación o indicaban la posibilidad de una donación mano a mano, de modo que no era necesaria una escritura notarial³⁸. En el artículo 3 LsS 1956 se resolvió la duda. Si bien no se instauró el requisito de una separación patrimonial (ver a continuación § 4.2.3), se impuso que la constitución se debe efectuar mediante escritura notarial.

Además del requisito formal de la escritura notarial, la ley también recogió la prohibición material de tener socios (art. 1 párr. 1 LsS 1956). Debido a que la fundación no estaba regulada legalmente, la diferencia con la asociación era poco clara. Por los casi inexistentes requisitos de constitución por norma imperativa, la asociación apenas se diferenciaba de la fundación, lo que contribuyó en gran medida a la intercambiabilidad de estas formas jurídicas. Para distinguir la asociación respecto de la fundación era determinante, sobre todo, si se había obtenido aprobación Real³⁹.

Pese a que no había base legal para ello, en varias sentencias se partía de la base de la prohibición material de socios⁴⁰. Entretanto, se vio que se podía

³⁷ Por otra parte, esto es independiente de la discusión sobre si se puede constituir una fundación en caso de testamento, y es que para ser heredero o legatario, la persona debe existir en el momento del fallecimiento. ¿Y existe una fundación constituida en caso de testamento en el momento de fallecimiento del causante? Este punto se solucionó en el artículo 5 LsS 1956.

³⁸ Ver, entre otros, VERSTEEG y STORM, ob. cit. (nota 25), p. 44 y ss.; J. M. POLAK, ob. cit. (nota 23), p. 38.

³⁹ Para más detalles, ver J. M. POLAK, ob. cit. (nota 23), p. 45; VERSTEEG y STORM, ob. cit. (nota 25), p. 25 y ss.; K. GROEN: *Op de grenzen van vereniging en stichting (En los límites de la sociedad y la fundación)*, WPNR 4314 (1953), p. 456 y ss. indica que una asociación con aprobación Real, en esencia, también puede tener las características de una fundación.

⁴⁰ Para conocer un oportuno resumen de sentencias ver VERSTEEG y STORM, ob. cit. (nota 25), p. 26 y ss.

eludir el control en el momento de constitución de una asociación constituyendo una fundación⁴¹. Esta fue la principal razón para incluir la prohibición de socios en la ley.

C) *Sin requisito de separación patrimonial en el momento de la constitución*

Se ha debatido largo y tendido sobre la cuestión de si se debe realizar una separación patrimonial en el momento de la constitución en beneficio de la fundación. Históricamente la formación de una fundación está unida a la separación patrimonial. En la jurisprudencia de la Corte Suprema durante el siglo XIX y principios del siglo XX se estableció la separación patrimonial como condición para la constitución de una fundación⁴². Esta interpretación tenía tanto partidarios como detractores en la literatura. Los partidarios alegaban que la existencia de un sujeto de derecho, y por lo tanto de una persona jurídica, suponía la existencia de derechos y obligaciones⁴³. Un sujeto de derecho sin derechos y obligaciones no existe ante el derecho, para el derecho no es «nada»⁴⁴. Los detractores argumentaban frente a esto que también se puede considerar como persona jurídica todo lo que no es humano pero que, al igual que los humanos, *puede ser* titular de derechos y obligaciones⁴⁵.

La jurisprudencia de la Corte Suprema supuso, no obstante, una incertidumbre sobre si en el momento del testamento se podía constituir una fun-

⁴¹ El legislador también se percató. Así, se incluyó la fundación en la normativa relativa a asociaciones prohibidas con el argumento de que, de otra manera, sería muy sencillo proseguir la finalidad de una asociación de carácter prohibido bajo la forma de fundación. Ver también W. L. HAARDT, *De Stichting* (La Fundación) *RMTh* 1943, p. 38-39 y la literatura mencionada en el mismo.

⁴² Para ver un resumen, ver W. L. HAARDT, ob. cit. (nota 40), p. 24. La sentencia más reciente es HR 11 de marzo de 1932, *W.* 12482 con nota HdJ, NJ 1932, 698 con nota EMM (fundación Paul Tétar van Elvenfonds).

⁴³ P. SCHOLTEN: *Stichtingen* (Fundaciones), WPNR 2769, p. 23.

⁴⁴ I. VAN DE VELDE, reseña, WPNR 3547 (1937), p. 573, menciona para completar la exposición de Scholten como argumento dogmático a favor del requisito de la separación patrimonial, que nadie (entre ellos, un fundador) puede obligar a otro (y, por lo tanto, tampoco a la fundación) a perseguir un objetivo determinado por el primero sin hacer grandes sacrificios. De este modo establece una relación con la donación o liberalidad con carga. La concesión de patrimonio es, en su opinión, no solo necesaria para atribuir personalidad jurídica a la fundación, sino también para poder obligarla a perseguir el objetivo. B. H. WESTERVELD, *Stichting-Aanvaarding van het afgezonderd vermogen?* (Fundación, ¿aceptación de la separación patrimonial?), *RMTh* 1945, p. 323 y ss. se adhiere a ello.

⁴⁵ J. C. VAN OVEN, *NJB* (Revista neerlandesa para juristas) 1938, p. 417. Al respecto, por ejemplo, también J. F. E. Belinfante, *Iets over de oprichting van verenigingen en stichtingen* (Sobre la constitución de asociaciones y fundaciones), WPNR 3720, p. 174 y ss.

dación y, con ello, poder designarla legataria como causante⁴⁶. También surgieron problemas similares en la constitución de una fundación en vida, con la intención de aportar bienes inmuebles⁴⁷. Como consecuencia de todo ello se desarrolló una práctica en la que se constituían fundaciones con unos fondos de dotación simbólicos de, por ejemplo, 50 florines o menos, a fin de que el constituyente tuviera la seguridad de poder designar a la fundación como heredera o legataria: el requisito de separación patrimonial expresado como una formalidad⁴⁸.

Esta práctica dio pie, a su vez, a una discusión sobre si debía existir relación entre el volumen de los fondos de dotación y el objetivo de la fundación o si, efectivamente, no era mejor no establecer el requisito de la separación patrimonial. Los argumentos favorables a este último criterio alegaban que no es posible determinar exactamente cuándo una cantidad es suficiente para dedicarla al objetivo de la fundación y que la fundación también puede adquirir patrimonio después de su constitución y que también se puede constituir la fundación con esta finalidad. En este último caso surge, además, la pregunta —partiendo de la base de que una fundación no puede crearse sin (suficientes) fondos dotacionales— sobre qué debe ocurrir con el patrimonio que la fundación haya adquirido tras su «constitución». Se argumentaba que establecer el requisito de patrimonio no sólo conlleva a una incertidumbre jurídica, sino que es además insuficiente⁴⁹.

Tras sopesarlo todo, el legislador no incluyó el requisito de separación patrimonial en la Ley de Fundaciones⁵⁰.

⁴⁶ En este contexto, se deben mencionar las sentencias de la Corte suprema según las cuales la fundación creada mediante testamento o donación no se podía considerar heredera, legataria o donataria para la aplicación de la Ley de sucesiones (*Successiewet*). Ver HR 2 de febrero de 1894, W. 6462 (designación de heredero único); HR 12 de junio de 1896, W. 6823 (designación de legatario); HR 18 de junio de 1886, W. 5311 (constitución en vida).

⁴⁷ Para conocer los problemas prácticos que se presentaban, ver B.H. Westerveld, ob. cit. (nota 57), p. 324 y ss., la opinión de Suyling de que el constituyente acepta, como representante de la fundación, la donación en el momento de la constitución, se rechazó como «artificial». Sin embargo, Suyling se adelantó a su época (también en esto). Ver, entre otros, DIJK y VAN DER PLOEG, *Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij (Sobre asociación y fundación, cooperación y mutualidades)*, 6.ª ed., Kluwer 2013, párr. 3.8.

⁴⁸ Ver W. L. HAARDT, ob. cit. (nota 40), p. 29 y ss.; POLAK, ob. cit. (nota 23), p. 58 y ss.

⁴⁹ Para más detalles ver W. L. HAARDT, ob. cit. (nota 40), p. 29 y ss.; POLAK, ob. cit. (nota 23), p. 57 y ss.

⁵⁰ En el borrador de 1932 se incluía aún el requisito de separación patrimonial. Ver al respecto W. L. HAARDT, ob. cit. (nota 40), p. 23.

D) *Sin aprobación gubernamental o control*

Fue una decisión importante del legislador mantener la situación existente desde la reforma, en la que para la constitución de fundaciones no se requiere aprobación gubernamental. Las fundaciones tampoco tenían la obligación de presentar cuentas y justificar sus actuaciones ante un órgano gubernamental⁵¹. El hecho de que la aprobación gubernamental no sea necesaria para constituir una fundación, ha contribuido a la popularidad de la misma. Después de todo, para la constitución de otras formas de persona jurídica, incluida la asociación, sí se necesitaba la aprobación del Estado⁵². El control preventivo en la constitución de asociaciones, solo desaparecería en 1976 con la instauración del Libro 2 CC. El control preventivo en la constitución de sociedades anónimas y sociedades limitadas, no se anuló hasta el 1 de julio de 2011⁵³.

La libertad de constitución de la fundación junto con la falta de intervención estatal, hicieron de la fundación una atractiva alternativa para la asociación. La prohibición de socios establecida en el artículo 1 párr. 1 LsS 1956 —actualmente art. 2:285 párr. 1 CC— no suponía un impedimento real, por su limitado alcance.

E) *Sin limitación de objetivos benéficos, altruistas o de utilidad pública*

En el período anterior a la instauración de la Ley de Fundaciones, en la jurisprudencia se asumía predominantemente que la fundación debía perseguir un objetivo altruista. También en la doctrina se adoptó esta posición⁵⁴. No obstante, en la práctica las fundaciones tenían fines muy diversos.

El legislador se propuso en el borrador de 1937 restringir a la fundación de nuevo a «su territorio natural»⁵⁵. Para ello, en el borrador de 1937 se incluyó que la fundación debía tener un objetivo no lucrativo. De este modo,

⁵¹ Al igual que sucede en la actualidad, sí existían requisitos similares en determinados sectores, en función de normativas o leyes específicas. Remito, por ejemplo, a los RD y las disposiciones mencionados en § 3 en materia de caridad, institucionalizados posteriormente en la ley de 27 de abril de 1912 relativa a la regulación de la gestión de la caridad (Ley sobre asistencia a necesitados), la posterior Ley sobre instituciones de beneficencia que tan solo se derogó el 1 de abril de 2004.

⁵² Este instrumento también se utilizó para negar la personalidad jurídica a iniciativas que el gobierno no encontraba favorables por motivos políticos o de gestión. Ver ASSER-MAEIJER 2-II, n.º 224.

⁵³ Gaceta jurídica 2010, 280.

⁵⁴ Para ver un resumen, ver VERSTEEG y STORM, ob. cit. (nota 25), p. 32 y ss.

⁵⁵ Ver J. M. POLAK, ob. cit. (nota 23), p. 66.

se estableció que la fundación «no podía perseguir ninguna finalidad secundaria de naturaleza comercial»⁵⁶. Se ha escrito y debatido largo y tendido sobre este punto. Esta postura encontró gran oposición en la doctrina y en los tribunales. Inicialmente, sobre todo porque la redacción propuesta no permitiría el desarrollo de actividades comerciales para realizar la finalidad altruista. El punto de partida de que la fundación debía tener una finalidad altruista estaba en primer plano.

En el debate que surgió y continuó durante años se ampliaron cada vez más los límites de lo que se consideraba aceptable. En consecuencia, la administración formuló la opinión de que la fundación también se podía utilizar, entre otros, para fines cooperativos y para el mantenimiento de una empresa con el objetivo de utilizar los beneficios de la misma en favor de las personas que trabajaran en ella, en su caso. La finalidad de la empresa es lograr beneficios, pero el objetivo de la fundación no sería la obtención de beneficios. La administración reconoció además, que este no era un caso límite⁵⁷.

Finalmente en el artículo 1 párr. 3 LsS 1956 se incluyó que el objetivo de la fundación no puede implicar una retribución a los fundadores o a aquellos que formen parte de sus órganos, ni a terceros, a menos que en lo que respecta a terceros, las retribuciones tuvieran una finalidad social o altruista. De este modo, la fundación no se puede utilizar para distribuir patrimonio y/o ingresos, excepto en la medida en que las retribuciones tengan una finalidad altruista o social⁵⁸.

Esto significa que no se aplica a la fundación el requisito de perseguir un objetivo altruista. Mientras la fundación no otorgue retribuciones, no hay conflicto con los requisitos materiales impuestos para su forma jurídica. Este es el final de la discusión sobre si la fundación puede desarrollar actividades empresariales.

⁵⁶ Exposición de motivos, Parte general III, sub 1, p. 1 y 2.

⁵⁷ Ver J. M. POLAK, ob. cit. (nota 23), p. 65 y ss. especialmente 70-71.

⁵⁸ J. M. POLAK, ob. cit. (nota 23), p. 72 y ss. Por lo general, se acepta que también se pueden otorgar retribuciones de naturaleza social o idealista a los constituyentes y a los miembros de los órganos. Ver más detalles al respecto en Schwarz en otros puntos de este libro.

V. La fundación en el derecho actual⁵⁹

1. El alcance de la normativa

En Holanda, la fundación está regulada en la Sección 8 del Libro 2 del Código Civil. La normativa comienza con el artículo 2:285 CC y finaliza con el artículo 2:304 CC. Con la incorporación de la fundación al Código Civil se adoptó la normativa de la Ley de Fundaciones prácticamente sin modificaciones —a excepción de algunos ajustes—. La principal modificación se refería al ámbito de aplicación. En virtud de los artículos 28 y 29 de la Ley de Fundaciones se mantuvieron numerosas fundaciones fuera del ámbito de la normativa⁶⁰. Ya en la tramitación de la proposición de ley surgieron objeciones al respecto⁶¹. Con la incorporación de la fundación al Código Civil se eliminaron la mayoría de las excepciones.

Así, se incluyeron, entre otras, la fundación de pensiones y la fundación pública en el ámbito de aplicación de la normativa del Libro 2 CC. También se incluyeron las fundaciones eclesiásticas dentro del ámbito de aplicación del régimen legal. En este contexto, se debe señalar que para asociaciones eclesiásticas y sus divisiones independientes se establecía que eran controladas por sus propios estatutos (ver art. 2:2 CC). En este sentido, las «fundaciones ecle-

⁵⁹ Para consideraciones sobre el Derecho holandés de fundaciones, ver también: C. H. C. OVERES y T. J. VAN DER PLOEG, «The development of the Law on foundations in the Netherlands» («El desarrollo de la Ley sobre fundaciones en los Países Bajos»), en Chiara PRELE (ed.), *Developments in Foundation Law in Europe (Desarrollos en el Derecho sobre Fundaciones en Europa)* Springer Dordrecht Heidelberg 2014, p. 193-225; F. VOLDER y A. DE VRIES, «Niederlande» («Países Bajos»), en A. RICHTER y Th. WACHTER (Hrsg.), *Handbuch des internationalen Stiftungsrechts (Manual de derecho internacional de Fundaciones)* pp. 1164-1229; T. J. VAN DER PLOEG, «Stiftungen im niederländischen Recht» («Las fundaciones en el derecho neerlandés»), en K. HOPT y D. REUTER (Hrsg.), *Stiftungsrecht in Europa (Derecho de fundaciones en Europa)* Calr Heymanns Verlag, Köln 2001, p. 405-418; W. J. M. VAN VEEN, «The Netherlands» (Los Países Bajos), en L. M. SALAMON: *The International Guide to Nonprofit Law (Guía internacional sobre derecho para fines no lucrativos)* John Wiley & Sons, New York, 1997, p. 231-245. Para ver un resumen de Derecho comparado en el que se incluyen aspectos administrativos y fiscales, remito al *Index of Philanthropic Freedom 2015 (Índice de libertad filantrópica 2015)* que se puede ver en <http://s3.amazonaws.com/media.hudson.org/files/publications/2015.06.15IndexofPhilanthropicFreedom2015.pdf>.

⁶⁰ Entre ellas, las asociaciones eclesiásticas y sus divisiones independientes, fundaciones eclesiásticas, las anteriormente mencionadas fundaciones restablecidas por RD anteriores a la época francesa, instituciones de beneficencia según lo descrito en la Ley sobre asistencia a necesitados y fondos de pensiones.

⁶¹ Como argumento a favor, se alegaba que, aunque las asociaciones eclesiásticas tienen en nuestro Derecho una posición única, era conveniente una estipulación explícita para evitar malentendidos. Respecto de otras fundaciones citadas, el argumento más importante es que ya tenían suficiente control. Ver J. M. POLAK, ob. cit. (nota 23), p. 147-148.

siásticas» seguían teniendo la opción de no ser constituidas bajo la forma jurídica de fundación privada.

2. *Características legales*

La fundación se define en el artículo 2:285 párr. 1 CC como «una persona jurídica creada mediante un acto jurídico, que no tiene socios y pretende realizar un objetivo definido en los estatutos con la ayuda de un patrimonio destinado para ello». Respecto de la finalidad admitida, el artículo 2:285 párr. 3 CC establece que el objetivo de la fundación no puede implicar una distribución a los fundadores o a las personas que formen parte de sus órganos. La fundación tampoco puede retribuir a terceros, a menos que estas retribuciones tengan una finalidad altruista o social.

Si observamos esta definición detalladamente, podemos ver que no es requisito que la fundación disponga de un patrimonio mínimo. Se puede constituir una fundación sin poner un patrimonio a su disposición. No obstante, de la definición legal también se desprende que la relación con el concepto de patrimonio afecto no se elimina completamente. Esto queda manifiesto en el artículo 2:301 CC, en el que se determina que si el patrimonio es insuficiente para realizar su objetivo y si es improbable que en un futuro próximo se puedan obtener los medios, el juez puede disolver la fundación a instancias del ministerio fiscal o de un interesado. Son excepcionales las sentencias de disolución de fundaciones por este motivo.

El segundo aspecto relevante de la descripción del objetivo es la prohibición de socios. Sobre los antecedentes de la prohibición de socios, ya he efectuado algunas observaciones anteriormente (§ 4.2.2). Se ha debatido mucho sobre el contenido del concepto de socio, sin que se haya llegado a una conclusión unívoca. En la literatura se cree que depende de la situación concreta, y si hay personas externas al consejo administración que por una combinación de competencias y composición sea comparable a la junta general de una asociación. En esencia, la cuestión es si la organización tiene carácter de asociación. En este tema intervienen cuestiones como el libre ingreso y cese, o si se ejercen los derechos de decisión en el marco de los órganos —como colectivo— y si los «socios» tienen obligaciones, como suele ser habitual en asociaciones⁶².

Debido a que las asociaciones también se pueden constituir de modo que se asimilen a la fundación, la prohibición de socios no es un criterio concii-

⁶² J. M. POLAK, ob. cit. (nota 23), p. 54-57; DIJK y VAN DER PLOEG, ob. cit. (nota 46), párr. 2.3.2; ASSER y RENNSSEN 2-III* 2012, párr. 326.

so. El legislador ha querido disipar la duda de que no se infringe la prohibición de socios en varios casos. Este es el caso de las personas que según los estatutos son competentes para designar a administradores y, llegado el caso, miembros de otros órganos de la fundación (art. 2:285 párr. 2 CC). Además, el artículo 2:304 párr. 1 CC determina que los participantes en un fondo de pensiones no son considerados socios.

El último elemento fundamental de la definición es que el objetivo de la fundación no puede implicar una retribución a los fundadores o a aquellas personas que formen parte de sus órganos, ni a terceros, a menos que en lo que respecta a estos terceros, las retribuciones tuvieran una finalidad social o altruista (art. 2:285 párr. 3 CC)⁶³. En este sentido, por finalidad se debe comprender tanto el objetivo estatutario como las actividades reales de la fundación. Consecuentemente, para la fundación existe una restricción de retribuciones que la caracteriza como organización sin ánimo de lucro.

La doctrina sobre la restricción de retribuciones en Holanda es compleja y no se puede explicar detalladamente en el ámbito de esta aportación. Me limito a observar que las prohibiciones de retribución se interpretan de forma limitada. Así, la ley parece establecer que no se admiten retribuciones a fundadores y administradores de la fundación, tampoco en el caso de que las retribuciones tengan una finalidad altruista o social, pero la interpretación general en la doctrina es que hay cierto margen al respecto. También es generalmente aceptado que se admiten ciertas retribuciones, aunque no tengan una significación altruista o social. Esto se basa en pasajes del desarrollo histórico, en los que se han tratado estas figuras. En cualquier caso, se aplican limitaciones en cuanto a la retribución de medios obtenidos de actividades comerciales o recaudación de fondos. En este contexto, es conveniente observar que las retribuciones que no sean contrarias a la restricción de retribución, sí pueden ser contrarias al objetivo de la fundación o pueden ser ilícitas por otros motivos. Por ejemplo, porque por ellas surja un conflicto de intereses entre los administradores de la fundación y la fundación.

Además de la restricción de distribución, para la fundación rige, al igual que para toda persona jurídica, la prohibición de perseguir un objetivo o actividades contrarias al orden público (art. 2:20 CC).

⁶³ Para conocer las fuentes y los antecedentes, ver W. J. M. VAN VEEN, «*Het uitkeringsverbod bij de stichting revisited*» (Revisión de la prohibición de retribuciones de la fundación), en OVERES y VAN VEEN, *Met recht betrokken* (Implicados en derecho) Liber Amicorum T. J. VAN DER PLOEG, Kluwer, Deventer, 2012, p. 387-388; DIJK y VAN DER PLOEG, ob. cit. (nota 46), párr. 2.2.2a; ASSER y RENNSSEN 2-III* 2012, párr. 324.

Aparte de las restricciones mencionadas anteriormente, no hay otras limitaciones relativas a la finalidad de la fundación. Consecuentemente, los usos de la fundación no se limitan a finalidades de utilidad pública y/o actividades no comerciales. Más detalles sobre el uso en § 6.

3. *Constitución y registro*

La fundación, al igual que toda persona jurídica en el Derecho holandés, se constituye por norma imperativa para una duración indeterminada (art. 2:17 CC). La fundación se debe constituir mediante escritura notarial, según el artículo 2:286 párr. 1 CC. La fundación no podrá ser creada si no se cumple este requisito. Otros fallos en la constitución —por ejemplo, relativos a los requisitos impuestos para la escritura notarial— no conllevan la nulidad (art. 2:4 CC). Si bien la fundación podría ser disuelta por el juez a causa de dichos fallos. Más detalles en § 5.6.

La escritura notarial debe incluir los estatutos (art. 2:286 párr. 3 CC), que deben estar redactados en lengua neerlandesa, salvo si la sede de la fundación está situada en la provincia Frisia. En ese caso, los estatutos se pueden redactar en frisón (art. 2:286 párr. 2 CC). Los estatutos deben indicar por lo menos:

- el nombre de la fundación —la palabra «fundación» debe ser parte del mismo—;
- el objetivo;
- el procedimiento de designación y cese de los administradores;
- el municipio en el que se encuentra la sede de la fundación;
- el destino del saldo positivo tras liquidación o la manera en la que se determinará.

La fundación se puede constituir por una o más personas *inter vivos* o mediante testamento. En este último caso la fundación puede ser, igualmente, heredera o legataria, en virtud de la última voluntad según la cual ha sido constituida (art. 4:135 CC). Si el causante hubiera declarado crear una fundación en una última voluntad distinta a la escritura notarial, esta voluntad se considera una carga para el heredero que ha de constituir la fundación (art. 4:135 párr. 2 CC). En ese caso, recae en él la obligación de proceder a la constitución de la fundación (art. 4:135 párr. 3 CC).

Tras su constitución la fundación se debe inscribir en el registro mercantil, mantenido por la Cámara de Comercio. La inscripción no es constitutiva para la obtención de la personalidad jurídica, pero sí es obligatoria. El incum-

plimiento constituye un delito económico. Mientras la fundación no esté inscrita, todo administrador tendrá, además, una obligación solidaria en lo relativo a los actos jurídicos que realice en nombre de la fundación (art. 2:289).

4. *Estatutos y modificación de estatutos*

Los estatutos de una fundación son, en principio, invariables. Los estatutos sólo pueden ser modificados por sus órganos, si los propios estatutos ofrecen la posibilidad para ello, según el artículo 2:293 CC. Se puede limitar la modificación de estatutos a uno o más artículos determinados o a todas las estipulaciones de los mismos. La competencia para modificar los estatutos también puede someterse a la aprobación de otro órgano de la fundación o a una instancia externa a la misma. El constituyente puede atribuirse a sí mismo competencias a este respecto. La modificación de estatutos solo entrará en vigor tras su consignación en una escritura notarial. (art. 2:293 CC).

Además de las posibilidades descritas anteriormente para la modificación de estatutos, la ley prevé la posibilidad de modificación de estatutos por parte de un tribunal. Cabe esta posibilidad si los estatutos no se pueden mantener inalterados razonablemente y si los estatutos no recogen la posibilidad de modificación de estas estipulaciones; o si esta posibilidad sí estuviera recogida en los estatutos, pero si las personas competentes para ello no lo hicieran (artículo 2:294 párr. 3 CC). El fundador, el consejo de administración o el ministerio fiscal pueden solicitar la modificación de los mismos (art. 2:294 párr. 1 CC). El tribunal también tiene esta competencia si la modificación de los estatutos es necesaria para evitar la disolución por motivos de incumplimiento de requisitos legales de los estatutos (art. 2:294 párr. 3 CC). Si se solicitara al tribunal la disolución de la fundación por este motivo, el tribunal es también competente de oficio para modificar los estatutos de la fundación (art. 2:296 CC).

Si el tribunal considera fundada la solicitud, establecerá el nuevo texto de los estatutos. Para ello no está vinculado a la solicitud. No obstante, el tribunal debe establecer un texto que discrepe en lo mínimo posible de los estatutos existentes. Si fuera necesario modificar el objetivo, se debe designar un objetivo que guarde relación con el objetivo existente (art. 2:294 párr. 2 CC).

5. *Consejo de la fundación y control interno*

El procedimiento de designación y cese de los administradores debe estar descrito en los estatutos, según el artículo 2:286 párr. 3, bajo c CC. No obs-

tante, los fundadores suelen designar a los primeros administradores de la fundación en la escritura de constitución⁶⁴. Esto no siempre es posible en el caso de una fundación *mortis causa*. En este caso, los primeros administradores serán designados conforme con la regulación estatutaria. En el derecho holandés los administradores pueden tener una relación laboral con la fundación o recibir una compensación razonable por sus actividades.

Ya que en las fundaciones se puede dar fácilmente la situación de que no haya administradores en funciones, se prevé que el tribunal pueda designar nuevos administradores. El juez dispone de esta competencia a instancias de cualquier interesado o del ministerio fiscal (art. 2:299 CC). El juez dispone de esta competencia si no se puede efectuar la regulación estatutaria relativa a la designación, por ejemplo, porque el órgano competente tampoco tuviera miembros o porque las personas competentes para la designación no ejerzan esta competencia. El tribunal observará en lo posible la regulación estatutaria.

Los administradores de una fundación deben desempeñar sus tareas adecuadamente de acuerdo con la ley (art. 2:9 CC). Al igual que los administradores de toda persona jurídica, el consejo de administración es responsable de la gestión financiera de la fundación. El consejo de administración debe procurar una administración correcta en la que se reflejen en todo momento los derechos y las obligaciones de la fundación (art. 2:10 CC). El consejo de administración debe, además, redactar anualmente en los seis meses siguientes a la finalización del ejercicio anual unas cuentas anuales de la fundación, que incluyan el balance y la cuenta de pérdidas y ganancias, y expresarlas en papel (art. 2:10 párr. 2 CC).

Para una fundación comercial pueden aplicarse disposiciones adicionales relativas a la redacción de las cuentas anuales, el informe de gestión, el control de las cuentas anuales y la publicación de las mismas. Las cuentas anuales se recogen en el Título 9 del Libro 2 CC. Estas disposiciones son de aplicación para las fundaciones si el importe neto del volumen de negocios de sus actividades empresariales durante dos años consecutivos asciende a 4,4 millones de euros o más. En función de regímenes legales específicos pueden regir normativas similares también para fundaciones que desarrollen sus actividades en un sector determinado, como la asistencia sanitaria, en cuyo caso no es de aplicación la normativa recogida en el Libro 2 CC.

⁶⁴ Se considera a los fundadores competentes para ello, vista la estrecha relación con la constitución de la fundación. Ver DIJK y VAN DER PLOEG, ob. cit. (nota 46), párr. 3.8.

El consejo de la fundación debe, además, con arreglo a las limitaciones legales y, si fuera el caso, estatutarias, administrar la organización de la fundación. A ello corresponde también determinar la política (general). El consejo de administración es también competente y responsable de la representación de la fundación, si bien los estatutos pueden otorgar esta competencia a otros, además de al consejo de administración (art. 2:292 CC). Las actividades de la fundación deben dirigirse únicamente a la realización de la finalidad de la fundación. La ley no prevé ninguna normativa para el caso de un posible conflicto de intereses entre un administrador y la fundación. En la doctrina es discutido si el administrador correspondiente puede, en ese caso, representar legalmente a la fundación⁶⁵. Se necesita, por tanto, un régimen legal al respecto.

Un administrador que no desempeñe su tarea correctamente, puede ser considerado responsable de los daños sufridos por la fundación como consecuencia de ello. Para ello es necesario poder hacerle una recriminación *seria* (art. 2:9 CC)⁶⁶. Si la fundación lleva una empresa supeditada al impuesto sobre sociedades, en caso de quiebra de la fundación, los administradores son responsables personalmente del déficit de los bienes, si la quiebra de la fundación es achacable al desempeño incorrecto de sus tareas (art. 2:330a CC).

La ley no establece cuántos administradores deben componer el consejo de administración. Por consiguiente, el consejo de una fundación puede contar con un único administrador. En no pocas ocasiones los estatutos determinan que el consejo de administración debe contar con un mayor número de administradores. Si el consejo de administración está compuesto por dos o más personas, los administradores son responsables solidariamente del desempeño de su tarea de administración. Por este motivo los administradores deben efectuar un control mutuo, en cierta medida.

La ley no prevé que la fundación disponga de otro órgano aparte del consejo de administración. La fundación no tiene en consecuencia ningún órgano de control interno ante el cual deba justificar sus actuaciones el consejo de administración. No obstante, puede preverse en los estatutos. En numerosos sectores hay en vigor Códigos de Gobierno en los que se recoge que los estatutos deben prever un órgano de control —generalmente designados como Consejo de Supervisión— o un órgano administrativo colegiado del que determinados miembros tienen una función de vigilancia —generalmente denominados «administradores no ejecutivos» o «no ejecuti-

⁶⁵ Ver DIJK y VAN DER PLOEG, ob. cit. (nota 46), párr. 9.3.3.

⁶⁶ Ver DIJK y VAN DER PLOEG, ob. cit. (nota 46), párr. 8.6.

vos»—. En estos códigos se suelen regular, además, muchas otras cuestiones, como la composición del consejo de administración y el órgano de control, la manera de toma de decisiones, la distribución de competencias entre los órganos, conflictos de intereses, etc.⁶⁷.

Si los estatutos prevén un órgano de control, la ley impone que las cuentas anuales redactadas por el consejo de administración y el informe de gestión correspondiente sean puestas a disposición de los miembros del órgano de control. Las cuentas anuales deben ser firmadas por todos los miembros del consejo de administración y por todos los miembros del órgano de control, si lo hubiera. Mediante la firma de las cuentas anuales, se asume la responsabilidad del contenido de las mismas. Si faltara una firma, se debe indicar la razón para ello (art. 2:300 párr. 2 CC).

Dado que la ley, a excepción de los puntos mencionados anteriormente, no incluye ninguna normativa relativa al órgano de control de una fundación, los estatutos deben desarrollar la tarea y las competencias del órgano de control y su posición respecto del consejo de administración. La falta de régimen legal también ha supuesto que en la jurisprudencia de menor nivel se haya creído hasta la actualidad que no se puede responsabilizar a los miembros de un órgano de control por un control fallido⁶⁸. En este punto se ha anunciado una legislación que supondrá cambios al respecto. Sin embargo, en el momento de redactar esta aportación aún no se ha presentado ningún proyecto de ley.

6. Control externo

El derecho holandés no conoce ningún organismo público encargado del control de las fundaciones. Las fundaciones tampoco tienen la obligación de publicar sus cuentas anuales e informes de gestión ni de remitirlas a una autoridad de control. Todas las fundaciones que deseen adquirir y conservar

⁶⁷ Sobre este tema ver W. J. M. VAN VEEN, «Corporate governance for Non-Profit Organisations — a legal approach» («Gobernanza corporativa de organizaciones sin ánimo de lucro, una perspectiva legal»), en *Zwischen Markt und Staat (Entre el mercado y el Estado)* H. KOHL, F. KÜBLER, C. OTT y K. SMIDT (eds.), Carl Heymanns Verlag 2008, p. 757-768; y «Comparing regulation of fundraising: self-regulation or governmental regulation?» («Comparación de regulación de recaudación de fondos: ¿autorregulación o regulación gubernamental?»), en K. HOPT y Th. VON HIPPEL (eds.), *Comparative corporate governance of Non-Profit Organisation (Gobierno corporativo comparativo de la organización sin ánimo de lucro)*, Cambridge University Press, 2010, p. 662-698.

⁶⁸ Ver al respecto C. H. C. OVERES: «De stichting en governance: bestuur en toezicht» («La fundación y su gobernanza: consejo de administración y control»), en LENNARTS, VAN VEEN y ZAMAN (red.), *De Stichting (La fundación)*, SDU, Den Haag 2011, p. 74-75.

la situación jurídica de institución de utilidad pública (ANBI, por sus siglas en neerlandés) deben publicar sus cuentas anuales mediante una página web. Las fundaciones pueden, además, estar supeditadas a control estatal por sus actividades específicas. Así, los colegios y hospitales están sujetos al control de las inspecciones. Este control está dirigido principalmente a la calidad de los servicios prestados y es independiente del Derecho de fundaciones.

El hecho de que no exista un organismo público con la tarea específica del control de las fundaciones, no quita para que haya numerosos regímenes legales en los que el tribunal recibe la tarea de protección preventiva de los intereses de la fundación —o si así se desea, de la voluntad del fundador— y evitar que la fundación no pueda seguir desarrollando sus actividades. Ya se han presentado ejemplos al respecto. Es competencia del juez modificar los estatutos si no se pueden mantener inalterados razonablemente o si tuvieran como consecuencia la disolubilidad de la fundación (§ 5.4) y designar a los miembros del consejo de administración si la regulación estatutaria no funciona (§ 5.5). A esta categoría pertenece también la intervención judicial en caso de fusión, división y transformación, tratados en § 5.7.

Además, la ley prevé numerosas medidas represivas que puede adoptar el tribunal para con la fundación o los administradores de la misma, en casos de infracción de las normativas legales y/o regulaciones estatutarias. En este párrafo explicaré más detalladamente las medidas que puede imponer el tribunal. Para iniciar estos procedimientos también es necesaria una instancia. La presentación de dicha instancia es siempre competencia del ministerio fiscal. Por regla general, cualquier interesado es igualmente competente para presentar esta instancia. Con carácter general, pertenecen al círculo de interesados los constituyentes y los miembros de un órgano de la fundación. En casos excepcionales, también puede admitirse a otras personas como interesadas. Para ello, tienen que poder demostrar una relación especial con la fundación y el objeto de la instancia⁶⁹.

A) *Disolución de la fundación*

Se puede solicitar la disolución de la fundación por distintos motivos. Los más importantes son:

i) que su objetivo y/o actividades sean contrarias al orden público (art. 20 CC);

⁶⁹ Ver HR 10 de noviembre de 2006, NJ 2007, 45 y para ejemplos de jurisprudencia de menor nivel, ver DIJK y VAN DER PLOEG, ob. cit. (nota 46), párr. 10.3.3.

- ii) que haya defectos en la constitución de la fundación;
- iii) que los estatutos no cumplan los requisitos legales;
- iv) que la fundación no cumpla los requisitos legales vigentes para esta forma jurídica;
- v) que la fundación infrinja las prohibiciones vigentes para su forma jurídica; o
- vi) que actúe gravemente de forma contraria a sus estatutos (art. 2:21 CC).

Los motivos de disolución citados anteriormente no son solo válidos para la fundación, sino para toda forma de persona jurídica. Además, la fundación se puede disolver:

- vii) si el patrimonio de la fundación es insuficiente para alcanzar su objetivo y es en gran medida improbable que esta situación cambie en un futuro próximo; y
- viii) si se ha alcanzado el objetivo de la fundación o ya no se pudiera alcanzar y no es pertinente la modificación de este objetivo (art. 2:301 CC).

B) *Obligación de facilitar información*

El ministerio fiscal es competente, en determinadas circunstancias, para solicitar informes al consejo de administración de una fundación. Éste es el caso si hay «dudas serias» de si se cumplen de buena fe la ley y los estatutos. En caso de que esta solicitud no sea atendida o lo sea indebidamente, el ministerio fiscal puede solicitar al juez de medidas provisionales que ordene poner a disposición del ministerio fiscal los libros, las actas y otros soportes de información y demostrar el patrimonio de la fundación (art. 2:297 CC).

La cuestión principal de una solicitud semejante es si el ministerio fiscal puede probar que se cumple el requisito de «dudas serias». El legislador ha querido erigir una barrera frente a la intervención superficial del ministerio fiscal⁷⁰.

C) *Suspensión o cese de administradores*

El artículo 2:298 CC describe algunos motivos por los que el tribunal puede cesar a un administrador de una fundación. Estos motivos son:

⁷⁰ DIJK y VAN DER PLOEG, ob. cit. (nota 46), párr. 10.3.2b.

—que el administrador haga algo o deje de hacerlo de forma contraria a la ley o los estatutos o que sea culpable de mala administración (financiera);

—que no cumpla o cumpla indebidamente una orden para facilitar información según lo descrito en el artículo 2:297 CC (tratado anteriormente).

Con esta normativa no se pretende un control completo sobre la política del consejo de administración. La comprobación judicial debe limitarse a la legitimidad de la actuación del consejo de administración. La Corte Suprema aplica esta normativa de modo que solo aprecia motivos de cese si en el momento de realizar la actuación irregular, no había discrepancia razonable sobre su ilicitud⁷¹.

El tribunal puede, durante el curso de la investigación, adoptar medidas provisionales para el consejo de administración y suspender al administrador correspondiente. En la práctica, el tribunal designa a veces a un administrador temporal, quien recibe la tarea de investigar la gestión diaria de la fundación y de informar al juez al respecto.

Un administrador cesado por el juez, no puede ser administrador de una fundación durante un período de cinco años tras el cese (art. 2:298 párr. 3 CC). Sin embargo, no existe un registro público que refleje los nombres de administradores cesados por el tribunal, lo que no facilita la aplicación de esta estipulación.

D) *Anulación de decisiones*

El Código Civil comprende varios motivos de anulación de decisiones de personas jurídicas. Únicamente el tribunal puede proceder a la anulación de decisiones a instancias de un interesado. La normativa general recogida en el artículo 2:15 CC cita como motivos de anulación:

—conflicto con las estipulaciones legales o estatutarias que regulan la toma de decisiones;

—conflicto con el razonamiento y equidad que las personas jurídicas y las personas involucradas en la organización de la persona jurídica deben considerarse recíprocamente;

—conflicto con un reglamento.

Con respecto a las fundaciones, la ley comprende un motivo específico más para la anulación de decisiones. Éste se recoge en el artículo 2:295 CC.

⁷¹ HR 3 de enero de 1975, NJ 1975, 222; HR 20 de abril de 2007, NJ 2007, 241.

El tribunal puede anular una decisión de modificación de los estatutos de una fundación a instancias de la fundación, un interesado o el ministerio fiscal, si la consecuencia de esta modificación es que la fundación pueda ser disuelta (ver arriba). El tribunal puede ejercer esta competencia de oficio, en caso de que se le dirija una solicitud de disolución directamente (art. 2:296 CC). Según lo tratado anteriormente (§ 5.4), el tribunal es también competente de oficio, si fuera necesario, para modificar los estatutos de la fundación.

E) *Corrección de cuentas anuales*

La obligación de redactar las cuentas anuales se ha tratado anteriormente en § 5.5. Si una fundación está supeditada a la legislación contable en virtud del Título 9 Libro 2 CC, se prevé un procedimiento que puede dar lugar a una orden judicial para la modificación de los documentos relativos a las cuentas anuales, incluidos los datos que se deben agregar. Este procedimiento se recoge en el artículo 2:447 CC. Cualquier interesado y el Abogado General pueden presentar la solicitud de esta orden ante el Tribunal de Ámsterdam. Si la fundación es una institución emisora de valores, también es competente para presentar la solicitud la Autoridad Holandesa de Mercados Financieros (*Autoriteit Financiële Markten*). La instancia judicial competente es la Sala de lo Mercantil (*Ondernemingskamer*) del Tribunal de Ámsterdam.

F) *Derecho de investigación*

Las fundaciones que llevan una empresa en la que se debe constituir un comité de empresa⁷², pueden estar supeditadas a un procedimiento de investigación, regulado en la Sección 2 del Título 8 del Libro 2 CC. La instancia judicial competente es la Sala de lo Mercantil (*Ondernemingskamer*) del Tribunal de Ámsterdam. La solicitud es estimable si de la Sala de lo Mercantil se desprende que hay motivos fundados para dudar de una política correcta o una gestión diaria adecuadas (art. 2:350 CC). Son competentes para presentar una instancia respecto a una fundación:

- i) la fundación (art. 2:346 párr. 1 bajo e CC);
- ii) aquellos a los que se haya designado dicha competencia en los estatutos o acuerdos (art. 2:346 párr. 1 bajo e CC);

⁷² Este es el caso si la fundación por regla general tiene más de 50 trabajadores. Ver artículo 2 de la Ley sobre Comités de Empresa (*Wet op de Ondernemingsraden*), Gaceta Jurídica 1971, 54, según la última modificación de 10 de julio de 2013, Gaceta Jurídica 2013, 302.

iii) un sindicato que cuente con miembros entre los trabajadores de la empresa (art. 2:347 CC); y

iv) el procurador general por motivos de interés público (art. 2:345 CC).

Si se estima la solicitud, la Sala de lo Mercantil designa a uno o más expertos que reciben la tarea de realizar una investigación sobre la gestión diaria dentro de un marco determinados formulados por la Sala de lo Mercantil. Los investigadores presentarán informes ante la Sala de lo Mercantil que decidirá si se hace público el informe.

Tras completar el informe, las partes competentes para presentar la instancia pueden solicitar a la Sala de lo Mercantil que constate que se trata de mala política y adopte determinadas medidas. Estas medidas son:

a) anulación o suspensión de las decisiones de un órgano de la persona jurídica;

b) suspensión o cese de administradores o consejeros;

c) nombramiento temporal de administradores o consejeros;

d) apartamiento temporal de los estatutos;

e) disolución de la persona jurídica.

7. Transformación, y fusión y división jurídicas

A) Transformación de y a fundación

Una fundación se puede transformar en virtud del artículo 2:18 CC en otra forma de persona jurídica holandesa. Por lo tanto, es posible la transformación de una fundación en una sociedad de capital, asociación, cooperativa o mutualidad. Lo inverso también es posible: las formas de persona jurídica mencionadas también se pueden transformar en fundación.

Para la transformación se requiere (i) una decisión de transformación, (ii) una decisión de modificación de estatutos y (iii) una escritura notarial de transformación que incluya los nuevos estatutos (art. 2:18 párr. 2 CC). Para la transformación de o a una fundación se requiere además una autorización judicial (art. 2:18 párr. 4 CC). El tribunal denegará la aprobación si una de las citadas decisiones es nula o si se ha solicitado la anulación de la misma. El tribunal denegará asimismo la aprobación si los intereses de aquellos con derecho a voto que hayan votado en contra o de otros que se hayan dirigido al juez no se han respetado suficientemente (art. 2:18 párr. 5 CC). Si no se pueden modificar todas las estipulaciones de los estatutos, no se puede

transformar una fundación, ya que no se puede tomar la decisión de modificación de estatutos requerida.

La ley prevé una norma para la protección del destino del patrimonio que se halle en la fundación. Los estatutos de las personas jurídicas transformadas deben determinar que el patrimonio que tiene la fundación en el momento de la transformación, así como los beneficios del mismo, solo se pueden destinar a otro fin que el dictado antes de la transformación mediante autorización judicial (art. 2:18 párr. 6 CC).

B) *Fusión y división jurídicas*

Las fundaciones pueden, al igual que las sociedades de capital, participar en una fusión jurídica o una división jurídica. Para ello, para la fusión jurídica rige la restricción de que las partes que van a fusionarse todas tengan la forma jurídica de fundación, con la excepción de que la fundación puede ser persona jurídica adquirente de una fusión con una persona jurídica de la que sea único accionista o único miembro (art. 2:310 CC). Para la división jurídica, rige la restricción de que las personas jurídicas adquirentes tengan la forma jurídica de fundación. La excepción a esta restricción es que la fundación puede separar (parte) de su patrimonio a una sociedad de capital (sociedad limitada o sociedad anónima), a condición de que ésta se constituya en el momento de la división y de que la fundación que se divide adquiera todas las acciones (art. 2:334b CC).

El procedimiento para la fusión y división jurídicas es, en líneas generales, igual que el aplicable para sociedades de capital. No obstante, hay una particularidad que solo rige para la fundación: si no se pueden modificar todas las estipulaciones de los estatutos de la fundación, se debe obtener aprobación del juez. En ese caso, el tribunal debe comprobar si la fusión o división es contraria a los intereses de la fundación. El tribunal desestimaré la solicitud si hay razones fundadas para creer que la fusión o división es contraria a los intereses de la fundación. Ver artículo 2:317 párr. 3 CC (fusión) y 2:334m párr. 5 CC (división).

8. *Disolución y saldo positivo*

La fundación se puede disolver mediante decisión de un órgano de la fundación, si se produce un acontecimiento que, según los estatutos, conlleve a la disolución o por parte del juez en los casos previstos por ley (ver § 5.6). Tras la disolución, se debe liquidar el patrimonio de la fundación disuelta

con arreglo a la normativa vigente para la liquidación de personas jurídicas en general (art. 2:23 y ss. CC).

Si tras la liquidación quedara un saldo positivo, éste debe destinarse al objetivo designado para ello en los estatutos o conforme a la regulación de los mismos. Si en función de la regulación estatutaria no se encuentra beneficiario del remanente, recaerá en el Estado. El Estado debe utilizar el remanente, en lo posible, de acuerdo con el objetivo de la fundación (art. 2:23b párr. 1 CC).

La liquidación finaliza en el momento en el que el liquidador no tenga conocimiento de más beneficios (art. 2:23b CC párr. 9 CC). En ese momento también dejar de existir la fundación (art. 2:19 párr. 6 CC).

VI. Formas de la fundación

El derecho holandés comprende un único régimen legal de la fundación. Debido a que no hay limitaciones respecto a la finalidad, excepto las relativas a distribuciones, la fundación se ha desarrollado hasta ser una forma jurídica adecuada para diversas finalidades. En este párrafo trataré varias de estas finalidades para las que se utiliza la fundación.

1. Instituciones de utilidad pública e interés social

La fundación es en Holanda la forma jurídica más utilizada para instituciones de utilidad pública. Para poder ser elegibles para un régimen de baja fiscalidad, la fundación debe ser reconocida por la autoridad fiscal como «ANBI». Por otra parte, también se pueden registrar como ANBI otras formas jurídicas y personas jurídicas extranjeras. Para poder acceder a la clasificación de ANBI, la fundación debe cumplir determinadas condiciones relativas a gobernanza y transparencia.

El estatus de ANBI es importante sobre todo para fundaciones que recaudan fondos entre el público, ya que las donaciones son desgravables, si se cumplen determinadas condiciones, y porque una ANBI no está supeditada a derechos de sucesión o derechos de donación por las donaciones recibidas. El estatus de ANBI es relevante también para fondos patrimoniales, ya que por las donaciones realizadas por una ANBI en el marco de la realización de su finalidad, el donatario no está sujeto a derechos de donación.

El derecho fiscal comprende, además de las ANBI, otra categoría: la institución de interés social (SBBI, por sus siglas en holandés). La SBBI tiene la

característica de que defiende principalmente los intereses individuales de sus socios o un pequeño grupo destinatario. Esto es así, si las actividades contribuyen al desarrollo individual de los socios, a la cohesión de la sociedad o a una sociedad más sana. Como ejemplos, los coros y las sociedades musicales. Una SBBI no paga derechos de sucesión o derechos de donación por las herencias o instituciones de heredero recibidos. Al contrario que en las ANBI, las donaciones a una SBBI no son desgravables para el donante. Por lo tanto, la SBBI tiene un trato fiscal menos favorable que una ANBI. Sin embargo, los requisitos y condiciones para una SBBI son menos estrictos.

2. *Instituciones subvencionadas: colegios, universidades, hospitales, etc.*

La fundación es una forma jurídica muy utilizada para instituciones que ofrecen servicios financiados a partir de fondos públicos. Pensemos, por ejemplo, en colegios, universidades, hospitales, asistencia a jóvenes, instituciones psiquiátricas, etc.

Para estas instituciones —para las que también se admiten otras formas jurídicas— rigen numerosas condiciones para poder acceder a subvenciones. Es característico que para las instituciones admitidas se aplique una legislación que prevé un órgano de participación para los clientes de las instituciones, sus representantes legales y/u organizaciones de protección de intereses⁷³. El estado también controla en estos sectores la calidad de los servicios ofrecidos mediante inspecciones.

Para instituciones activas en uno de estos sectores, a menudo se aplica una legislación específica del sector. En dicha legislación no pocas veces se proporcionan disposiciones relativas al consejo de administración y el control (interno y externo) del mismo. La legislación o proposiciones de ley en los diferentes sectores no muestra una imagen unívoca. Por ejemplo, en un sector puede no estar admitido un modelo de administración monista (*one tier model*) y, consecuentemente, se debe elegir un modelo administración dualista (un modelo con consejo de administración y un órgano de control), mientras que en otro sector se puede dar forma al consejo de administración y al órgano de control tanto en un sistema monista como dualista. En la doctrina se señalan estas inconsistencias⁷⁴.

⁷³ Ver al respecto DIJK y VAN DER PLOEG, ob. cit. (nota 46), párr. 10.4.1.

⁷⁴ Ver C. H. C. OVERES: «Worstelen met governance van semi-publieke instellingen en pensioenfondsen» (Lidiar con gobernanzas de instituciones semi-públicas y fondos de pensiones), WPNR, 2013 (6996), 1038-1048.

3. *Fundaciones estatales*

Las fundaciones estatales, es decir, instituciones constituidas por el Estado u otra administración pública o en las que el Estado ejerce un poder de decisión dominante, también son una forma de fundación⁷⁵. En los Países Bajos no hay un régimen legal separado para la fundación estatal. El Estado utiliza fundaciones para numerosas finalidades. La autoridad pública desempeña a menudo una función en las fundaciones estatales. En lo que respecta al ejercicio de esa autoridad, se rigen por la Ley General de Derecho Administrativo (*Algemene Wet Bestuursrecht*) y, llegado el caso, normativas más específicas de derecho administrativo. Para la constitución de fundaciones estatales el derecho público prevé disposiciones de autorización específicas, que en la práctica no siempre se cumplen.

4. *Fundaciones de pensiones*

La fundación es una forma jurídica muy utilizada para fondos de pensiones. Los fondos de Pensiones están supeditados a una legislación específica, particularmente la Ley de pensiones (*Pensioenwet*)⁷⁶. La Ley de Pensiones incluye normas más detalladas sobre la constitución del consejo de administración y el control del fondo de pensiones. Esta ley también prevé la toma de decisiones de los participantes en el fondo de pensiones.

5. *Fundaciones familiares*

Para la gestión de patrimonios (familiares) extensos se utiliza, por lo general, una fundación. En no pocas ocasiones, el objetivo de la fundación incluye, además de la gestión de dicho patrimonio, el apoyo financiero a los miembros de una familia determinada, por ejemplo, para estudios, casos de enfermedad o problemas financieros. Este tipo de retribuciones tienen la consideración social. La fundación también se utiliza para la gestión de patrimonio, en la que se efectúan retribuciones periódicas que no tienen necesariamente una significación social. El énfasis recae en la gestión del patrimonio.

6. *Fundaciones comerciales*

En los Holanda las fundaciones que llevan una empresa con ánimo de lucro no son una excepción. Los beneficios de ese tipo de actividades no se

⁷⁵ Ver al respecto ASSER y RENNSSEN 2-III* 2012, párr. 307.

⁷⁶ Ley de 7 de diciembre de 2006, Gaceta Jurídica 2006, 705.

pueden, naturalmente, hacer efectivos, ya que sería contrario a la prohibición de distribución. De este modo, no hay impedimentos para que la fundación pueda contratar a personas o pueda proporcionar una tarea para la prestación de servicios y pagar por ello una contrapartida. Mientras la contrapartida sea acorde con el mercado y no esté relacionada con el beneficio de la fundación, la prohibición de retribuciones no entra en juego.

Las fundaciones comerciales tienen un trato (casi) igual en el Derecho fiscal que el de otras personas jurídicas con actividades comerciales. Están sujetas al impuesto sobre sociedades sobre el beneficio obtenido de sus actividades comerciales. Las fundaciones que por regla general tengan más de 50 empleados contratados, están, además, obligadas a contar con un comité de empresa. Esta obligación rige, por otra parte, no solo para fundaciones comerciales. Ya se ha tratado anteriormente la aplicabilidad del derecho de investigación (§ 5.6f) y la legislación contable (§ 5.5) sobre fundaciones empresariales. Aquí quiero mencionar únicamente que las normas que establecen limitaciones al número de posiciones que puede adoptar una persona como administrador o consejero de una gran empresa, también son aplicables para las fundaciones que en virtud del Título 9 Libro 2 CC o una normativa similar (ver § 5.5), tienen la obligación de redactar y publicar sus cuentas anuales (art. 2:297a y 2:297b CC).

7. *Fundación gestor administrativo-separación de derechos financieros y derechos de toma de decisiones*

En la práctica, las fundaciones se utilizan mucho para controlar la toma de decisiones sobre una sociedad de capitales (cotizada en bolsa o limitada). Para ello, se transfieren las acciones de la sociedad a la fundación contra emisión de «certificados de acciones» por parte de la fundación. Las denominadas condiciones administrativas controlan la relación entre la fundación y los titulares de los certificados. En función de las condiciones administrativas la fundación debe abonar a los titulares de los certificados los dividendos y otras retribuciones que reciba de las acciones. De esta manera, la fundación no tiene ningún interés económico en las acciones. Como la fundación es la titular de las acciones, ejerce los derechos de toma de decisiones vinculados a las mismas⁷⁷. La fundación debe proteger los derechos de los titulares de los certificados adecuadamente de acuerdo con su finalidad y en función de

⁷⁷ En caso de acciones cotizadas en bolsa, la fundación debe otorgar a los titulares de certificados un poder para la emisión de voto, a menos que la sociedad se encuentre en dificultades. Ver artículo 2:118a CC.

las condiciones administrativas. Esta estructura se utiliza para evitar que los accionistas causen inconvenientes por comportamientos irracionales, incompetentes o agresivos.

Titulización-«bankruptcy remote structures» (estructuras inmunes a la quiebra).

Una fundación constituida con el objetivo de gestionar patrimonio, se puede organizar fácilmente de modo que no incurra en costes o costes imprevistos. Por este motivo la fundación también es adecuada para gestionar determinados activos del patrimonio de forma segura sin riesgo de problemas con acreedores. Así, la fundación es sumamente adecuada para llevar a puerto seguro el patrimonio fundamental para la gestión de una institución frente a responsabilidades. Si se comete un error en la gestión que conlleva responsabilidades, de este modo no se pone en peligro directamente la empresa al completo. Esta aplicación se ve a menudo en hospitales e instituciones similares. Por la misma razón, la fundación es también adecuada para la actuación como agente de custodia (*escrow agent*), la estructuración de inversiones y la titulización de activos. La relación entre la fundación y los «beneficiarios» toma forma más detallada mediante acuerdos contractuales.

VII. Conclusión

La utilidad y popularidad de la fundación se deben en gran parte al hecho de que el legislador no se ha inmiscuido en ella durante un período prolongado y que el legislador, una vez que procedió a su legislación en 1956, no quiso interrumpir la práctica existente hasta ese momento. Esto ha supuesto que la fundación se pueda constituir sin intervención gubernamental, sin necesidad de aportar fondos de dotación y sin estar vinculada a una finalidad altruista. Por lo demás, la normativa siguió siendo concisa, lo que favoreció la libertad de constitución. Bien es cierto que la ley incluyó la prohibición de socios, pero debido a su limitada importancia, dejó lugar para utilizar la fundación como alternativa a la asociación para numerosas aplicaciones.

El legislador no vio motivo alguno para revisar de nuevo la normativa sobre fundaciones cuando esta se incorporó al Código Civil. Por ello, la normativa se ha mantenido básica en numerosos puntos. La fundación ha podido así desarrollarse hasta convertirse en una forma jurídica polifacética, en la que no solo se gestiona el patrimonio, sino dentro de la que también actúan numerosas formas de colaboración y grandes organizaciones gestionadas profesionalmente.

Por todo esto, el régimen legal de la fundación se puede seguir considerando incompleto. La fundación se benefició en un principio de la falta de interés por parte del legislador, pero se constata que, con el tiempo, esto ha supuesto lagunas e inconsistencias. Varias de ellas se han tratado anteriormente, como la falta de normativa adecuada de control interno y el conflicto de intereses. Se espera que el legislador proponga un proyecto de ley en un futuro próximo. Mas los molinos de la legislación giran lentamente.

CRÓNICA DE IBEROAMÉRICA



Recursos privados para la transformación social. Filantropía e inversión social privada en América Latina

Rodrigo Villar Gómez

Investigador Asociado al Centro de Investigaciones y Estudios sobre Sociedad Civil.
A. C. México

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL SECTOR FUNDACIONAL, LA INVERSIÓN SOCIAL Y LA FILANTROPÍA.—III. EL CRECIMIENTO DE LA ISP EMPRESARIAL.—IV. ESTRATEGIAS PARA AMPLIAR LA ESCALA Y EL IMPACTO DE LA ISP.—V. LA ISP Y LAS RELACIONES CON LAS ORGANIZACIONES DE LA SOCIEDAD CIVIL (OSC).—VI. TRANSPARENCIA, EVALUACIÓN Y APRENDIZAJE: NUEVOS TEMAS EN LA AGENDA DE LA ISP.—VII. RETOS Y DESAFÍOS PARA EL FUTURO DE LA ISP Y LA FILANTROPÍA.—REFERENCIAS.

I. Introducción

El presente documento es una síntesis del libro *Recursos privados para la transformación social: Filantropía e Inversión Social Privada en América Latina hoy* (VILLAR, R., 2016), en el cual se presenta un análisis sobre las tendencias y retos de la filantropía y la inversión social privada institucional en la región y se identifican las oportunidades para mejorar su impacto en el futuro. El libro es el resultado de una iniciativa conjunta de cuatro asociaciones de fundaciones de América Latina: el Grupo de Fundaciones y Empresas de Argentina (GDFE), el Grupo de Institutos, Fundaciones y Empresas de Brasil (GIFE), la Asociación de Fundaciones Empresariales de Colombia (AFE), y el Centro Mexicano para la Filantropía (Cemefi). Estas asociaciones contaron con el apoyo activo de la Fundación Avina, Avina Americas, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y el Worldwide Initiatives for Grantmaking Support (WINGS).

Para la realización de este trabajo se hizo una revisión documental, entrevistas y grupos focales en Argentina, Brasil, Colombia y México. Los grupos focales fueron convocados por las asociaciones de fundaciones en cada país y en varios de ellos sus directores y las entidades asociadas participaron activamente. El estudio contó con un Comité Asesor compuesto por los

directores de las entidades que lo promovieron y allí se discutió el diseño y los avances de la investigación.

Son pocas las iniciativas en este campo que han buscado tener una visión regional y comparativa entre países. La presente es la primera que tiene la orientación e impulso de las principales asociaciones de fundaciones de la región. Una iniciativa previa fue la coordinada por Cynthia SANBORN y Felipe PORTOCARRERO que lleva como título «Filantropía y cambio social en América Latina» (2005). En un capítulo introductorio, SANBORN sintetiza las tendencias existentes una década atrás. Entre ellas, el crecimiento de la filantropía secular organizada y especialmente el de la filantropía empresarial; el avance incipiente de la filantropía comunitaria; el predominio de la operación de programas sobre las donaciones; la prioridad de la educación y la capacitación como temas programáticos de las fundaciones privadas y de los programas empresariales, así como el bajo peso de los derechos humanos, las libertades civiles y la promoción de la democracia en la agenda de las fundaciones; el desarrollo de algunos programas de fortalecimiento de organizaciones de la sociedad civil y la baja atención de los temas de transparencia y sometimiento al escrutinio público por parte de las fundaciones (SANBORN, C., en SANBORN, C. y PORTOCARRERO, F., 2005:10-11).

Como veremos en este documento, varias de estas tendencias se han consolidado en los últimos años y algunas pocas nuevas se han desarrollado en ese mismo período. Entre las primeras, podemos incluir a la inversión social empresarial, la tendencia más relevante en la región en el siglo XXI. El tema prioritario continua siendo la educación, mientras que los derechos humanos, la democracia y las libertades civiles siguen siendo temas marginales. La filantropía comunitaria ha continuado sus avances y se han propuesto diferentes estrategias de fortalecimiento de Organizaciones de Base (OB), mientras que el fortalecimiento de otro tipo de Organizaciones de la Sociedad Civil (OSC) no es un tema que se haya consolidado en el mundo fundacional.

Entre los nuevos temas está la rápida profesionalización del sector y el desarrollo de la capacidad de gestión interna de las fundaciones, así como la creación de redes nacionales y regionales y algunas alianzas entre las mismas fundaciones. Otra tendencia es la creciente preocupación por el impacto, la escala y la sostenibilidad de los programas, así como la importancia que ha ganado la evaluación en el discurso fundacional. Como parte de esta preocupación por el impacto, ha crecido el apoyo a las soluciones sociales de mercado (negocios sociales, negocios en la base de la pirámide, negocios inclusivos), así como el interés por establecer alianzas público-privadas y por

influir en políticas públicas. Los temas de transparencia y rendición de cuentas han adquirido importancia y se empieza a avanzar en formas concretas para ponerlos en práctica.

Un cambio muy fuerte en la última década, posiblemente relacionado con el peso creciente de las empresas en el mundo fundacional, es la gran importancia que ha adquirido el concepto de Inversión Social Privada (ISP) sobre el de filantropía pero, como veremos, este último concepto recientemente empieza a recuperar algo del terreno perdido, en cuanto a su significado y alcance.

II. El sector fundacional, la inversión social y la filantropía

Antes de iniciar un análisis más detallado de las tendencias es importante hacer una breve aclaración sobre la inversión social privada y filantropía y sobre las entidades que la realizan, las cuales son el foco del estudio. En muchos momentos del documento llamamos a estas entidades, el sector fundacional, pero aunque suene paradójico, cuando nos referimos al «sector fundacional» o a las entidades que hacen ISP no estamos hablando de todas las entidades que jurídicamente se han conformado como fundaciones, ni tampoco incluimos en el sector solamente a las entidades constituidas como fundaciones.

Lo que denominamos el «sector fundacional» es un subsector de las entidades no lucrativas. Este subsector tiene diferentes denominaciones jurídicas en cada país¹. Lo que tienen en común es que tienen recursos propios para mantener su operación, realizar donaciones u operar programas. Estos recursos provienen de legados, fondos patrimoniales o de fuentes permanentes de sus fundadores, ya sean estas empresas, familias o individuos. Es decir, no incluimos en el sector fundacional a las entidades que buscan permanentemente recursos para operar sus programas, lo que se denomina en inglés *grantseekers*, a pesar de que dentro de este grupo en América Latina exista un buen número de entidades constituidas jurídicamente como fundaciones.

En este sector fundacional, como en el empresarial de Argentina, Brasil y Colombia el término de Inversión Social Privada (ISP) tomó una gran importancia en lo que va corrido del siglo XXI. En México, a diferencia de los otros países, la filantropía ha sido el término preponderante, quizás porque el

¹ En Brasil son asociaciones o fundaciones; en Colombia son asociaciones, corporaciones o fundaciones; en Argentina son asociaciones civiles o fundaciones y en México, Asociaciones Civiles (A.C.); Instituciones de Asistencia Privada (I.A.P.), Asociaciones de Beneficencia Privada (A.B.P.), Institución de Beneficencia Privada (I.B.P.) o Sociedad Civil (S.C.).

Cemefi lo promovió como concepto central desde su creación. La asociación que contó por primera vez con una definición institucional de ISP fue el GIFE. Su definición con unos pequeños ajustes ha sido retomada por las otras asociaciones. Para el GIFE la ISP «es el traspaso voluntario de recursos privados de forma planeada, monitoreada y sistemática para proyectos sociales, ambientales y culturales de interés público» (DEGENSAJN, A. y RIBEIRO, Pamela, en DEBONI, F., 2013, pp. 9-20).

El concepto de ISP se construyó, en muchos casos, en contraposición a la filantropía. Se decía por ejemplo que mientras la ISP es estratégica, sistemática, orientada a resultados, de largo plazo, interesada por el impacto, la sostenibilidad y la transformación social, la filantropía era de corto plazo, asistencial, puntual, individual, motivada más por el sentimiento y la pasión que por la reflexión y análisis, no focalizada, ni estratégica, no generadora de valor social, no generadora de capacidades, y más relacionada con dar el pescado que con la enseñanza del pescar. En esta perspectiva dicotómica, la filantropía y la ISP aparecían como dos aproximaciones contradictorias y se concluía que la filantropía debería convertirse en ISP.

Sin embargo, algo interesante en las entrevistas y grupos focales realizadas para este estudio fue constatar que la filantropía está empezando a recuperar un valor positivo en la región, e incluso en algunos casos, a ser entendida con el significado que una buena parte de la comunidad internacional suele darle. La explicación para este cambio se relaciona con la crítica que empieza a surgir sobre el retorno, elemento siempre asociado a la inversión social, y especialmente al retorno esperado por las empresas y las fundaciones empresariales. Para algunos directores de fundaciones entrevistados, la búsqueda de retorno es la expresión de una «racionalidad instrumental» que se está imponiendo poco a poco en el mundo fundacional y que como veremos, se relaciona con el predominio de las fundaciones empresariales en el sector fundacional. Una racionalidad que considera que el mercado y la visión empresarial son formas más adecuadas y sostenibles para la transformación social que las acciones orientadas por aquellos valores que están en el centro de la filantropía: la solidaridad, la generosidad y el altruismo.

No es casual entonces que en este ambiente, donde empieza a analizarse de manera crítica la centralidad del retorno en el concepto de ISP, surjan voces que quieran retomar positivamente la filantropía o algunos de sus elementos constitutivos como la generosidad y la solidaridad, y que busquen ubicar a la filantropía y a la ISP como parte de un continuo, evitando así una visión dicotómica y contrapuesta de los mismos. En la siguiente sección se volverá sobre este tema.

III. El crecimiento de la ISP empresarial

Una de las tendencias más destacadas de los últimos años es el crecimiento de la ISP empresarial. Esta tendencia se expresa tanto por el incremento de fundaciones empresariales como por el aumento de los programas de inversión social directa de las empresas. Este crecimiento es en parte un resultado de la mayor conciencia de los empresarios de ser corresponsables del cambio social y de la expansión del movimiento de responsabilidad social empresarial, y en parte también de la presión ciudadana para que las empresas jueguen un papel más activo y responsable en el desarrollo social. Veamos algunos de los elementos de esta tendencia.

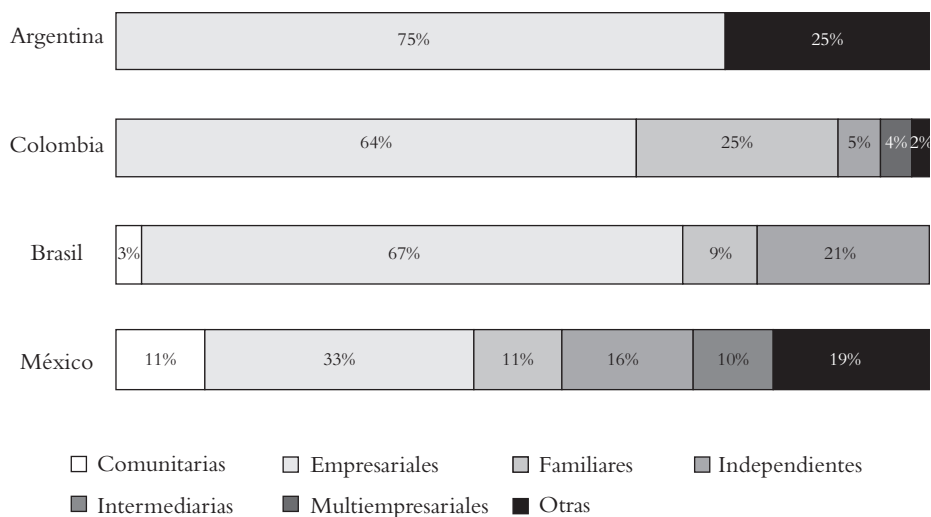
El crecimiento de las fundaciones empresariales. Actualmente, en el mapa fundacional de la región predominan las fundaciones empresariales. En relación al total de fundaciones, las empresariales representan el 75 % en Argentina, el 67 % en Brasil, el 64 % en Colombia y 33 % en México². (Ver Gráfico 1). Este peso de las fundaciones empresariales es una característica distintiva de la región en comparación con Estados Unidos, donde las fundaciones empresariales corresponden solamente al 3 % del total de las fundaciones. Las fundaciones independientes son las que predominan en ese país, siendo 91 % del total. (Foundation Center: 2014).

El predominio las fundaciones empresariales en la región es un fenómeno reciente. En el siglo XXI fueron creadas en México el 71 % de las fundaciones empresariales; mientras que en Colombia y Brasil, un poco menos de la mitad (41 % y 47 % respectivamente). Si tomamos el período de creación desde 1991, la casi totalidad de la fundaciones empresariales mexicanas (94 %) fueron creadas después de ese año, 80 % de las colombianas y 71 % de las brasileñas. (Ver Tabla 1).

La tendencia a la alineación entre fundaciones empresariales y empresas. En sus pocos años de existencia han sucedido varios cambios en su manera de operar. Uno de gran importancia es el proceso de alineación entre la fundación y la empresa. De las fundaciones empresariales creadas como «brazos sociales» de las empresas y en cierta medida, separadas del negocio, se ha ido pasando a las fundaciones alineadas. El mantra actual es que la buena inversión social empresarial es aquella que es buena tanto para la

² En México el porcentaje de fundaciones empresariales seguramente es más alto, pues en el estudio reciente realizado por el CIESC en alianza con Cemefi se identificaron 131 fundaciones empresariales, mientras en el directorio de Cemefi de donde estamos tomando la información para el porcentaje sólo hay 47 fundaciones empresariales. (VILLAR, R; BUTCHER, J; GANDINI, L y SORDO, S. 2014: 54).

GRÁFICO 1
Distribución de las fundaciones latinoamericanas por tipo



Fuente: Elaborado por FUNDACIÓN AVINA (InContext 75) con información de VILLAR, R. 2016.

TABLA 1
Períodos de creación de las fundaciones empresariales según países

Creadas	México	Colombia	Brasil
A partir de 2001-2	71 %	40,9 %	47 %
A partir de 1991-2	94 %	65,4 %	71 %
Antes de 1991-2	6 %	34,0 %	29 %

Fuente: Censo GIFE, 2011-2012: 17. FUNDACIÓN DIS Y FUNDACIÓN PROMIGAS, 2012: 25. VILLAR, R.; BUTCHER, J.; GANDINI, L.; SORDO, S., pp. 57-58, 2014.

sociedad como para la empresa³. El valor compartido y el «gana-gana» predominan en el pensamiento empresarial existente sobre la ISP. Como se dijo en uno de los grupos focales, «la ISP corporativa ha pasado de apoyar causas sociales por el valor y relevancia de la causa, a apoyar causas sociales que

³ Ver por ejemplo: UNIETHOS, 2012:12; INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION, 2010:3 y PORTER, M. y KRAMER, M., 2011.

generen retorno, que beneficien a la sociedad y también a la empresa». Con esta filosofía, lo que no beneficie a la empresa, a pesar de beneficiar a la sociedad, encuentra actualmente menos apoyo.

Las cifras de Colombia, Brasil y México muestran con claridad este proceso de alineación. Actualmente las fundaciones empresariales que están parcial o totalmente alineadas sobrepasan de manera importante a las no alineadas. De acuerdo con los datos del censo de la AFE, 18 % de las fundaciones están «totalmente alineadas», 79 %, «parcialmente alineadas» y solo el 3 % «no están alineadas» (AFE, 2015). En Brasil, el porcentaje de fundaciones empresariales «parcialmente vinculadas» es de 52 % y aquella donde «todas las acciones están vinculadas» es de 11 % (GIFE, 2013: 19). En el caso de México, el 42 % no fueron creadas como instrumento de RSE, pero en la actualidad solo 18.8 % del total de las fundaciones no hace parte de la RSE. (VILLAR, R., BUTCHER, J., GANDINI, L. y SORDO, S., 2014: 106).

Crecimiento de la ISP directa de las empresas. Junto al crecimiento y dinamismo de las fundaciones empresariales, la otra tendencia importante es la ampliación en la ISP directa de las empresas. La información sobre las contribuciones corporativas de la edición 2014 del *Committee Encourage Corporate Philanthropy* (CECP), si bien no es producto de una muestra representativa de empresas latinoamericanas, es la única información comparativa sobre el tema para la región y otros continentes. Al clasificar los aportes empresariales en contribuciones directas y contribuciones a través de las fundaciones empresariales, sobresalen las contribuciones directas de las empresas con un 74 % (CEPC, 2014:8).

En Brasil, Comunitas ha producido desde 2007 un reporte anual, el «Benchmarking do Investimento Social Corporativo» (BISC). El reporte de 2013 trae información de gran interés sobre la evolución entre la aplicación directa de las empresas y la transferencia a las fundaciones e institutos. La mayor parte de las empresas del BISC (83 %) tenía fundaciones o institutos para actuar en el campo social. Del total de los R\$ 2.5 invertidos en 2012, el 63 % de los recursos destinados al área social fueron aplicados directamente por las empresas, 34 % por los institutos o fundaciones y 3 % en bienes y servicios. Estos porcentajes han ido variando en el tiempo, con una tendencia clara de aumento del peso relativo de la aplicación directa de empresas en relación con fundaciones e institutos. La proporción de la inversión directa de las empresas fue aumentando de 57 % en 2010, a 59 % en 2011 y 63 % en 2012, mientras que los porcentajes correspondientes para las fundaciones e institutos disminuyeron de 43 % (2010), 41 % (2011) a 34 % (2012) (Comunitas, 2013: 30-33).

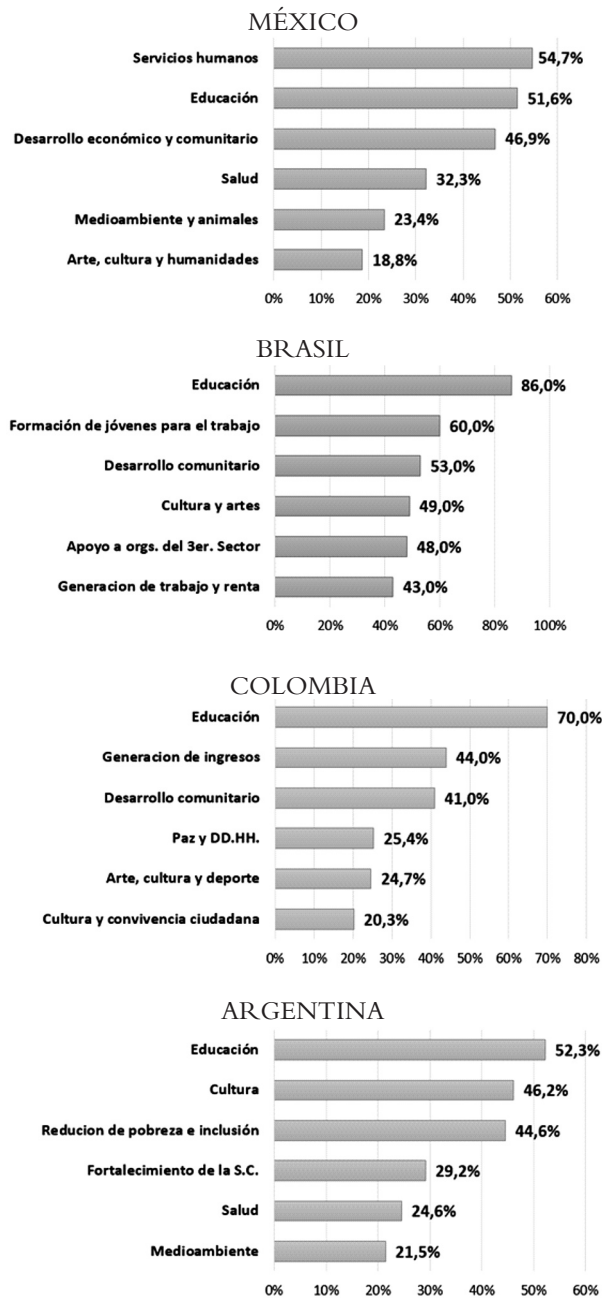
Las implicaciones del predominio empresarial. Un tema recurrente en las entrevistas y en los grupos focales, fue la reflexión crítica sobre las implicaciones del predominio empresarial en la ISP. Una reflexión crítica especialmente centrada en la forma de entender la alineación y el retorno de la inversión, así como sobre la pérdida de la centralidad de la solidaridad como valor guía en las estrategias de ISP.

El problema señalado por varios de los entrevistados, no fue la alineación de las fundaciones con las empresas, ni la búsqueda de valor compartido, sino el desequilibrio cuando se privilegia el interés privado sobre el público. Como dijo un ex director de una asociación de fundaciones en una entrevista: «la razón de ser de las fundaciones es contribuir al cambio social, pero esa idea se diluye en muchos casos cuando se privilegia la búsqueda del retorno para la empresa y el beneficio particular». Las fundaciones son patrimonios afectados a fines públicos y por tanto no pueden quedar limitadas a ser los instrumentos de gestión empresarial para el manejo de sus intereses.

Sobre el retorno se comentó también que en muchos casos está siendo entendido de una forma muy limitada, pues el énfasis se pone en el retorno para la empresa particular que ejerce la ISP y no un retorno en escalas mayores. Sobre este tema, una directora de RSE de una empresa dijo: «la idea del valor compartido ha generado una lógica de *mis* proyectos e iniciativas que tienen retorno para *mi* empresa y eso limita el horizonte para el trabajo. Debería pensarse en temas mayores (institucionalidad, democracia, transparencia) que tienen retornos pero en escalas mayores. No benefician sólo a una empresa en particular sino al conjunto de las empresas. Son temas más públicos que requieren de acciones colectivas mayores y más complejas, pero que al final tienen retorno para todos».

Prioridades temáticas en la agenda de la ISP. Al comparar las prioridades temáticas de las fundaciones, lo primero que destaca es que, a excepción de México, en los demás países de la región la educación es el tema prioritario del sector fundacional. Como puede observarse en el Gráfico 2, el 86 % de las fundaciones de Brasil, 70 % de las de Colombia (asociadas a la AFE) y 52 % de las de Argentina tienen a la educación como tema programático. En México, la educación es la segunda área (52 %), en una proporción muy cercana a la principal. Para los países sobre los que tenemos información sobre las áreas de inversión social directa de las empresas, también la educación es la principal área de inversión. El 90 % de las empresas brasileñas del grupo BISC invierten en educación (Comunitas, 2013: 37) y en Argentina 70 % (GDFE y RACI, 2012:15).

GRÁFICO 2
Prevalencia temática entre los inversores sociales por país



Fuente: Elaborado por FUNDACIÓN AVINA (InContext 75) con información de VILLAR, R., 2016.

Los temas de desarrollo comunitario y desarrollo económico tienen un lugar importante en la agenda de ISP después de la educación. En Colombia, los proyectos de generación de ingresos ocupan el segundo lugar de las prioridades (44 % de las fundaciones tienen programas en esas áreas). En Brasil, el desarrollo comunitario es la tercera prioridad. 53 % de las fundaciones tienen programas de desarrollo comunitario. Dos áreas relacionadas con el desarrollo económico ocupan lugares importantes en ese país, la formación de jóvenes para el trabajo y la ciudadanía está en el segundo lugar de importancia con un 60 % de fundaciones y la generación de trabajo y renta, ocupa el sexto lugar con 48 % de fundaciones con programas en dicha área.

A diferencia de Brasil y Colombia, en México el desarrollo comunitario y el económico tienen una muy baja participación entre las fundaciones empresariales (17 %, el primero y solamente 5 %, el segundo). En Argentina, solamente un 9 % tienen programas en «economía». La clasificación de ese país no utiliza la categoría de «desarrollo comunitario», pero seguramente está al interior de los programas orientados a la «reducción de la pobreza y la inclusión», los cuales constituyen la tercera prioridad con un 45 % de fundaciones que tienen programas en esa área. La segunda prioridad en Argentina para las fundaciones es la cultura con un 46 % de fundaciones con programas en esa área, similar a Brasil (53 %) y considerablemente más alto que Colombia (20 %) y México (19 %).

Algunos temas sobresalen por la baja importancia que tienen en el mundo de la ISP. Uno que queremos resaltar es el de derechos humanos. Brasil es el país que tiene un mayor porcentaje de fundaciones con programas en el tema (41 %), pero es su novena prioridad temática. En Colombia, 25 % de las fundaciones tienen programas en una categoría que incluye derechos humanos, paz y superación del conflicto. Esta categoría es la tercera prioridad. En Argentina es la séptima prioridad, con un 20 % de fundaciones con programas en el área. En México, los derechos humanos están al interior de la categoría de «utilidad pública», pero no tenemos datos desagregados.

En relación con las empresas, el reporte del BISC nos dice que solo 25 % de ellas en Brasil tienen programas orientados a la defensa de derechos, un porcentaje más bajo que el de las fundaciones e institutos participantes en ese estudio (36 %) (Comunitas, 2013: 37). En el caso de Argentina, el porcentaje de empresas con programas en derechos humanos también es bajo (23 %), pero a diferencia de Brasil, es un porcentaje mayor que el de las fundaciones (20 %) (GDFE, 2012:25).

El reto de la diversidad en el sector. El predominio del sector empresarial ha conducido a diferentes líderes nacionales y fundaciones interna-

cionales a promover una mayor diversidad en el sector y a impulsar con mayor fuerza alternativas independientes y comunitarias. Varias estrategias se proponen en Brasil y en otros países para ampliar la diversidad de la ISP (DEGENSZAJN, A. y RIBEIRO, P., en DEBONI, F. 2013: 25-26). Entre ellas:

- El impulso y fortalecimiento de las fundaciones familiares, independientes y comunitarias.
- El desarrollo de fondos independientes y programas de donaciones de las fundaciones, orientadas al fortalecimiento de la sociedad civil.
- El fortalecimiento de los negocios sociales que proponen triple rentabilidad (económica, social y ambiental).
- El fortalecimiento de la filantropía comunitaria que está creciendo en la región pero tiene aún un gran potencial.
- El desarrollo de mecanismos como el *crowdfunding* o microdonaciones de individuos, para promover un mayor apoyo ciudadana a causas sociales.

IV. Estrategias para ampliar la escala y el impacto de la ISP

Una importante tendencia de los últimos años es el interés de las fundaciones por ampliar la escala e impacto de la ISP. Para esto han desarrollado múltiples estrategias. Entre ellas:

Apoyar programas de desarrollo territorial. A diferencia de las estrategias orientadas al apoyo de individuos o de organizaciones en áreas temáticas específicas, el desarrollo territorial o local es una estrategia de largo plazo que tiene como unidad al territorio. El desarrollo local busca generar las condiciones para el trabajo mancomunado de organizaciones y líderes de dicho territorio y sinergias a partir de una agenda común, construida de manera participativa. (Ver VILLAR, R. 2007: 20-30).

La promoción de agendas compartidas. Junto a la estrategia de articulación territorial, existen en la región importantes avances en el plano de la articulación temática. Un campo temático donde la articulación ha sido fructífera en los últimos años es la educación. Un buen ejemplo a nivel regional es la Red Latinoamericana de Organizaciones de la Sociedad Civil para la Educación (Reduca), una red de 14 miembros en diversos países de la región comprometidos con la educación inclusiva y de calidad⁴. Reduca no sólo es un buen ejemplo de articulación regional, sino que muchos de

⁴ Ver <http://www.reduca-al.net/nosotros>.

sus miembros son expresión de formas institucionales compuestas por un conjunto de actores y por instituciones promotoras del trabajo colaborativo en torno a la educación.

Otro campo donde se están dando procesos de articulación es el desarrollo comunitario. En este campo existe una amplia experiencia a nivel nacional y regional. Un ejemplo destacado en este campo es RedEAmérica, una red de fundaciones empresariales y empresas que tiene más 80 miembros de 11 países de la región⁵. La red de United Way es otro ejemplo importante de articulación en la región. Al igual que RedEAmérica y que Reduca, esta red regional se alimenta de variados procesos de articulación a nivel nacional y por otro lado, es parte de una red global⁶.

En el ámbito nacional se constituyó recientemente (2012) en Argentina, la Confederación de la Sociedad Civil⁷. En Brasil, se creó la Red de Fondos Independientes para la Justicia Social con participación de fundaciones comunitarias y fondos con causas sociales en temas como equidad racial, equidad de género y derechos humanos⁸. En Colombia, en el primer semestre de 2015 se lanzó la «Plataforma de Colaboración Post 2015 para la Filantropía y la Inversión Social Privada». Este es un ejemplo muy interesante de estrategia de colaboración público privada en torno a una agenda global, los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). Colombia es uno de los cuatro países seleccionados para desarrollar un piloto en torno a esta colaboración. Próximamente se lanzará en Brasil con el apoyo de GIFE⁹.

El desarrollo de modelos replicables: otra forma de escalar la ISP. La innovación social se ha convertido en una estrategia de gran relevancia para afrontar temas claves en la región, como se mostró en Encuentro Cívico Iberoamericano (octubre 6 y 7, 2014), un encuentro de redes y organizaciones de la sociedad civil para generar recomendaciones para la Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno. En este Encuentro la innovación social en educación y cultura para la equidad e inclusión fueron los temas centrales de la agenda y se presentaron varias innovaciones sociales desarrolladas por OSC de la región que han escalado nacional e internacionalmente. (CIESC. 2014: 43-48).

⁵ Ver www.redeamerica.org.

⁶ Ver <http://worldwide.unitedway.org>.

⁷ Ver <http://confederaciondelasociedadcivil.blogspot.mx/>.

⁸ Ver www.rededefundos.org.br.

⁹ Ver http://www.co.undp.org/content/colombia/es/home/operations/projects/poverty_reduction/plataforma-de-colaboracion-pos-2015-para-la-filantropia-y-la-inv.html.

Existen buenos ejemplos de innovaciones sociales apoyadas por fundaciones y replicados en varios países del región, como el modelo «Cómo Vamos» desarrollado por la Fundación Corona¹⁰, el modelo de apoyo a la microempresa desarrollado por la Fundación Carvajal¹¹, o las Escuelas Aceleradas que tuvieron un importante escenario para su desarrollo en Brasil con el apoyo de las fundaciones¹². Para algunos conocedores del mundo fundacional, como Francisco Tancredi, ex director de la Fundación Kellogg para América latina, el principal papel que podrían ejercer las fundaciones es el de la «innovación social para iluminar nuevos caminos para la sociedad, más que complementar o corregir los déficit de las acciones de las políticas gubernamentales... y fomentar modelos innovadores... alimentar políticas públicas y el arsenal de buenas prácticas» (citado en FUNDACIÓN DIS y FUNDACIÓN PROMIGAS, 2012: 46).

Incidir en políticas públicas. Otra estrategia que ha adquirido una gran fuerza en el discurso de las fundaciones es la incidencia en políticas públicas. La incidencia en políticas públicas no es una estrategia nueva para las fundaciones pero ha pasado de ser un tema del que poco se hablaba dos décadas atrás, a ser parte de la agenda de reflexión en eventos de ISP y a incorporarse como una de las estrategias de un buen número de fundaciones. Sin embargo, a pesar de su importancia, son fuertes las diferencias entre países respecto al tema. Por ejemplo, entre las fundaciones empresariales, el porcentaje de fundaciones que dice tener la incidencia entre sus estrategias fue de 77 % en Colombia (FUNDACIÓN DIS y FUNDACIÓN PROMIGAS, 2012: 44), mientras que en México fue considerablemente más bajo (6.3 %) (VILLAR, R., BUTCHER, J., GANDINI, L., SORDO, S., 2014: 83).

Las alianzas público-privadas: una estrategia que se instaló en el mundo fundacional. Desde finales de los noventas se generó un gran interés por promover la colaboración intersectorial en la región. Pasados varios años de experimentación, análisis y debates sobre las alianzas, se puede decir que para las fundaciones de la región la importancia del trabajo con el sector público actualmente está instalada y que de cierta manera, como se dijo en una entrevista «se perdió el prejuicio de trabajar con los gobiernos. Hoy se sabe que si no hay articulación con los gobiernos, se desaprovechan recursos,

¹⁰ Ver http://www.fundacioncorona.org.co/#/como_trabajamos/clasificacion_de_iniciativas/iniciativa/red_ciudades_como_vamos.

¹¹ Ver VILLAR, R., *La influencia de las OSC en la política para la microempresa*, en GONZÁLEZ BOMBAL, I. y VILLAR, R., 2003.

¹² Ver http://portal.unesco.org/geography/es/ev.php-URL_ID=16288&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

se limitan escalas e impactos». Se ha aceptado también entre los actores de la ISP que su papel no es la sustitución o reemplazo del gobierno, sino la complementación, colaboración e incidencia en los programas públicos.

Ahora bien, si es cierto que en general entre las fundaciones de la región se tiene conciencia de la importancia de la colaboración con el gobierno, la posibilidad de hacerlo no depende sólo de las fundaciones sino también del sistema político y de la concepción que tengan los gobiernos del papel del sector privado y de las OSC en el manejo de lo público.

La Tabla 2 muestra algunas cifras sobre las alianzas con los gobiernos en sus diferentes niveles. En Colombia, el 82 % de las fundaciones desarrolla su trabajo a través de alianzas con el gobierno, mientras que Brasil los hacen el 59 %. En México, 54 % de las fundaciones tiene alianzas con el gobierno a nivel nacional, 79 % a nivel estatal y 73 % en el nivel local. En Argentina un 73 % de las fundaciones tiene alianza, pero al parecer, la mayor parte ocurre a nivel local.

En relación al peso que ocupan las alianzas con los gobiernos, en comparación a las alianzas con otros actores, destaca que solamente en Colombia, el porcentaje mayor corresponde a las alianzas con el gobierno. En Brasil,

TABLA 2

Porcentaje de fundaciones que tienen alianzas con los gobiernos, calificación de las alianzas y peso en relación a alianzas con otros actores

	México	Brasil	Colombia	Argentina
Alianzas con gobiernos	Fundaciones empresariales — Locales: 73.4 % — Estatales: 79.3 % — Nacional: 54.7 % Lugar que ocupan las alianzas con gobierno en relación con otro tipo de alianzas — Cuarto lugar. (Primero con OSC, segundo con academia y tercero con otras fundaciones)	— Instituto: 59 % — Empresa: 65 %	Fundaciones empresariales — 82 % Lugar que ocupan las alianzas con gobierno en relación a otro tipo de alianzas — Primer lugar. (Segundo con otras fundaciones; tercero, con academia y cuarto con ONG)	Fundaciones: — 73.1 % Lugar que ocupan las alianzas con gobierno en relación con otro tipo de alianzas — Cuarto lugar. (Primero con OSC, segundo con otras fundaciones, tercero, con otras empresas)

Fuente: VILLAR, R.; BUTCHER, J.; GANDINI, L.; SORDO, S. 2014: 89-90; COMUNITAS, 2013: 62, FUNDACIÓN DIS y FUNDACIÓN PROMIGAS, 2012: 49; AFE, 2015: 18; GDFE y RACI, 2012: 34.

México y Argentina, las OSC las principales aliadas son otras fundaciones. Lo que sí se comparte en todos los países es que la más baja calificación sobre la valoración de las alianzas es la que se realiza con los gobiernos, seguramente por la dificultad que implica este tipo de alianza, en relación a las alianzas con los otros actores (OSC, otras fundaciones, academia, etc.). Lo cual muestra que a pesar de los avances en el establecimiento de alianzas público-privadas en la región, aún hay mucho campo por mejorar.

Para cerrar esta sección vale la pena resaltar un comentario bastante compartido durante las entrevistas y grupos focales. Se decía que si bien hay mayor conciencia de la importancia de las alianzas público privadas y de la alineación de los programas de las fundaciones con las políticas públicas, a las fundaciones les hace falta tener también una posición crítica frente a las políticas para transformarlas y enriquecerlas. Parece existir una mayor disposición a la colaboración con los gobiernos que al desarrollo de mecanismos que le hagan contrapeso, lo cual se relaciona con el tema de la siguiente sección: el poco apoyo al fortalecimiento de la sociedad civil.

V. La ISP y las relaciones con las organizaciones de la sociedad civil (OSC)

El incremento de recursos públicos para programas sociales y la retirada parcial de la cooperación internacional privada de los países de la región son dos factores que han contribuido de manera importante a un cambio en la «arquitectura institucional» y en el «ecosistema» en el que se mueven las OSC. De actores centrales en las transformaciones políticas y de las agendas públicas, muchas OSC pasaron a ser contratistas, prestadores de servicios e implementadores de programas estatales (MENDONÇA, P., AQUINO ALVES, M., NOGUEIRA, F., 2013: 38). Este cambio se reforzó por el retiro parcial de la cooperación privada internacional en campos claves como los derechos humanos, la democratización y el fortalecimiento de la sociedad civil, un universo de trabajo en el que las OSC desempeñaron un papel fundamental en las dos últimas décadas del siglo xx. La ISP nacional no ha llenado el vacío dejado por la cooperación internacional y, por el contrario, el predominio de los programas operados por las fundaciones y empresas, así como una cierta desconfianza de las OSC, han contribuido a reforzar el papel de operadores de las OSC.

A diferencia de los Estados Unidos, donde el *grantmaking* es la estrategia fundamental del mundo fundacional, en la región predomina la operación de programas. Lo anterior no significa que prevalezcan las fundaciones «opera-

tivas», sino que la operación predomina en el tipo de fundación mayoritario en la región: la fundación mixta o «híbrida», es decir un tipo de fundación que combina la realización de donaciones con el desarrollo de programas propios (Ver Tabla 3).

TABLA 3
Forma de actuación de fundaciones empresariales, por país

	Brasil	Colombia	México
Sólo opera	31v	30 %	11 %
Sólo financia	5 %	6 %	28 %
Opera y financia	62 %	64 %	61 %
Total donantes	67 %	70 %	89 %
Total operan	93 %	94 %	72 %

Fuente: Los datos de Brasil son tomados del Censo GIFE, 2011-2012: 35. Los datos sobre Colombia son tomados del estudio de FUNDACIÓN DIS y FUNDACIÓN PROMIGAS, 2012: 47. Los datos de México del estudio de VILLAR, R.; BUTCHER, J.; GANDINI, L.; SORDO, S. 2014: 76.

Esta característica de la operación de las fundaciones tienen varias implicaciones en las relaciones de la ISP con las OSC, pues por un lado contribuye al bajo porcentaje de recursos invertidos en financiar los proyectos de las organizaciones de la sociedad civil y por otro transforma a la OSC en operadoras de proyectos de las fundaciones. El involucramiento activo de las fundaciones también se relaciona con el interés de atribución y reconocimiento sobre los programas que desarrollan. Esto es especialmente cierto en el contexto de búsqueda de retorno para empresas y fundaciones empresariales. El poder atribuirse los resultados de su propio programa y tener la posibilidad de controlarlo es para muchos una mejor estrategia que la de apoyar los programas de OSC o contribuir con otros actores a producir resultados conjuntos, pues en este último escenario se disuelve parcialmente la relación de la fundación con los resultados y la atribución de su éxito.

En este contexto de cambio es importante generar una mayor discusión sobre el significado para la democracia y para un desarrollo inclusivo de contar con una sociedad civil más vital en la región. El fortalecimiento de la sociedad civil debería estar en la agenda de manera más clara. Si bien la alineación con la políticas públicas y la colaboración con los gobiernos son estrategias centrales para ampliar la escala de la acción de la ISP, los son

también la demanda por buen gobierno, el seguimiento y monitoreo de políticas públicas, la incidencia en políticas públicas, la colocación de nuevos temas en la agenda pública, la transparencia de los partidos políticos y la oferta de soluciones innovadoras a viejos problemas sociales. Y para todo esto es fundamental el fortalecimiento de la sociedad civil.

VI. Transparencia, evaluación y aprendizaje: nuevos temas en la agenda de la ISP

En el libro citado atrás sobre filantropía y cambio social (SANBORN, C. y PORTOCARRERO, F., 2005), uno de los temas emergentes para entonces era el de la transparencia y rendición de cuentas de las OSC. Desde entonces se ha extendido el interés por el tema de la transparencia y se han desarrollado importantes iniciativas tanto en el ámbito general de las OSC, como en el particular de las fundaciones, pero como veremos, aún hay un largo camino por recorrer.

Cada una de las asociaciones de fundaciones (AFE, GDFE, GIFE y Cemefi) ha desarrollado iniciativas nacionales y ha propuesto estándares para la transparencia: el código de autorregulación de la Inversión Social de la GDFE, el código de ética y los estándares de reporte propuestos por GIFE para sus miembros, los indicadores de institucionalidad y transparencia del Cemefi. En Colombia, la AFE con un grupo de siete fundaciones afiliadas y la Fundación DIS diseñaron una plataforma en línea (www.somotrtransparentes.org) que recoge información puntual de las OSC del país para promover la transparencia y la rendición de cuentas.

Veamos ahora algunos datos sobre estos avances en el tema de la transparencia. La práctica más difundida, como puede verse en la Tabla 4, es la divulgación de los informes de gestión o informes de actividades. En relación con la publicación de informes contables y financieros en las páginas web, la situación es más precaria. Como se ve por estos datos, a pesar de los avances en la última década y de los esfuerzos de las asociaciones de fundaciones, hay un largo camino aún por recorrer en este aspecto de la transparencia y aún más en los otros aspectos como la divulgación de evaluaciones y aprendizajes, como veremos a continuación.

La evaluación y el aprendizaje. La preocupación por ampliar la escala e impacto de las intervenciones, así como por jugar un papel más activo en la innovación social, le ha dado un importante peso a la evaluación en el mundo de la ISP. Junto a la creciente demanda por la evaluación, la sistematización, el aprendizaje y otros mecanismos de gestión del conocimiento

TABLA 4
Divulgación pública de informes de gestión y financieros, por países

	Argen- tina	Brasil		Colom- bia	México
		FIE	FIC		
Publica informes de actividades o de gestión	46 %			50,8 %	74 %
Publica informes contables o financieros				45,0 %	60 %
Divulga informes de actividades en el sitio web		78 %	76 %	52,5 %	56 %
Divulga informes contables o financieros en el sitio web		41 %	45 %	29,5 %	

Fuente: GDPE y RACI, 2012: 36; GIFE, 2013: 26; AFE, 2015: 21 y 24; VILLAR, R., BUTCHER, J., GANDINI, L., SORDO, S., 2014: 92.

empiezan a tener una tímida presencia en el mundo fundacional, un mundo que está todavía lejos de valorar en su justa dimensión el conocimiento que posee y en hacer de este conocimiento un bien público. La gestión del conocimiento y la evaluación de impacto son temas emergentes dentro del mundo fundacional, pero todavía varios de sus actores lo ven como algo que compite con los recursos destinados a los proyectos.

De acuerdo con el censo de GIFE, 95 % de sus miembros hace evaluación de resultados con el objetivo de verificar las acciones de los proyectos; un 89 % hace evaluación de proceso para verificar el adecuado funcionamiento de las actividades previstas en los proyectos, y un 53 % realiza una forma más compleja de evaluación, la de impacto, con el objetivo de comprobar los efectos atribuibles directamente a las acciones de los proyectos. (GIFE, 2013:46).

En Argentina, considerando la información del estudio del GDPE y de la RACI, la evaluación está más consolidada entre las empresas que entre las fundaciones. En el caso de la evaluación de impacto, el 57 % de las empresas dice realizar este tipo de evaluación, en comparación con el 43 % de fundaciones. La evaluación de resultados está más generalizada, pero igualmente hay un porcentaje un poco mayor de empresas que la realiza (90 %), en re-

lación a las fundaciones (86 %). En el uso de la evaluación diagnóstica también las empresas sobrepasan a las fundaciones (70 % vs. 57 %) (GDPE y RACI, 2012: 32).

En México hay información sobre la evaluación solamente para las fundaciones empresariales. Dentro de este grupo, 92 % dice evaluar el impacto y 63 % dice tener metodologías para evaluarlo. Sin embargo al preguntar sobre la unidad utilizada en sus metodologías para la evaluación de impacto, 43 % dice que es el «número de beneficiarios», 15 % el «número de actividades» y 40 % los «cambios en la calidad de vida». Esto significa que solamente entre este último grupo se podría estar realizando evaluaciones de impacto (VILLAR, R., BUTCHER, J., GANDINI, L., SORDO, S., 2014: 84-86).

Veamos ahora qué tanto se comparte la evaluación. En Brasil, 52 % de los asociados de GIFE divulga los indicadores de evaluación o los resultados de las mismas en su página web o en otros vehículos de acceso público y 32 % los hace para públicos específicos. (GIFE, 2012: 25-26). En el caso de las fundaciones empresariales mexicanas se sabe que 71 % publica resultados y evaluaciones de sus programas en el informe de actividades, pero este informe solamente es publicado en las páginas web en 56 % de los casos (VILLAR, R., BUTCHER, J., GANDINI, L., SORDO, S., 2014: 92). En Argentina, el 46 % de las fundaciones cuentan con informe de actividades, pero no hay información disponible sobre cuántos de esos informes contienen evaluaciones (GDPE y RACI, 2012: 36).

Como puede verse por la información sobre la evaluación, hay importantes avances en la región, pero quizás el reto principal está en dar un mayor peso a la presentación pública de la información, a la generación de conocimiento útil para el público y al compartirlo de manera ágil y oportuna.

Las plataformas y portales sobre ISP y filantropía. En la región se han desarrollado varios portales o plataformas con información pública sobre la ISP y la filantropía. Son herramientas que ponen a disposición del público diferentes tipos de información sobre las fundaciones, las donaciones o los proyectos apoyados por conjuntos de entidades, lo cual contribuye a generar transparencia en el sector.

La principal plataforma y más completa es la desarrollada en México por el Servicio de Administración Tributaria (SAT), el Portal de Transparencia. En este portal se puede encontrar información sobre todas las entidades mexicanas que son donatarias autorizadas. Gracias a este portal es posible para cualquier ciudadano saber el monto de los donativos en especie o en efectivo, recibidos y otorgados por cualquier donataria autorizada.

Fondos a la Vista es otra plataforma desarrollada en México por Alternativas y Capacidades. Ofrece de manera más amigable la información del SAT y la del Registro Federal de OSC y la complementa con nueva información. Alrededor de la plataforma se realiza talleres a lo largo del país para promover el uso de esta información y producir reportes especializados¹³.

Las asociaciones de fundaciones también han desarrollado portales con información sobre los proyectos apoyados por sus miembros. En Colombia, la AFE cuenta con la *Plataforma Estratégica de Gestión de Proyectos*, lanzada a finales de 2014¹⁴. En Argentina el GDFE lanzó en 2014, el *Mapa Georeferencial de la Inversión Social Privada*¹⁵.

El papel de las redes, de las asociaciones de fundaciones, así como de otras entidades que constituyen la infraestructura de la ISP y de la filantropía ha sido y seguirá siendo central para avanzar en la cultura de la transparencia, el aprendizaje entre pares, la generación de estándares y herramientas y la generación de capacidades, así como para otros aspectos claves en el crecimiento y cualificación del sector, por lo cual vale la pena analizar en la próxima sección lo que sabemos de esta infraestructura.

VII. Retos y desafíos para el futuro de la ISP y la filantropía

Para terminar, queremos señalar los principales retos y desafíos que a nuestro juicio tiene la ISP y la filantropía en su futuro próximo. Por cuestión de espacio, no se analiza cada uno de los desafíos. Una descripción más detallada de los mismos se encuentra en VILLAR, R., 2016: 141-152.

- Contar con información de calidad, comparable y fácilmente accesible sobre la ISP y la filantropía.
 - Promover la diversificación del sector.
 - Retomar los valores positivos de la filantropía.
 - Promover un buen balance entre el interés público y los intereses privados en el caso de la ISP empresarial.
 - Ampliar los espacios de diálogo y colaboración.
 - Fomentar la innovación social desde la ISP.

¹³ Ver <http://www.fondosalavista.com>.

¹⁴ Ver <http://afecolombia.org/es-es/LasFundaciones>.

¹⁵ Ver <http://www.gdfe.org.ar/mapa/>.

- Compartir y aprender sobre las diferentes estrategias de impacto y escala.
- Ampliar los tipos de relación con el gobierno.
- Incluir estrategias que promuevan la equidad e inclusión social en la agenda educativa y en otras áreas.
- Apoyar el fortalecimiento de la sociedad civil.
- Profundizar en el conocimiento y prácticas de los negocios sociales y generar un diálogo con la ISP y la filantropía.
- Fomentar el aprendizaje entre pares y hacer del conocimiento un bien público.
- Continuar el diálogo y la coordinación de iniciativas entre las asociaciones de fundaciones de la región.

Referencias

- ASOCIACIÓN DE FUNDACIONES EMPRESARIALES DE COLOMBIA (AFE), *Censo AFE*, 2014.
- CIESC, *Procesos, debates y conclusiones del X Encuentro Cívico Iberoamericano*, 2014.
- COMMITTEE ENCOURAGING CORPORATE PHILANTHROPY (CECP), *Giving Around the Globe*, 2014 Edition.
- COMUNITAS, *Benchmarking do Investimento Social Corporativo (BISC), Relatório 2013*.
- COMUNITAS, *Benchmarking do Investimento Social Corporativo (BISC), Relatório 2014*.
- DEBONI, Fabio, *Investimento Social Privado no Brasil. Tendências, desafios e potencialidades*, Instituto Sabin, 2013.
- FOUNDATION CENTER, *Key Facts on U.S. Foundations*, 2014 Edition.
- FUNDACIÓN DIS y FUNDACIÓN PROMIGAS, *Las fundaciones empresariales en Colombia. Una mirada a su estructura y dinámicas*, 2012.
- GIFE, *Censo GIFE 2011-2012*, 2013.
- GRUPO DE FUNDACIONES Y EMPRESAS (GDPE) y RED ARGENTINA PARA LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL (RACI), *Estudio de Inversión Social Privada Local y Cooperación Internacional en la Argentina*, 2012.
- INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION, *Inversión Comunitaria Estratégica. Guía rápida. 2010*.
- MENDONÇA, Patricia; AQUINO ALVES, Mario; NOGUIERA, Fernando Do A., *Arquitetura Institucional de Apoio às Organizações da Sociedade Civil no Brasil*, 2013.
- PORTER, Michael E. and KRAMER, Mark K., *Creating Shared Value. How to reinvent capitalism and unleash a wave of innovation and growth*, en Harvard Business Review. (p. 2-17), January-February 2011.

- SANBORN, Cynthia and PORTOCARRERO, Felipe (eds.), *Philanthropy and Social Change in Latin America*, The David Rockefeller Center Series on Latin American Studies, Harvard University, Cambridge, Massachusetts, 2005.
- TANCREDI, Francisco, *ISP estratégica — Reflexões sobre os fundamentos*, Ponencia presentada en el IV Foro Internacional RedEAmérica, Campinas, Febrero 2012.
- VILLAR, Rodrigo, *Vinculando el desarrollo de base con el desarrollo local: estrategias de intervención de los miembros de RedEAmérica*, Fundación Minetti y RedEAmérica, 2007.
- VILLAR, Rodrigo; BUTCHER, Jacqueline; GANDINI, Luciana; SORDO, Santiago, *Las fundaciones empresariales en México: un estudio exploratorio*, CIESC, Cemefi y TEC, México, 2014.
- VILLAR, Rodrigo, *Recursos privados para la transformación social. Filantropía e inversión social privada en América Latina hoy*, AFE, Cemefi, GDFE, GIFE, Avina, BID, WINGS, 2015.

Amenazas y restricciones a la libertad de asociación en Venezuela¹

Civilis Derechos Humanos

SUMARIO: I. ENTORNO AMENAZANTE.—II. LEGISLACIÓN RESTRICTIVA: 1. *Normas restrictivas de la organización y la participación*. 2. *Normas restrictivas del acceso a la cooperación internacional*. 3. *Normas restrictivas de registro de organizaciones*.—III. JURISPRUDENCIA RESTRICTIVA.

I. Entorno amenazante

En Venezuela se experimenta un agudo proceso de deterioro del estado de derecho y de la vida democrática, que ha generado severas repercusiones para la vigencia de los derechos humanos, así como para su promoción y defensa. Este proceso se ha caracterizado por el continuo avance e implementación, por vías ejecutivas y no democráticas, de un proyecto nacional —contenido en la propuesta reforma constitucional, rechazada por referendo en 2007— que es incompatible con la norma constitucional venezolana, así como con los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por el Estado venezolano.

Las políticas del Estado han generado permanentemente un clima de hostilidad y confrontación entre los ciudadanos por razones políticas; la inhabilitación de los poderes públicos para actuar de forma independiente y autónoma y su sometimiento al Poder Ejecutivo; el cierre de espacios de diálogo abierto y plural con sectores diversos de la sociedad venezolana; la progresiva militarización de los espacios públicos y de la sociedad; y el empleo abusivo de las facultades estatales mediante prácticas discriminatorias, excluyentes y punitivas sobre la población.

¹ Elaborado por Civilis Derechos Humanos, CivilisDDHH, con el propósito de abordar específicamente las amenazas y restricciones a la libertad de asociación en Venezuela, las cuales se llevan a cabo mediante la aplicación de conceptos y normativas en la legislación y en interpretaciones judiciales que avalan una política de desconocimiento a la legitimidad de la sociedad civil y permiten la discriminación, intimidación, criminalización e injerencia en las organizaciones de la sociedad civil por causa de su condición autónoma e independiente.

En este entorno, la sociedad civil venezolana ha tenido que afrontar acciones del Estado venezolano que amenazan el espacio de autonomía, independencia y libre ejercicio de la asociación por parte de las personas y organizaciones, a través de una extensa legislación y jurisprudencia restrictiva, basándose en supuestos de falta de ordenamiento legal y en la necesidad de resguardar al Estado de intereses foráneos o contrarios al interés general, incluyendo la defensa de la seguridad de la Nación. Como ejemplos, exponemos a continuación los textos de dos sentencias del año 2000, que resumen los alegatos del Estado venezolano, en contra de la labor autónoma e independiente de la sociedad civil, y que han continuado aplicándose a través de leyes e interpretaciones judiciales, que violan el derecho a la libertad de asociación:

Sentencia N.º 656 de la Sala Constitucional del TSJ, del 30.06.00².

En la actualidad no hay disposiciones legales que reglamenten quiénes conforman la sociedad civil, y cómo ella hará la escogencia de quienes la representen —sociedad que es de todos los venezolanos— que se contraponen a las organizaciones políticas, y del cual deben excluirse —igualmente— las instituciones militares y eclesiásticas, ya que los componentes de ambas instituciones tienen en las leyes una serie de limitaciones que a juicio de esta Sala demuestran que debido a ellas, no podrían ser los legítimos representantes de esa sociedad no política.

Pero la sociedad civil no puede ser representada por personas que se atribuyan tal representación sin respaldo alguno del conglomerado social; ni por representaciones de los partidos políticos, o por personas que han hecho de la política su actividad principal, ya que de ser así no se lograría el fundamento del aludido artículo 296, el que los electos no tengan vinculación con las organizaciones políticas.

Es más, la sociedad civil debe ser representada por instituciones transparentes en cuanto a sus objetivos y su permanencia en el tiempo en relación a esos objetivos, impidiéndose tal representación a grupos advenedizos o a asociaciones o sociedades civiles que esporádicamente vienen a actuar en la vida con fines muy precisos, como los electorales, así como a individualidades que se autopostulan, ya que al así hacerlo denotan carecer de respaldo colectivo. Los representantes de la sociedad civil, son asociaciones, grupos e instituciones venezolanas (sin subsidio externo) que por su objeto, permanencia, número de miembros o afiliados y actividad continua, han venido trabajando desde diversos ángulos de esa sociedad, para lograr para ésta una mejor calidad de vida, desligadas del gobierno y de los partidos políticos...

² Disponible en: <http://jurisprudencia.vlex.com.ve/vid/dilia-parra-guillen-283520635>.

Sentencia N.º 1.050 de la Sala Constitucional del TSJ, del 23.08.00³.

Es deber de esta Sala declarar que carecen de legitimación procesal todas aquellas personas, grupos o entes que fuera del campo de los intereses difusos o colectivos, pretenden representar a la ciudadanía, al pueblo, a la sociedad civil y a otras instituciones semejantes, que no han sido electos por nadie para cumplir tal representación, que se desconoce cuáles son sus intereses, ya que no existe estatuto o ley que las rija y que no se sabe a cuál comunidad o sociedad representan, si es a la venezolana o a una extranjera cuyas directrices siguen.

Tales grupos con proyección en los medios de comunicación, buscan presentarse como interlocutores a nombre del pueblo o la sociedad, sin que exista base legal o popular que los legitime, y por ello no pueden ser aceptados con las representaciones que unilateralmente (sin base legal) se atribuyen.

...es criterio de esta Sala y sin prejuizar sobre los accionantes, a los cuales no está dirigida la advertencia, que mientras la ley no cree los mecanismos para determinar quiénes pueden representar a la sociedad civil en general o a sectores de ella en particular, y en cuáles condiciones ejercer tal representación, no puede admitirse como legítimos representantes de la sociedad civil, de la ciudadanía, etc., a grupos de personas que por iniciativa propia se adjudiquen tal representación, sin que se conozca cuál es su respaldo en la sociedad ni sus intereses; y sin que pueda controlarse a qué intereses responden: económicos, políticos, supranacionales, nacionales o internacionales.

La función pública se haría caótica, si cualquier asociación o grupo de personas, arrogándose la representación de la ciudadanía o de la sociedad civil, pretendiere fuese consultada antes de la toma de cualquier decisión; o exigiere de los poderes del Poder Público la entrega de documentos, datos o informaciones sin que la ley los faculte para ello; o quisiera ingresar a dependencias del Estado a indagar sobre lo que allá acontece sin que ninguna disposición legal se lo permita. Tal situación caótica se acentuaría si estos entes mediante el uso de los medios de comunicación tratasen de formar matrices de opinión pública favorables a sus pretensiones cuando ellas carecen de fundamento legal. De allí, que se hace impermitible, para el desarrollo de los derechos de tales organizaciones ciudadanas, que la ley establezca los requisitos y condiciones a cumplir para que puedan ser considerados representantes de la sociedad civil y de la ciudadanía.

Con base en estos argumentos, se desconoce la legitimidad de la sociedad civil, y de sus grupos, organizaciones y coaliciones, para [a] ser reconocidas, hasta que la legislación no dicte los requisitos que permitan demostrar su

³ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/1050-230800-00-2378%20.htm>.

origen y representatividad; [b] participar en los asuntos públicos, a menos que pertenezcan a las organizaciones que legalmente son autorizadas por el Estado; [c] exigir responsabilidades al Estado con derechos humanos e interponer acciones judiciales por sus vulneraciones, siempre que no obtengan financiamiento externo para sus labores y demuestren intereses no contrarios a las políticas del Estado.

II. Legislación restrictiva

El Estado venezolano ha venido legislando de modo regresivo en el derecho a la libertad de asociación, estableciendo restricciones inconstitucionales y no justificables dentro de las estrictamente necesarias en una sociedad democrática; introduciendo mecanismos de control sobre las formas de organización y participación social; y estigmatizando, intimidando y hostigando a organizaciones por el uso de financiamiento internacional y cooperar con los sistemas internacionales de protección en la defensa de los derechos humanos.

Actualmente existen en Venezuela al menos 11 de leyes que restringen el espacio de la sociedad civil, incluyendo la acción de defensores/as, grupos, comunidades, organizaciones y coaliciones. En este conjunto de leyes se encuentran: (a) la *Ley de Seguridad de la Nación*⁴, de 2002, que penaliza cualquier actividad que pueda perturbar el orden en Zonas de Seguridad⁵; (b) la *Ley de Defensa de la Soberanía Política y Autodeterminación Nacional*⁶ de 2010, que puede calificar como actos «desestabilizadores e insurreccionales contra el Estado» el hecho de recibir financiamiento internacional o invitar al país a extranjeros que puedan expresar opiniones críticas a las instituciones de gobierno; (c) la *Ley del Consejo Federal de Gobierno y su Reglamento*⁷, *Ley Orgánica del Poder Popular*, *Ley de los Consejos Comunales*, *Ley de las*

⁴ Gaceta Oficial N.º 37.594 del 18.12.02. En: <http://historico.tsj.gob.ve/gaceta/diciembre/181202/181202-37594-01.html>

⁵ Reforma de Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones, de 2010, Reforma de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, del 20.12.10; y Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos, del 20.12.10, Resolución 008610 del 25 de enero de 2015, dictada por el Ministerio de la Defensa y Decreto 281 del 17 de febrero de 2014, dictado por el Alcalde del Municipio Libertador de Caracas Jorge Rodríguez Gómez.

⁶ Gaceta Oficial N.º 6.013 del 23.12.10. En: http://historico.tsj.gob.ve/gaceta_ext/diciembre/23122010/E-23122010-3043.pdf#page=1.

⁷ Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno (Gaceta Oficial N.º 5.963 del 22.02.10) En: <http://www.civilisac.org/civilis/wp-content/uploads/gaceta-ley-consejo-federal-de-gobierno1.pdf>, Reglamento (Gaceta Oficial N.º 39.416 del 04.05.10, En: <http://www.civilisac.org/civilis/wp-content/uploads/gaceta-reglamento-ley-consejo-federal-de-gobierno.pdf>, y su Reforma (Ga-

*Comunas y Ley del Sistema Económico Comunal*⁸, de los años 2009 y 2010, que excluyen a organizaciones autónomas de los asuntos públicos; (d) la reforma a la *Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones*, de 2010, la cual atribuye competencia a gobernadores y alcaldes para prohibir discrecionalmente sitios donde no podrán realizarse reuniones públicas o manifestaciones; (f) la *Ley contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo*⁹, de 2012, la cual tiene carácter penal y tipifica de manera ambigua los delitos de actos terroristas, financiamiento al terrorismo y delincuencia organizada; (g) la *Ley de Alistamiento y Registro para la Defensa Integral de la Nación*¹⁰, de 2014, que obliga a todas las asociaciones civiles, así como todo ente con personalidad jurídica a registrarse en el órgano militar correspondiente, para cumplir tareas de servicio civil; (h) la reforma a la *Ley Orgánica de Seguridad de la Nación*¹¹, de 2014, que crea el *Sistema Popular de Protección de la Paz SPPP*¹² (denominado SP3), como el mecanismo de trabajo de las comunidades organizadas con la Fuerza Armada Nacional Bolivariana (FANB), la Milicia Nacional Bolivariana, los sistemas de inteligencia y contrainteligencia de cada componente y el Servicio Bolivariano de Inteligencia Nacional (SEBIN); y finalmente, aún cuando no tiene carácter de ley pero representa una de las normas más severas; (i) la *Resolución 008610*, de 2015, en la que se establecen Normas sobre la actuación de la Fuerza Armada Nacional en Funciones de Control Público,

ceta Oficial N.º 39.924 del 18.05.02) En: <http://www.civilisac.org/civilis/wp-content/uploads/Decreto-8959-Reglamento-Ley-Organica-del-Consejo-Federal-de-Gobierno-2012.pdf>.

⁸ Gaceta Oficial N.º 6.011 del 21.12.10. Son estas: Ley Orgánica del Poder Popular, Ley Orgánica de Planificación Pública y Popular, Ley Orgánica de las Comunas, Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal y Ley Orgánica de Contraloría Social. En: <http://historico.tsj.gob.ve/gaceta/diciembre/21122010/21122010-3031.pdf#page=2>.

⁹ Gaceta Oficial N.º 39.912 del 30.04.12 Ley contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo. En: <http://historico.tsj.gob.ve/gaceta/abril/3042012/3042012-3417.pdf#page=2>.

¹⁰ Disponible en: <http://www.civilisac.org/civilis/wp-content/uploads/GAceta-Ley-de-Registro-y-Alistamiento-para-la-Defensa-Integral-de-la-Naci%C3%B3n.pdf>.

¹¹ Decreto Presidencial N.º 1.473, Reforma de la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación (Gaceta Oficial N.º 40.544 del 19.11.14). En: http://historico.tsj.gob.ve/gaceta_ext/noviembre/19112014/E-19112014-4232.pdf#page=1.

¹² La ministra del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, A/J Carmen Meléndez para el momento indicó que «el SP3, se creó a raíz de todo lo que hemos vivido en los últimos tiempos. Las amenazas constantes que se han presentado en los 15 años de revolución». Recordó que hace seis meses el país enfrentó a las guarimbas, «es lo más reciente que tenemos de grupos violentos, entonces lo más importantes es articular y prevenir de manera de tener la información a tiempo donde descubrimos y neutralizamos todas las amenazas internas y externas». En: <http://cpnb.gob.ve/index.php/noticias/externas/735-ministra-melendez-activacion-del-sp3-se-realizara-con-las-comunidades-e-instituciones>.

Paz Social y Convivencia Ciudadana en Reuniones Públicas y Manifestaciones¹³.

1. *Normas restrictivas de la organización y la participación*

Entre los años 2009 y 2010, el Estado promulgó un conjunto de leyes denominadas del Poder Popular (LPP) que recogen los fundamentos del Proyecto de Reforma Constitucional rechazada por referendo consultivo realizado en 2007. Un estudio realizado por CivilisDDHH de noviembre 2012, permitió comparar la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV), el Proyecto de Reforma Constitucional de 2007, y 66 leyes vigentes (además de 7 proyectos de ley en espera de aprobación y otras 18 normativas) dictadas por la Asamblea Nacional (AN) y el Ejecutivo entre los años 2008-2012. En este estudio se encontró que: [a] de los 69 artículos de la Constitución sometidos a Reforma, se han aplicado al ordenamiento legal actual más de un 80%; y [b] las leyes y normativas dictadas por la AN y Ejecutivo, reformaron 34 artículos más de la CRBV, ni siquiera contempladas en la Reforma¹⁴. En este sentido, utilizando las potestades que otorgan las leyes y las instituciones al Poder Público, se encuentra en vigor una amplia legislación a través de la cual se ejercen políticas y prácticas al margen de lo establecido por la norma constitucional vigente. De los contenidos revisados se destaca que el goce de derechos depende de la adhesión o participación en organizaciones de las Leyes del Poder Popular; y que los ciudadanos y sus organizaciones deben cumplir estas leyes y someterse a los medios que ellas dicten para organizarse y expresarse en la vida pública.

Las Leyes del Poder Popular establecen un concepto de «sociedad o comunidad organizada» en la que el Estado reconoce como tales únicamente a las organizaciones del «Poder Popular» (OPP). Son ellas las que pueden ser interlocutoras de los ciudadanos y sus organizaciones ante el Estado en los asuntos públicos. La constitución y las labores de las OPP son aprobadas y supervisadas por organismos del Estado en tanto sean fieles referentes del proyecto de gobierno y cumplan con obligaciones establecidas por ley para apoyar sus fines. Se incluyen dentro de este concepto los Consejos Comunales Socialistas, las Comunas Socialistas, los Consejos de Trabajadores y

¹³ Gaceta oficial N.º 40.589 del 27/01/2015.

¹⁴ CivilisDDHH: Análisis Comparativo de la Constitución de 1999, la Propuesta de Reforma Constitucional No Aprobada de 2007, y las Leyes del Estado Comunal Aprobadas entre 2008-2012. En: http://civilisac.org/civilisweb/wp-content/uploads/comparac3b3n-constituci-c3b3n-reforma-y-leyes-_definitivo_-1.pdf.

Trabajadoras, los Consejos de Pueblos Indígenas, los Consejos de Campesinos y Campesinas, y todas aquellas organizaciones de niños y niñas, mujeres, adolescentes y jóvenes, personas en condiciones vulnerables, entre otras, que actúen en la vida social, económica y cultural, siempre que adapten sus fines, conformación y obligaciones a las Leyes del Poder Popular.

En el marco de estas leyes, los ciudadanos y organizaciones han tenido que adaptarse a la condición de articularse o pertenecer a OPP, para acceder a políticas y bienes públicos y ser protegidos en el ejercicio de sus derechos, debido a las atribuciones que confieren las leyes a estas organizaciones y a las preferencias que éstas tienen en las prioridades de los organismos públicos. A la mayoría de los ateneos culturales se les suspendió el apoyo económico del Estado y desalojó de sus sedes a través de acciones en las que participaron grupos de civiles pro gobierno. Las autoridades con las que venían trabajando las organizaciones ambientalistas cerraron toda posibilidad de diálogo y se encuentran excluidas de su participación en políticas públicas. Unas 20.000 asociaciones de padres y representantes y organizaciones de derechos humanos en el ámbito escolar, se les priva de ejercer su labor en las escuelas de educación, debido a la *Resolución 058 del Ministerio de Educación* con la cual se crearon nuevas figuras de OPP denominadas Consejos Educativos. A defensores y organizaciones en el ámbito de la salud se les obstaculiza o impide el ingreso a hospitales y centros ambulatorios públicos. En las cárceles, a defensores y sus organizaciones se les prohíbe la entrada a los recintos penitenciarios. Defensores y defensoras solo pueden acceder como abogados particulares o por medio de familiares. En los asuntos indígenas, a raíz de la creación de las OPP los movimientos han sido cooptados y divididos, y las organizaciones definidas a favor del gobierno se inhiben de hacer exigencias, para no perder otros derechos. La reforma de la *Ley Orgánica de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNA)* en 2007 transfirió a las OPP la facultad que tenían las organizaciones autónomas para participar en la elección de los Consejos de Protección de Niños, Niñas y Adolescente. A estas organizaciones se les restringe o prohíbe el acceso a escuelas públicas y hospitales públicos, se niega información y no tienen posibilidad de interlocución con representantes del Estado. La creación de organizaciones no independientes e identificadas con el partido de gobierno, en el ámbito LGBTI, ha debilitado la exigencia de sus derechos; y a las autónomas se restringe el acceso a organismos del Estado para realizar actividades públicas.

2. Normas restrictivas del acceso a la cooperación internacional

Asimismo, desde el año 2006, con la aprobación en primera discusión de un Proyecto de Ley de Cooperación Internacional, el Estado ha buscado re-

ducir el acceso al financiamiento de las organizaciones de la sociedad civil. La propuesta de 2006 surge de una política exterior de creciente cooperación de Venezuela hacia otros países y la intención de reducir los controles democráticos sobre la actuación de los entes de gobierno. Dicha propuesta, a pesar del marco regulatorio existente, proponía dotar al Ejecutivo —y específicamente al Presidente de la República— de una «ley marco» dirigida a establecer un nuevo régimen jurídico de cooperación internacional, en el que se les reservasen las facultades para «*captar, prestar y administrar recursos provenientes o destinados a actividades de cooperación internacional*»¹⁵ en una gran cantidad de áreas¹⁶ y, en esta medida, decidir con amplísima discrecionalidad sobre el acceso a la «*recepción, transferencia e intercambio de bienes, servicios, capitales y recursos públicos o privados, materiales, humanos, económicos, financieros*»¹⁷, de «*fuentes cooperantes externas e internas*» que involucrase a «*gobiernos de otros países, organismos internacionales, organizaciones no gubernamentales y toda institución, organización, fundación o asociación, pública o privada*»¹⁸, en función de los fines políticos del gobierno.

A tal efecto la propuesta creó, por una parte, un *Fondo para la Cooperación y Asistencia Internacional* a objeto de «*...financiar las prioridades de la política exterior y a conveniencia nacional, las (...) actividades de la República Bolivariana de Venezuela en el ámbito de la cooperación internacional*»¹⁹; y, por otra, estableció la inscripción obligatoria de todas las organizaciones nacionales y extranjeras que realizan alguna actividad relacionada con la cooperación internacional en un *Sistema Integrado de Registro*, para «*...ser reconocidas por el Estado venezolano como entes susceptibles de realizar actividades de cooperación con sus homólogos en otros países, así como para acceder a los incentivos fiscales contemplados en las leyes*

¹⁵ Artículos 10 y 13.

¹⁶ Artículo 6: Las áreas de la cooperación internacional abarcarán preferentemente las establecidas en el Plan Nacional de Desarrollo, así como la ayuda humanitaria; la capacitación para el desarrollo humano integral; el intercambio humanístico, la asistencia científica y técnica; la acción social, el equipamiento de servicios y el suministro de materiales; apoyo al aparato productivo y a las mejoras en la calidad de vida. Artículo 9. Además de los instrumentos contemplados en los tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por la República Bolivariana de Venezuela, la política de cooperación internacional del Estado venezolano se pone en práctica a través de las siguientes modalidades: 1. Cooperación energética, 2. Cooperación técnica y científica, 3. Cooperación económica, comercial y financiera, 4. Ayuda humanitaria, tanto alimentaria como de emergencia, incluyendo a los países que atraviesan conflictos armados, instrumentada por medio de acuerdos bilaterales o multilaterales, 5. Educación para el desarrollo y sensibilización social, 6. Transferencia tecnológica, 7. Desarrollo de obras de infraestructura para el bienestar de los pueblos, 8. Cooperación en materia penal, 9. Cooperación ambiental.

¹⁷ Artículo 2.

¹⁸ Artículo 3.

¹⁹ Proyecto de Ley de Cooperación, aprobada en primera discusión, 2006. Artículos 12-14.

que regulan la materia impositiva y tributaria»²⁰, aun cuando las ONG en Venezuela están sujetas al cumplimiento del ordenamiento jurídico vigente y se encuentran reguladas por un marco jurídico para su constitución y actuación, así como para la recepción de divisas provenientes de la cooperación internacional. Dispuso además, la obligación de todas las organizaciones registradas a proporcionar «...información y datos sobre su constitución, estatutos, actividades que realizan, proveniencia, administración y destino de sus recursos, con especificación detallada de sus fuentes de financiamiento»²¹.

La aprobación en primera discusión de la propuesta de 2006, causó alta preocupación internacional y una amplia movilización de organizaciones de la sociedad civil venezolana, por violar normas y obligaciones internacionales en derechos humanos, en las cuales el acceso a la cooperación internacional y, en particular al financiamiento, se reconoce como parte de los derechos de toda persona a libertades fundamentales como la expresión, la reunión pacífica, la asociación, y el derecho a la participación; y se considera una de las garantías fundamentales del derecho a la defensa de los derechos humanos²². Frente a ello, la Asamblea Nacional no continuó su segunda discusión y, en su defecto, aprobó en los años 2010 y 2012 dos leyes más específicas pero igualmente restrictivas²³: la *Ley de Defensa de la Soberanía Política y Autodeterminación Nacional*²⁴ y *Ley contra la Delincuencia Organizada y el Financiamiento al Terrorismo*²⁵. De ésta se derivó también la *Resolución N.º 50 del Ministerio del Interior sobre Normas para la Prevención, Control y Fiscalización de las Operaciones de Legitimación de Capitales y el Financiamiento al Terrorismo*, aplicables en las Oficinas Registrales y Notariales de la República Bolivariana de Venezuela²⁶. En dichas normas, sobre la base de preservar la seguridad nacional y usando generalizaciones o definiciones excesivamente vagas o amplias para determinar actividades de «injerencia extranjera» o «actos sospechosos de terrorismo», se prohíbe o aplican restricciones desproporcionadas al financiamiento nacional e internacional fuera de las admisibles en Tratados Interna-

²⁰ Artículos 16-24.

²¹ Artículos 16-24.

²² Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos, 1998, en: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Defenders/Declaration/declaration_sp.pdf.

²³ Los Derechos Humanos, el Terrorismo y la Lucha contra el Terrorismo, 2013 (Oficina del Alto Comisionado sobre los Derechos Humanos de las Naciones Unidas), en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet32sp.pdf>.

²⁴ G.O. N.º 6.013 del 23.12.10.

²⁵ G.O. N.º 39.912 del 30.04.12.

²⁶ G.O. N.º 39.697 del 16.06.11.

cionales de Derechos Humanos; las que de hecho han sido utilizadas para intimidar, hostigar y criminalizar a defensores y a organizaciones de la sociedad civil, así como para violentar la libertad de realizar acciones pacíficas en defensa de derechos humanos, como en las manifestaciones de 2013 y 2014.

En 2013, la Asamblea Nacional instaló la «*Comisión Especial para Investigar el Financiamiento de las Oficinas u Organizaciones con Fines Políticos y Grupos que Actúan con el Propósito de Destabilizar y Generar Conmociones Sociales y un Golpe de Estado para Atentar Contra el Hilo Constitucional de la República Bolivariana de Venezuela*», presidida por la máxima autoridad de la Comisión Permanente de Seguridad y Defensa, e integrada por diputados de partidos afectos al gobierno. En 2014, se creó la «*Brigada Especial contra las Actuaciones de los Grupos Generadores de Violencia (BEGV)*», que tendrá como objeto coordinar, analizar, evaluar, organizar, dirigir, ejecutar y recabar las informaciones y acciones provenientes de todos los órganos de seguridad ciudadana e inteligencia del Estado y otras entidades públicas y privadas.

Por otra parte, los defensores y las organizaciones de derechos han sido objeto de reiteradas conductas de descalificación y hostigamiento por el uso de los Sistema Internacionales de Protección de Derechos Humanos, como resultado de una política sistemática de descalificación de los informes, recomendaciones y sentencias de estos órganos, lo cual tuvo como consecuencia la denuncia de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, propósito explícito del Estado venezolano en el Plan de la Patria 2013-2019, tal como reza en uno de sus objetivos: «deslindar a Venezuela de los mecanismos internacionales de dominación imperial» y «profundizar y ampliar el relacionamiento con los polos emergentes del nuevo mundo», para lo cual se plantea «denunciar los tratados multilaterales que limiten la soberanía nacional por los intereses de las potencias neocoloniales (Sistema Interamericano de Derechos Humanos, etc.), así como los tratados y acuerdos bilaterales en la promoción y protección de inversiones». Debido a la política de desconocer a la sociedad civil y excluir a los ciudadanos y a las asociaciones que no sean parte de organizaciones del Poder Popular, ninguno de los informes del Estado venezolano entregados en los últimos años a los órganos y mecanismos de los Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos, ha contado con una consulta abierta, plural y democrática de la sociedad venezolana.

3. Normas restrictivas de registro de organizaciones

Desde el año 2009, se han reportado numerosos casos de organizaciones que no han podido realizar los trámites de admisión de documentos para

obtener personalidad jurídica o dejar constancia legal de decisiones de la asamblea y representantes, por continuas observaciones a los fines o actividades a las que se dedican, sin debida motivación ni documentos en los que actúan «abogados revisores» en las oficinas de registro, los cuales no presentan por escrito sus objeciones.

En estudio realizado por Sinergia sobre el Índice CIVICUS de Sociedad Civil 2009–2010, con base en 113 organizaciones de diferentes sectores y regiones del país, se encontró que 60% había experimentado restricciones a su libertad de asociación y participación por parte del gobierno nacional, una de ellas debido a la presencia de obstáculos para realizar trámites de registro y actualización de documentos legales. En estudio realizado por CivilisDDHH 2013–2014, con 120 organizaciones de la sociedad civil en diferentes ámbitos de trabajo y varios estados del país, se encontró que 61% afirmó que los fines de la asociación habían sido objeto de entorpecimiento, limitación o alteraciones ajenos a ella, lo que fue atribuido en 50% al comportamiento o actitud adversa del Estado hacia sus fines, afectando a organizaciones en educación, salud, adolescentes/jóvenes, mujeres, niños/niñas y estudiantes universitarios.

Un hecho preocupante es la aprobación y entrada en vigencia de la *Ley de Alistamiento y Registro para la Defensa Integral de la Nación* en 2015²⁷, mediante la cual las asociaciones civiles, así como todo ente con personalidad jurídica, deberán registrarse en el órgano militar correspondiente sin un fin definido claramente en la ley. El registro implica suministrar información continuamente sobre miembros y actividades a la autoridad militar y ser obligadas a exigir al mismo tiempo el registro militar a toda persona que se contrate o labore en las asociaciones. La ley contempla tareas de servicio civil, sin definirlo y remite a un reglamento el desarrollo de su instrumentación.

III. Jurisprudencia restrictiva

En 2016 Civilis DDHH²⁸, compiló 259 sentencias emitidas en el período 2000–2016, de las cuales 50 fueron emitidas por la Sala Constitucional, 9 por la Sala Político Administrativa y 200 por la Sala Electoral. El 91% de estas sentencias se dictaron a partir del año 2010. En este año, la Sala Constitucio-

²⁷ Disponible en: <http://www.civilisac.org/civilis/wp-content/uploads/GAceta-Ley-de-Registro-y-Alistamiento-para-la-Defensa-Integral-de-la-Naci%C3%B3n.pdf>

²⁸ Civilis Derechos Humanos. En: <http://www.civilisac.org/marco-juridico/sentencias-restrictivas-de-la-sociedad-civil>.

nal dictó dos sentencias negando legitimidad a las organizaciones accionantes. La más grave fue la Sentencia N.º 796²⁹, en el Caso Súmate, donde se estableció que las organizaciones de la sociedad civil con financiamiento internacional podrían ser calificadas de «agentes extranjeros» y objeto de sanciones por este delito.

A partir de 2014, la mayor parte de las sentencias de la Sala Constitucional estuvieron dirigidas a restringir la libertad de reunión pacífica, mediante las Zonas de Seguridad, la atribución de autoridades municipales para autorizar y fijar tiempo y espacio de manifestaciones públicas, y suspender este derecho en zonas declaradas bajo Estados de Excepción. En 9 Sentencias de la Sala Político Administrativa del TSJ, se desestimaron solicitudes de información a entes del Estado sobre políticas públicas, boletines epidemiológicos, publicación de cifras económicas y de memorias y cuentas de órganos del Poder Público. En el análisis de las 200 sentencias de la Sala Electoral del TSJ, se encontraron: (a) imposición de límites a la autonomía estatutaria de las federaciones; (b) restricciones al ejercicio del voto de los ciudadanos que residen en el extranjero, y (c) injerencias en la autonomía de organizaciones para decidir libremente sobre asuntos internos, afectando fundamentalmente a sindicatos, universidades y partidos políticos.

²⁹ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/Julio/796-22710-2010-09-0555.html>.

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA



Jurisprudencia sobre fundaciones

María Natalia Mato Pacín

Doctora en Derecho

Profesora Ayudante de Derecho Civil

Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: I. TRIBUNAL SUPREMO.—II. AUDIENCIA NACIONAL.—III. TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA.—IV. AUDIENCIAS PROVINCIALES.—V. JUZGADOS.—VI. ÍNDICE ANALÍTICO.

I. Tribunal Supremo

[1] Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a), de 10 de diciembre de 2015. Ponente: D. José Antonio Montero Fernández.

Impuesto sobre Bienes Inmuebles: para que no sea de aplicación la exención contenida en el artículo 15.1 Ley 49/2002 es necesario que el bien inmueble esté afecto a una explotación económica no exenta del Impuesto sobre Sociedades realizada por la propia fundación y no por un tercero.

HECHOS.— La Fundación Pedro Barrié de la Maza recurre un acuerdo del TEAM de A Coruña por considerar que las liquidaciones del IBI en él contenidas no se ajustan a Derecho: la fundación considera que debía beneficiarse de la exención de este impuesto prevista en el artículo 15.1 Ley 49/2002 respecto de un bien inmueble propiedad de la persona jurídica sin fin de lucro pero arrendado a un Banco. El recurso es estimado, fallo que se ratifica posteriormente por el TSJ de Galicia, que anula por tanto las señaladas liquidaciones.

El Ayuntamiento de A Coruña interpone recurso de casación en interés de la Ley contra esta última sentencia, solicitando que se reputen correctas las liquidaciones del IBI y que se fije doctrina legal respecto de la interpretación del artículo 15.1 Ley 49/2002 en el sentido de entender que la exención en él prevista no se aplica a los bienes inmuebles que estén afectos a explotaciones económicas no exentas del Impuesto sobre Sociedades, tanto en el caso de que esta explotación económica no exenta sea realizada por la entidad fundacional como si se realiza por terceros concesionarios del uso del bien inmueble.

El recurso es desestimado por el Tribunal Supremo.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.— La Ley 49/2002 vino a suponer un giro significativo en el régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos incidiendo acusadamente en la regulación de los incentivos fiscales, con la intención de flexibilizar los requisitos exigidos para acogerse a los mismos y dotando de seguridad jurídica suficiente a las entidades en el desarrollo de las actividades que realizan en cumplimiento de los fines de interés general que persiguen. La exención del artículo 15.1 de este texto legal se configura con carácter general y se delimita negativamente por referencia al Impuesto sobre Sociedades, por lo que solo se excluyen del beneficio los bienes afectos a explotaciones económicas no exentas de este impuesto. Atendiendo a la sistemática de la regulación, los antecedentes históricos, la naturaleza subjetiva de la exención que prevé la exclusión de la obligación tributaria aun producido el hecho imponible, en atención también al titular del bien en relación con la actividad que éste realiza y excluyéndose legalmente como explotación económica el arrendamiento de inmuebles, no cabe más que interpretar la exención en los términos que se recoge en la sentencia recurrida. Esto es, que resulta irrelevante la actividad que un tercero desarrolle en los inmuebles arrendados por la fundación, solo estando obligada al pago cuando en ellos realice por cuenta propia una actividad económica no exenta del Impuesto sobre Sociedades.

[2] Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 12 de septiembre de 2014. Ponente: D. Juan Gonzalo Martínez Micó.

Impuesto sobre el Valor Añadido: no puede entenderse como autoconsumo gratuito la prestación de servicios gratuitos realizada en el marco de los fines fundacionales: deducción de las cuotas soportadas no procedente.

HECHOS.— La Fundación Cauce, cuyo fin es la realización de actividades que contribuyan al perfeccionamiento de la familia, el bienestar de la infancia y la juventud, interpone recurso de casación para la unificación de la doctrina solicitando que se le declare empresario a efectos de IVA y que pueda deducir el IVA soportado y derivado de la construcción de un colegio cedido de forma gratuita (y después en arrendamiento) a una asociación. Entiende que la operación constituye un autoconsumo de servicios sujeta y no exenta del impuesto y que, siendo sujeto pasivo de IVA, tiene derecho a la deducción y devolución del soportado en la construcción y equipamiento del colegio.

Sin entrar en la argumentación respecto del requisito de la existencia de un pronunciamiento contradictorio con otro, con litigantes en idéntica situación y en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales (identidad fáctico-jurídica rechazada por el Tribunal pues el supuesto de contraste aportado se refiere a una empresa con un objeto social diferente), el Tribunal declara que no ha lugar a admitir el recurso de casación para la unificación de la doctrina pues tampoco existe una infracción del ordenamiento jurídico por parte de la STSJ de Castilla y León recurrida.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.— De los artículos 92.dos y 94.uno.a) de la Ley 37/1992, del Impuesto sobre el Valor Añadido, se infiere que para que pueda darse lugar a la deducción de las cuotas soportadas es preciso que las mismas se hayan originado en entregas de bienes y prestaciones de servicios sujetas y no exentas del impuesto. Por su parte, el artículo 4.uno del mismo texto legal señala como regla general que solo las entregas de bienes o las prestaciones de servicios a título oneroso están sujetas al IVA. Dado que la fundación cede en un primer momento a título gratuito el colegio construido (prestación de servicios), solo cabe entender la procedencia de la sujeción a través de la vía del autoconsumo. Para que pueda hablarse de autoconsumo gratuito asimilado a prestaciones a título oneroso, es preciso que la cesión sea para fines ajenos a los de la actividad empresarial o profesional (art. 12.3), de tal manera que carece de sentido gravar el autoconsumo cuando se realiza en el marco de la actividad empresarial realizada por el sujeto pasivo y para los fines propios de aquélla. En este sentido, la cesión por parte de la fundación del colegio construido no puede entenderse como ajena a los fines fundacionales definidos en los Estatutos de la fundación, a los que hay que estar para determinar el marco en que va a quedar encuadrada su actividad: aunque no lleve a cabo por sí misma la labor de educación, al tratarse de fomentar y favorecer la enseñanza en el colegio, se está dando cumplimiento a los objetivos de la entidad de contribuir al perfeccionamiento y bienestar de la juventud.

II. Audiencia Nacional

[3] Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 1 de octubre de 2015. Ponente: D. Ángel Novoa Fernández.

Impuesto sobre Sociedades: se requiere para el acceso al régimen especial la persecución de un fin de interés general, pero no que éste se ejecute de forma directa: cumple la condición la entrega de ayudas monetarias con los rendimientos obtenidos de la gestión del patrimonio mobiliario.

HECHOS.— La Fundación Monasterio interpone recurso contencioso-administrativo contra la resolución del TEAC, desestimatoria del recurso interpuesto contra el acuerdo de liquidación dictado por la Delegación de la Agencia Tributaria en Gijón, en relación sobre el Impuesto sobre Sociedades y mediante el que se pretende regularizar la situación tributaria de la entidad sin fin de lucro, entendiendo que no procede aplicar exención alguna a las rentas que obtiene. Éstas proceden exclusivamente de la gestión de su patrimonio mobiliario, sin que la fundación, a su juicio, desarrolle fines de interés general pues se limita a dar donaciones con parte de los resultados de su actividad de gestión.

El recurso es estimado por la Audiencia Nacional, que anula la resolución del TEAC por no ser conforme a Derecho.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.— Tanto la Ley 49/2002 como la Ley 50/2002 requieren como condición inexorable la persecución de fines de interés general (el art. 3 Ley 50/2002 lo exige como requisito esencial de la persona jurídica; el art. 3 Ley 49/2002, como requisito para acceder a beneficios fiscales). Sin embargo, en modo alguno se alude al modo o manera de llevar a cabo estos fines de interés general, es decir, a que la entidad los realice directa o indirectamente, hasta el punto de que pueden ejecutarse a través de explotaciones económicas (concretamente, las reseñadas a efectos fiscales en el art. 7 Ley 49/2002).

La gestión que se realiza en el supuesto de hecho por parte de la fundación del patrimonio mobiliario (intereses de cuentas en entidades bancarias, pagarés y acciones de multinacionales españolas), se ajusta al Código de Conducta de las entidades sin ánimo de lucro para la realización de inversiones temporales (Acuerdo de 20 de noviembre de 2003, del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores). Con dicha gestión se obtiene un rendimiento económico a la postre destinado a los fines contemplados en los Estatutos, mediante ayudas a personas físicas, entidades benéficas o fundaciones, excluyéndose la realización de operaciones que respondan a un uso meramente especulativo de los recursos financieros.

III. Tribunales Superiores de Justicia

[4] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 3 de diciembre de 2015. Ponente: Dña. Cristina Paz Eiroa.

Fundaciones del sector público de Galicia: los contratos concertados con ellas no son de naturaleza administrativa pero igualmente están sujetos a control de la Administración en caso de perturbación grave del servicio público.

HECHOS.— La Xunta de Galicia, mediante resolución, autoriza a un órgano de la Administración a intervenir en un servicio prestado por una empresa privada en complejos deportivos de titularidad autonómica, para garantizar una adecuada prestación del servicio público ante una perturbación grave del mismo. La citada empresa interpone recurso contencioso-administrativo solicitando la anulación de la resolución por considerar que la Administración en ella autorizada carece de competencia para la intervención en una actividad que está prestando la recurrente en virtud de un contrato de naturaleza civil, como es el suscrito con la Fundación Deporte Galego. El Tribunal desestima el recurso.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.— Las fundaciones del sector público de Galicia no podrán ejercer potestades públicas pero sí realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades fundadoras (art. 60 Ley 12/2006, derogado en la actualidad). La Xunta puede encomendarles la ejecución de obras, suministros o servicios públicos de su competencia a través de encargos de realización

obligatoria cuya ejecución supervisará el ente que la realice. Los contratos concertados por una fundación que es un medio propio de la Administración autonómica y a quien ésta le encomendó la gestión de unas instalaciones de su titularidad para prestar un servicio público, no tienen naturaleza administrativa (arts. 3.1 TRLCAP y 4.2 y 24.6 TRLCSP). Ello no significa, sin embargo, que no se deban cumplir determinadas exigencias para concertarlos o que quien los suscriba quede totalmente al margen de las prerrogativas de la Administración, pues ésta conserva sus poderes de policía y de intervención si se produce una perturbación grave del servicio público.

[5] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 5.ª), de 21 de septiembre de 2015. Ponente: Dña. María Begoña Hernani Fernández.

Fundaciones del sector público: una fundación dependiente y vinculada a un Ministerio forma parte de la Administración General del Estado.

HECHOS.— La Federación de Servicios Públicos de la Unión General de Trabajadores interpone demanda contra la Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología (FECYT), solicitando que se declaren de no aplicación a los trabajadores de la persona jurídica sin fin de lucro las modificaciones sobre empleo público introducidas por el RD 20/2012 por no ser una entidad de Derecho público aunque forme parte del sector público estatal. La demanda es desestimada y la parte actora interpone recurso de suplicación, recurso que corre la misma suerte.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.— La Ley 6/1997 de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado establece que forman parte de la Administración Pública «la Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, para el desarrollo de su actividad» así como que «los Organismos públicos son las Entidades de Derecho público que desarrollan actividades derivadas de la propia Administración General del Estado, en calidad de organizaciones instrumentales diferenciadas y dependientes de ésta». Teniendo en cuenta que el Ministerio de Economía y Competitividad forma parte de la Administración General del Estado y que la FECYT es una fundación dependiente del mismo y vinculada a él para el desarrollo de su actividad, queda dentro de este concepto de Administración General del Estado y, consecuentemente, forma parte de la Administración Pública a la que resulta de aplicación la norma controvertida.

[6] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 22 de mayo de 2015. Ponente: D. Pedro Hernández Cordobés.

Inscripción de una fundación: la exigencia constitucional de «interés general» pretende evitar la existencia de fundaciones ilegales; el de «interés general» se trata de un concepto jurídico indeterminado que comprende cualquier fin que beneficie a la sociedad (como colecti-

vidad genérica) y, cumpliéndose esto, no cabe denegar la inscripción de una fundación por perseguir unos fines demasiado amplios.

HECHOS.— El Protectorado de Fundaciones Canarias informa desfavorablemente sobre la inscripción de la Fundación Canaria Tindaya por considerar que no queda acreditado el interés general dada la amplitud de su fin fundacional, por insuficiencia de la dotación patrimonial e indeterminación de la cantidad pendiente de desembolsar y, por último, por no existir relación relevante entre los amplios fines fundacionales y el primer programa de actuaciones. Subsanados los extremos relativos a las aportaciones pendientes y habiéndose obtenido informes favorables sobre la viabilidad de la persona jurídica fundacional y sus fines, la Fundación interpone recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Protectorado que desestima un primer recurso de alzada. El recurso es estimado por el Tribunal, que ordena la inscripción de la Fundación.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.— El derecho a crear fundaciones está reconocido constitucionalmente en el artículo 34 CE, que establece como único requisito que respondan a un «interés general», razón de ser de las competencias de los poderes públicos en la materia, junto a la más genérica de evitar la existencia de fundaciones ilegales por sus fines o por los medios que utilicen. Que los fines de la fundación respondan a un «interés general» configura un concepto jurídico indeterminado que comprende cualquier fin que beneficie a la sociedad, a «colectividades genéricas de personas, no individualmente determinadas», según el artículo 10 de la Ley de Fundaciones de Canarias. Desde esta perspectiva, denegar la inscripción opinando «la amplitud del fin fundacional que impide conocer su objeto», no resulta ajustado a los parámetros que justifican la actuación de la Administración en esta materia y es contrario al derecho a crear la fundación, porque el artículo 6 de los Estatutos concreta su objeto y fines con la suficiente precisión como para poder afirmar que benefician a una colectividad genérica, no a personas determinadas, y que no se trata de una fundación ilegal por sus fines o por los medios que utiliza.

[7] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a), de 18 de marzo de 2015. Ponente: Dña. M.^a Rosario Ornosa Fernández.

Relacionada con: SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a), de 29 de enero de 2015, SSTSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a), de 12 de enero de 2015, 17 de febrero de 2015 y 26 de febrero de 2015.

Impuesto sobre la Renta de No Residentes: retenciones sobre los dividendos que percibe una fundación no residente accionista de sociedades españolas: la aplicación de la exención a las fundaciones no residentes solo requiere que se encuentren en una situación objetivamente comparable con las residentes: la denegación de la exención vulnera la libertad de circulación de capitales de la Unión Europea: exención procedente.

HECHOS.— La Fundación sueca Riksbankens Jubileumsfond interpone recurso contencioso-administrativo contra la Resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de Madrid que desestima la reclamación deducida contra la denegación de la solicitud de devolución de ingresos indebidos por el Impuesto sobre la Renta de No Residentes. Alega la Fundación que le deben ser devueltas las retenciones practicadas sobre los dividendos percibidos en España (por ser accionista de diversas sociedades españolas) y que es incorrecta la no aplicación a fundaciones no residentes de la exención prevista para las residentes por el artículo 6.2 Ley 49/2002. Estas retenciones infringen el Derecho comunitario y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea por discriminar, sin justificación alguna, a una fundación residente en otro Estado miembro con respecto de una fundación con residencia en España.

La parte demandada alega que no es posible llevar a cabo el exhaustivo análisis de comparabilidad entre la fundación no residente y el régimen de las residentes que se exige para comprobar que se encuentran en situaciones idénticas o comparables. Además, la fundación demandante no cumple con una de las exigencias de la normativa española, como es la inscripción en el Registro de Fundaciones competente.

El recurso es estimado por el Tribunal Superior de Justicia.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.— De la interpretación conjunta de los artículos 2.d) Ley 49/2002 y 7.1 Ley 50/2002 se deduce que la exigencia de inscripción en el Registro de Fundaciones español solo afecta a las fundaciones extranjeras que pretendan ejercer sus actividades de forma estable en España, pero no para aquellas que se limitan a realizar inversiones adquiriendo acciones de sociedades residentes en España por las que obtienen dividendos, pues su reconocimiento como fundación deriva de su válida constitución en su país —en este caso, Suecia— con arreglo a su ley personal. La exigencia de inscripción administrativa queda cumplida con la inscripción en el pertinente registro del país de residencia de la fundación y, como ha señalado el TJUE, cuando una fundación ha sido reconocida de utilidad pública en un Estado miembro, las autoridades de otro Estado miembro no pueden negar a la fundación el derecho a la igualdad de trato basándose en que no está establecida en su territorio.

La aplicación de la exención contenida en el artículo 6.2 Ley 49/2002 a las fundaciones no residentes no requiere absoluta identidad de circunstancias entre las fundaciones españolas y las de otro Estado miembro sino que se encuentren en una situación objetivamente comparable. En el supuesto de hecho, a la vista de los requisitos del artículo 3 Ley 49/2002 para que las fundaciones con residencia en España gocen de exención tributaria, la Ley sueca del Impuesto de la Renta y los Estatutos de la Fundación actora, se puede afirmar que esta última reúne los requisitos para gozar de la exención fiscal por los dividendos obtenidos en nuestro país: persigue fines de interés general —investigación científica—; destina a la realización de dichos fines un elevado porcentaje de los ingresos —al menos el 80% en el pe-

ríoado analizado—; no desarrolla explotaciones ajenas a su finalidad estatutaria; el sistema de fijación de honorarios para los cargos del órgano de gobierno se considera suficiente para garantizar el control y evitar abusos, lo que es compatible con el sistema español, que no impone la gratuidad de forma absoluta; se crea con una dotación aportada por el Banco Central de Suecia, lo que excluye que el patrimonio pueda revertir a una persona física o jurídica de naturaleza privada; el requisito de inscripción se cumple con el registro de la fundación en su país de residencia; y, por último, se acredita el cumplimiento de las obligaciones contables, de rendición de cuentas y de elaboración anual de memoria económica.

Esto comporta la inaplicación de la Ley del IRNR y del Convenio suscrito entre España y Suecia para evitar la doble imposición. La denegación de la exención reclamada por la fundación actora vulnera la libertad de circulación de capitales dentro de la Unión Europea al no concurrir ninguna circunstancia que justifique la existencia de un trato desigual por razón del Estado de residencia de las fundaciones.

[8] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a), de 27 de febrero de 2015. Ponente: D. Pedro Hernández Cordobés.

Modificación de Estatutos de una fundación: el carácter de «sustancial» no depende del número de artículos modificados sino de su contenido; el Protectorado solo puede rechazarla si existe prohibición del fundador o se acredita que no resulta conveniente en interés de la fundación.

HECHOS.— La modificación de los Estatutos de la Fundación Canaria Tenerife Rural no es aprobada por el Protectorado competente al considerar que se produce una modificación sustancial de los Estatutos sin que quede acreditado que se realice en interés de la fundación y respetando la voluntad del fundador. La Fundación interpone recurso contencioso-administrativo alegando que se trata tan solo de una modificación parcial de dos de sus preceptos sin afectar a su denominación o ámbito de actuación, fines de la fundación, miembros, órganos de gobierno, gestión, funcionamiento o régimen patrimonial y jurídico.

El recurso es estimado y se ordena la inscripción de la modificación estatutaria.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.— Determinar la existencia de una modificación sustancial de los estatutos no es una cuestión relacionada con el número de artículos modificados sino que requiere el análisis del contenido de la modificación. En este caso, se mantiene el ámbito de actuación y los fines esenciales, aun ampliando su actividad, sin que pueda deducirse una voluntad del fundador en contra de la ampliación necesaria para el sostenimiento de la actividad fundacional. De los artículos 29 LF 50/2002 y 29 Ley 2/1998, de fundaciones canarias, y siguiendo la línea interpretativa de la sentencia de este mismo Tribunal de 23 de enero de 2014, la labor de control del Protectorado en relación a las modificaciones estatutarias está

seriamente limitada en cuanto que solo es posible rechazar la autorización siempre que exista prohibición del fundador o quede acreditado que el cambio no va a resultar conveniente en interés de la misma, lo cual exige una suficiente explicación. En el caso de supervivencia de la entidad, no es que no pueda configurar causa legítima para la modificación de los estatutos, sino que, por el contrario, es la propia legislación aplicable la que aboca a su adaptación salvo previsión de extinción para ese caso. No siendo este el supuesto de autos, el texto modificado no puede ser tachado de contrario al interés de la fundación según la escritura fundacional.

[9] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1.ª), de 10 de febrero de 2015. Ponente: D. Luis Revilla Pérez.

En el mismo sentido: STSJ de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1.ª), de 2 de marzo de 2015.

Fundaciones del sector público catalán: no se determina cuándo una fundación pertenece al sector público en la normativa de fundaciones pero sí en la presupuestaria: forman parte del «sector público» las fundaciones con participación total o mayoritaria de la Generalitat.

HECHOS.— El Comité d'Empresa del Parc Científic de Barcelona recurre la sentencia del Juzgado de lo Social que, tras considerar que la Fundación Privada Parc Científic de Barcelona es una fundación perteneciente al sector público, concluye de aplicación a esta persona jurídica el Acuerdo del Govern por el que se puede suprimirse a sus trabajadores una de las pagas extras del ejercicio de 2013. Entiende el Comité que la Fundación no forma parte del sector público y, por tanto, sus trabajadores no se podrían ver afectados por el recorte en su salario. El recurso es desestimado.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.— A la vista de la evolución normativa catalana en materia de fundaciones, tan solo se ha regulado con claridad cuándo una fundación pertenece al sector público en el artículo 2 de la Ley 4/2008, Libro Tercero del Código Civil de Cataluña, norma modificada por la Ley 7/2012, que, si bien mantiene que las personas jurídicas públicas y privadas pueden constituir fundaciones, suprime lo que debe entenderse por «fundación del sector público». Sí lo hace, sin embargo, la normativa presupuestaria de Cataluña, que se ocupa de aquellas entidades fundacionales en las que prevalece el elemento público para someterlas a una serie de límites contables, presupuestarios y de control que garanticen la transparencia y uso adecuado de los fondos públicos. En concreto, en el año 2012 y en materia de personal, el artículo 24 Ley 1/2012 de Presupuestos, incluye dentro de las entidades cuyo personal se ve afectado «las fundaciones con participación total o mayoritaria de la Generalitat». Esto ocurre cuando se dispone de la mayoría, directa o indirecta, de los derechos de voto del Patronato (art. 2.2 Orden EC0/95/2011, de 23 de mayo). Esto se refuerza si, como en el caso de autos, el patrimonio, presupuesto y dirección tiene origen público y cuando a su personal le es de aplicación la misma normativa colectiva que al resto de personal al servicio de la entidad —de derecho público— fundadora.

[10] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 4 de febrero de 2015. Ponente: D. Benigno López González.

Relacionada con: SSTSJ de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 21 de enero de 2015 y de 28 de enero de 2015.

Inscripción de cargos del Patronato: fundación de interés gallego: corresponde al Departamento con competencia específica sobre la materia de los fines de cada fundación la inscripción de sus actos a través de la sección correspondiente del Registro de Fundaciones de Interés Gallego.

HECHOS.— Como consecuencia de un procedimiento por presuntos delitos económicos iniciado a instancias de la Tesorería de la Seguridad Social contra D. Obdulio, se acuerda por Auto de 2 de octubre de 2009, entre otras medidas, el embargo de los bienes de la Fundación de la que el demandado es Presidente así como el nombramiento de un administrador judicial y colaboradores, en sustitución de los patronos de la persona jurídica, fundación declarada de interés gallego y clasificada como benéfico social. Tiempo después, sin embargo, este Auto es declarado nulo y se insta a reponer al antiguo Presidente en su cargo y a cesar en su actividad al administrador judicial y al nuevo Patronato. De forma paralela, se había solicitado la inscripción de los cargos del nuevo Patronato de la Fundación constituido en reunión del administrador judicial y sus colaboradores, solicitudes que son denegadas por diversas resoluciones de la Secretaría Xeral de la Consellería de Trabajo e Benestar. La Fundación interpone recurso contencioso-administrativo contra estas resoluciones solicitando su nulidad por incompetencia del órgano que las dicta al entender que la misma corresponde al responsable del Registro de Fundaciones de Interés Gallego. Por otro lado, sostiene que las inscripciones se han producido por silencio positivo. El recurso es desestimado en su integridad.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.— Con arreglo al artículo 6 del Decreto 15/2009 del Reglamento del Registro de Fundaciones de Interés Gallego, el Registro es único para toda la Comunidad Autónoma de Galicia y está adscrito a la Consellería competente en materia de fundaciones, constando de tantas secciones como Departamentos integren la Xunta, en cada uno de los cuales se lleva un Registro auxiliar. Por otro lado, conforme al artículo 7.2.b de la misma norma, le corresponde al Departamento con competencia específica sobre la materia propia de los fines de cada fundación, a través de la sección correspondiente del Registro, la inscripción de los actos relativos a cada una de las fundaciones sobre las que ejerza el Protectorado. Dado que la fundación objeto de controversia está adscrita al Protectorado de la Consellería de Trabajo e Benestar, ésta ha de ejercer el Protectorado y es a quien compete la inscripción de la fundación y de los actos relativos a ella. Por otro lado, y dado que la Secretaría Xeral tiene delegadas las competencias relativas a las fundaciones adscritas a la citada Consellería (y entre los actos sujetos a inscripción se encuentran los relativos al nombramiento de los miembros de patro-

nato), se concluye que no existe el vicio de incompetencia alegado por la recurrente y que, por tanto, las resoluciones impugnadas son conformes a Derecho.

En cuanto a la estimación de la solicitud por silencio positivo, a pesar de que el artículo 28 del Decreto 15/2009 señala a la Administración una serie de plazos para resolver las solicitudes de inscripción, entendiendo estimadas las mismas si transcurren dichos plazos sin notificación de la resolución, es de resaltar que antes de expirar el plazo para resolver se tuvo noticia de la declaración de nulidad del nombramiento del administrador judicial y sus colaboradores. Por lo tanto, desapareció la causa legitimadora que servía de sustento a la solicitud de inscripción.

[11] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 23 de enero de 2015. Ponente: Dña. M.ª Pilar Alonso Sotorrio.

Constitución de una fundación: la personalidad jurídica se adquiere con la inscripción en el Registro de fundaciones. Transformación voluntaria de Caja de Ahorros en fundación de naturaleza especial: el proceso no está completo hasta la inscripción de la fundación resultante.

HECHOS.— Para cumplir con el mandato legal derivado del Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio (y su modificación por la Disposición Final 13.ª de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre), respecto de la transformación de las cajas de ahorros en fundaciones de carácter especial, la Fundación Caja Canarias (en formación) inicia las actuaciones tendentes a la citada transformación de la Caja General de Ahorros de Canarias. Dado que en la fecha fijada por la ley (3 de enero de 2013) no se cumplen los requisitos exigidos normativamente pues no se había culminado el proceso de transformación, el Consejo de Gobierno de Canarias acuerda la disolución automática de la Caja y su transformación en una fundación con gestora, que sustituye a quienes habían tenido durante su transformación voluntaria la condición de fundadores. De modo paralelo, se declara la terminación del procedimiento de inscripción en el Registro de Fundaciones Canarias de la fundación de carácter especial por transformación voluntaria, como consecuencia de la desaparición sobrevenida del objeto, habida cuenta de la disolución directa de todos sus órganos y su transformación forzosa y automática en Fundación de carácter especial.

La Fundación Caja Canarias interpone recurso contencioso-administrativo contra este acuerdo por entender que había cumplido en plazo todas las obligaciones tendentes a la transformación voluntaria, faltando solo la autorización e inscripción en el Registro de Fundaciones. La Administración se opone señalando, por un lado, falta de legitimación activa del recurrente, dado que la Fundación Caja Canarias solo habría adquirido personalidad jurídica con la inscripción en el Registro de Fundaciones. Por otro, que la falta de culminación del proceso de transformación voluntario dentro de la fecha límite señalada por la norma implica la terminación del proceso de forma automática por desaparición sobrevenida de su objeto. El recurso es desestimado.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.— Tanto la Ley de fundaciones canarias en su artículo 9 como la Ley estatal en su artículo 4, establecen que las fundaciones adquirirán personalidad jurídica en el momento de la inscripción de la escritura pública de su constitución en el Registro de fundaciones correspondiente, estando hasta ese momento en proceso de formación. Teniendo en cuenta esto, y a la vista del RDL 11/2010, cabe concluir que la transformación voluntaria no se llevó a cabo pues en el plazo señalado no se habían efectuado todas las actuaciones tendentes a dicha transformación.

En cuanto a la legitimación activa, no cabe entender que el recurso haya sido interpuesto por la Fundación Caja Canarias puesto que no se llegó a constituir y por tanto carece de personalidad jurídica y puesto que el ejercicio de esta acción no queda amparado en los artículos 8 de la Ley de funciones canarias y 13 de la Ley estatal de fundaciones. Sin embargo, se estima conveniente en este caso y en virtud del principio *pro actione*, reconocer legitimación a quienes llevaron a cabo las actuaciones que han sido examinadas para obtener la transformación de la Caja de Ahorros en fundación de carácter especial.

[12] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 15 de enero de 2015. Ponente: Dña. Nuria Cleries Nerin.

Impuesto sobre Sociedades: no se aprecia el fin de interés general en la actuación de una fundación-colegio pues los beneficiarios de los fondos, que provienen de aportaciones de los padres de los alumnos, son estos propios alumnos del centro educativo: no es procedente la exención.

HECHOS.— La Fundación Privada Ressons impugna la resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de Cataluña que desestima la reclamación formulada contra el acuerdo de la Inspección de Barcelona de la Agencia Tributaria, referente a la liquidación del Impuesto sobre Sociedades. La entidad alega que le son aplicables los beneficios fiscales previstos en la Ley 30/1994. La Administración, por el contrario, considera que no se cumplen los requisitos pues la Fundación no destina sus recursos a fines de interés general (en el sentido de beneficiar a colectividades genéricas), pues los ingresos de la persona jurídica proceden en gran medida de las aportaciones de los propios padres de los alumnos que cursan estudios en el colegio objeto de actividad de la fundación. El recurso es desestimado en lo referente a la posibilidad de aplicar los beneficios fiscales a la entidad sin fin de lucro.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.— El artículo 42 Ley 30/1994 regula los requisitos necesarios que deben tener en cuenta las entidades sin fin de lucro para poder disfrutar del régimen fiscal especial, entre los que se encuentran la persecución de fines de interés general, el destino de al menos un 70% de los ingresos a la realización de dichos fines así como la necesidad de que los beneficiarios sean colectividades genéricas. A su vez, el artículo 48 de la misma Ley, al referirse al ámbito de la exención, indica que se entenderá que las actividades económicas coinciden con

el objeto o finalidad específica de la entidad cuando estas actividades persigan el cumplimiento de los fines de interés general, no generen competencia desleal y sus destinatarios sean colectividades genéricas de personas.

Las aportaciones que realizan los padres al colegio no pueden ser calificadas como donaciones (pues carecen *stricto sensu* de *animus donandi*) y no persiguen un interés general sino que tienen causa directa en los servicios de enseñanza que reciben los hijos. Por otra parte, tampoco puede apreciarse que la fundación persiga un interés general pues su actuación se dirige solo a un colectivo determinado y no genérico como exige la Ley. Esto no se ve alterado por el hecho de que en el momento de creación de la fundación y en virtud de lo recogido en sus Estatutos fundacionales, se considerara que se trataba de una fundación benéfica y que, como tal, debía declararse exenta del pago de algunos tributos. Cuestión distinta es que con el devenir de los años la fundación realice una actividad cuya consecuencia sea precisamente la de perder los beneficios fiscales a los que se refiere la Ley 30/1994.

[13] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), de 19 de noviembre de 2014. Ponente: Dña. Rosario Vidal Mas.

Inscripción de una fundación: aportación inicial menor de la señalada por la Ley: es necesario acreditar su adecuación y suficiencia a los fines fundacionales.

HECHOS.— La inscripción de la Fundación Juana Lon Sala de la Comunidad Valenciana es denegada por insuficiencia de la aportación inicial. De la misma (3000 euros), se desembolsa al inicio el 25% (750 euros), quedando el resto pendiente en un plazo no superior a cinco años. Se alega en el recurso contencioso-administrativo mediante el que se solicita la inscripción de la persona jurídica que, con la cantidad establecida como dotación inicial y la cantidad prevista de aportación anual a la dotación fundacional (11.115 euros), se cumple con el mínimo suficiente. Por el contrario, la Administración demandada se opone alegando que nunca se acreditó cómo podía hacerse frente a los fines fundacionales con la aportación inicial llevada a cabo.

El Tribunal desestima el recurso y considera la denegación de inscripción ajustada a Derecho.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.— El artículo 12 LF 50/2002 regula los criterios de suficiencia de la dotación así como la forma de aportarla. Aunque la parte acude a argumentos posteriores fácticos (aportación efectiva a lo largo del año de una cantidad muy superior a la inicial), nada de ello modifica la situación de que se pretende iniciar la vida fundacional con 750 euros y que ello implica la necesidad de acreditar su «adecuación y suficiencia» a los fines fundacionales, prueba que en modo alguno se ha llevado a cabo, ni en el expediente administrativo ni en vía jurisdiccional.

IV. Audiencias Provinciales

[14] Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10.^a), de 12 de noviembre de 2015. Ponente: D. José María Prieto Fernández-Layos.

Constitución mortis causa de una fundación: son actos distintos la aceptación de la herencia y la constitución de la persona jurídica sin fin de lucro y, por tanto, es necesario distinguir entre los bienes que integran la herencia yacente y los que integran la dotación fundacional.

HECHOS.— La Fundación Benéfica Fernández Peña interpone acción reivindicatoria solicitando la restitución de una vivienda y la nulidad del contrato de promesa de venta relativo a la misma. Afirma la actora que la finca litigiosa forma parte de su dotación fundacional y fue adquirida *mortis causa* de la fundadora/causante. Ésta nombró en su testamento tres albaceas, que suscribieron un documento de promesa de venta sobre el inmueble en cuestión sin tener, a juicio de la fundación actora, facultades suficientes para ello y sin haber mediado, además, la autorización del Protectorado de Fundaciones. La demanda es estimada en primera instancia, recurriendo los demandados en apelación, recurso que se estima y por el que se les absuelve de la restitución de la vivienda.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.— A la vista del testamento, los albaceas intervinientes estaban facultados para celebrar el contrato litigioso. Es necesario distinguir entre las partidas que conformaban la herencia yacente y las que integraban la dotación fundacional que, según las disposiciones testamentarias, estaría constituida por el remanente de los bienes integrantes de la sucesión una vez deducidos los legados, los gastos e impuestos y las liquidaciones de bienes originarios realizadas por los albaceas en el ejercicio de sus facultades, entre las que se encontraba la de vender bienes inmuebles, entregando su importe al Patronato. Aunque la aceptación de la herencia coincidiera con la constitución legal de la fundación, no encuentra acomodo en criterio jurídico alguno afirmar que la fundación quedó válidamente constituida desde el mismo día del fallecimiento de la causante en base a la literalidad de su testamento («*la testadora constituye una Fundación*») pues una cosa es la voluntad así manifestada y otra muy distinta la formalización legal de dicha voluntad, de imposible coincidencia en el tiempo. El inmueble objeto del contrato litigioso pertenecía, por tanto, a la herencia yacente y no a la fundación y los albaceas intervinieron válidamente en la celebración del negocio jurídico en calidad de testamentarios de aquélla y no como patronos de ésta. En este sentido, también carece de legitimidad el Protectorado para intervenir en el asunto, autorizando o desautorizando una enajenación de un inmueble que no fue nunca de la fundación.

[15] Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 3.^a), de 14 de julio de 2015. Ponente: D. Ángel Muñiz Delgado.

Dotación fundacional: las aportaciones comprometidas en escritura pública en la constitución de la fundación participan de la naturaleza jurídica de la dotación (o, subsidiariamente, son

donaciones obligaciones): se integra en su patrimonio el derecho de crédito para exigir el cumplimiento de la obligación. El compromiso de no exigir las aportaciones es un acto dispositivo sobre el patrimonio de la fundación para el que solo tiene competencia el Patronato (salvo delegación).

HECHOS.— La Fundación de la Lengua Española interpone demanda contra tres de sus patronos (dos de ellos también fundadores), reclamando el cumplimiento de los compromisos adquiridos en escritura pública respecto de aportar una serie de cantidades de dinero en concepto de dotación y en el plazo de seis años desde la constitución de la persona jurídica fundacional. Asimismo, interesa que se condene a dos de ellos al pago de unas cuotas cuya exigibilidad fue acordada por el Patronato para aquellos Patronos cuyas aportaciones efectivas no hubieran alcanzado una determinada suma.

La demanda es estimada en su totalidad y los dos patronos-fundadores demandados interponen recurso de apelación contra la sentencia de instancia alegando, entre otros, los siguientes motivos: la aportación comprometida no puede ser considerada como dotación pues no cumple los requisitos del artículo 12 de la Ley 50/2002 para ello (desembolso inicial de, al menos, un 25% del total) ni así fueron contabilizadas en el activo; las aportaciones comprometidas en concepto de cuota ordinaria estaban vinculadas a la condición de patrono, faltando la cual, la obligación no subsiste; existe un pacto de no pedir respecto de cinco cuotas materializado en una carta emitida por el Presidente de un Comité de la Fundación; por último, el destino propio al que habían de servir las aportaciones reclamadas (cumplimiento de los fines y actividades fundacionales) resulta ya de imposible cumplimiento dada la situación concursal por la que atraviesa la fundación.

Ninguno de los motivos es estimado por la Audiencia Provincial, que ratifica la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.— Respecto a la naturaleza de las aportaciones debidas, hay que estar a lo que realmente son con independencia de la denominación que le atribuyan las partes o cómo fueron contabilizadas. Los compromisos adquiridos participan de la naturaleza jurídica de la dotación, bien al amparo del artículo 12.3 de la Ley 50/2002 (compromiso de aportación dineraria asumido en título que lleva aparejado ejecución y pasando, por tanto, este derecho de crédito a integrar el patrimonio de la fundación), bien al amparo del artículo 12.4 del mismo texto (bien o derecho de contenido patrimonial aportado *a posteriori* y con destino al cumplimiento de las actividades y fines fundacionales). Es un dato relevante para no atribuirles la condición de donación el hecho de que los propios patronos aportantes no procedieran a su desgravación fiscal. En todo caso, si las aportaciones no fueran consideradas como dotación, el compromiso de su aportación a título gratuito integraría la denominada donación obligacional u obligatoria de tal forma que nacería con cargo a los donantes la obligación (aceptada por su destinataria en la propia escritura fundacional) de transmitir a la fundación las sumas

de dinero, integrándose en su patrimonio el derecho de crédito para exigir el cumplimiento de dicha obligación, bien en los plazos pactados, bien después, mientras no prescribiera.

En cuanto a la vinculación de las aportaciones con la condición de patrono, no existe declaración alguna en ese sentido, ni en los Estatutos ni en la escritura fundacional, asumiéndose la obligación en algunos casos, de hecho, previamente al nombramiento como patrono. Teniendo en cuenta la reducida dotación inicial de la fundación (el mínimo legal) y la dependencia de la realización de actividades de las cuotas comprometidas, vincularlas al hecho de seguir ostentando el cargo de patrono supondría dejar al libre arbitrio de éste la posibilidad de subsistencia de la fundación.

Por su parte, el órgano del que emanó la carta por la que la fundación se comprometía a no exigir las cuotas en una serie de años carecía de competencias para adoptar dicho compromiso. Se trata de un acto dispositivo sobre el patrimonio de la fundación cuya competencia corresponde al Patronato y no fue delegada al Presidente del Comité de Dirección. No habiendo sido adoptada por el órgano competente, tal decisión carece de toda eficacia para obligar a la fundación, sin que, por otra parte, el mayor o menor lapso de tiempo en reclamar las cuotas suponga la renuncia a la posibilidad de exigir las cuotas mientras no prescriban las acciones correspondientes.

Por último, y aunque es cierto que la fundación se encuentra en concurso de acreedores, esto no es obstáculo para entender que las aportaciones objeto de reclamación tendrán como destino en todo caso el cumplimiento de las actividades y fines fundacionales (tal y como se señala en los Estatutos) pues lo harán, bien respondiendo por las deudas que por dicho desempeño se contrajeron en el pasado, bien en un futuro si tras la extinción y liquidación resta patrimonio sobrante, y también en los créditos contra la masa que se deriven.

[16] Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 5.ª), de 10 de junio de 2015. Ponente: Dña. Teresa Serra Abarca.

Extinción de una fundación: la inactividad significativa de una fundación se puede equiparar con la imposibilidad de realización del fin fundacional: concurre causa de extinción.

HECHOS.— La Generalitat Valenciana interpone demanda solicitando la declaración de extinción de la Fundación de la Comunidad Valenciana Lucania por imposibilidad de cumplimiento actual de los fines fundacionales, demanda que es estimada. La Fundación interpone recurso en apelación aunque el recurso se resuelve en el mismo sentido, confirmando la procedencia de la extinción de la persona jurídica.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.— La falta de fondos para cumplir los fines fundacionales, el hecho de que no se acredite la realización de actividades fundacionales con supuestos listados de gastos o con la memoria general de actividades, la existencia de irregularidades contables no subsanadas o el proceso por delito de

estafa contra el patrono-Presidente de la fundación, son algunos de los elementos que llevan al Tribunal a concluir que la fundación no justifica convenientemente la existencia de una actividad presente, significativa de un propósito serio, real y efectivo de mantener la vigencia de la persona jurídica y no meramente formal para su constitución. La inactividad significativa de una fundación se puede equiparar con la imposibilidad de la realización del fin fundacional, puesto que para éste se precisa de una previsión y desarrollo del proyecto para el que se constituye, sin el cual no puede culminarse su finalidad. Por todo ello, se estima que concurre la causa prevista en el artículo 31.c) de la Ley 50/2002 de Fundaciones estatales para la extinción de la entidad.

[17] Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 3.ª), de 29 de mayo de 2015. Ponente: D. Carlos Gómez Martínez.

Acción reivindicatoria: la fundación es titular del derecho de propiedad sobre sus propios bienes desde que adquiere personalidad jurídica independiente de la de sus patronos o fundadores.

HECHOS.— La Fundación Eurodog ejercita acción reivindicatoria respecto de una serie de fincas de su propiedad frente a Dña. Amparo (miembro de su Patronato). La demanda se estima, interponiendo Dña. Amparo recurso de apelación en el que basa su posesión legítima de las fincas, entre otros, en ser miembro del órgano de representación y cofundadora de la Fundación. Además, solicita la invalidez de los acuerdos adoptados por el Patronato ordenando su desalojo de los inmuebles por haber asistido a las reuniones en las que se adoptaron tales acuerdos personas ajenas al órgano de representación de la fundación. El recurso es desestimado.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.— El argumento de que por ser miembro del Patronato de la fundación y cofundador de ésta la ocupación de las fincas propiedad de la entidad no puede ser considerada como perturbación del dominio ni posesión ilegítima ignora que la fundación posee personalidad jurídica propia distinta de la de cada uno de sus patronos. En este sentido, el artículo 4.1 de la Ley 50/2002 de Fundaciones, establece que las fundaciones tendrán personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública de su constitución en el correspondiente Registro de fundaciones. Así, el titular del derecho de propiedad es la fundación y la perturbación de sus derechos dominicales sobre los bienes propios puede provenir de su ocupación no consentida por cualquier persona física, sea miembro o no del Patronato.

Por lo que se refiere a los acuerdos adoptados por el Patronato, los Estatutos de la fundación prevén que puedan aprobarse por mayoría simple de los presentes, sin que la asistencia a la correspondiente reunión de otros miembros distintos de los que formarían parte del Patronato constituya un motivo de nulidad si concurre en ella el cuórum necesario.

[18] Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1.ª), de 30 de diciembre de 2014. Ponente: Dña. Cristina Mir Ruza.

Legitimación activa de los herederos para instar la extinción de la fundación por causa prevista en el acto constitutivo: tienen una expectativa jurídica de reversión de los bienes y, por tanto, un interés legítimo.

Cláusula de reversión a favor de los herederos: obligación legal de modificar los Estatutos para su adaptación a la normativa vigente que prohíbe las cláusulas de reversión.

HECHOS.— Dña. Juliana, nieta de la hermana del fundador de la Fundación Benéfica Mármol Moreno de Priego de Córdoba, presenta demanda contra la citada fundación instando que se declare cumplida la condición resolutoria establecida por el testador. La cláusula testamentaria prohíbe la venta de bienes de la fundación durante la existencia de la misma y, si ésta fuera indispensable o se impusiera por ley, contempla la extinción de la persona jurídica, quedando los bienes a disposición de los herederos. Señala la demandante que esta cláusula fue eliminada en una modificación de Estatutos por la simple voluntad de los patronos y sin que fuera exigible por Ley. El Juzgado de Primera Instancia que conoce de la demanda la desestima y Dña. Juliana interpone recurso de apelación frente al que la fundación apelada opone falta de legitimación activa por pretender la apelante la extinción de la fundación y alega, respecto del fondo, que fue requerida por el Protectorado para la rectificación de los Estatutos y su adaptación a la normativa vigente. El recurso de apelación es desestimado.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.— En cuanto a la legitimación activa de la apelante, es cierto que no está prevista su participación dentro del procedimiento para declarar la extinción de la persona jurídica fundacional cuando concurre cualquier causa prevista en el acto constitutivo o en los Estatutos (art. 42.e de la Ley 10/2005). No obstante, también es cierto que la actora, nieta de la hermana del fundador, al interesar la extinción de la fundación, en realidad está ejercitando la acción de reversión de los bienes de la fundación a los legítimos herederos del fundador. En este sentido, gozan de legitimación activa los posibles herederos del fundador al tener una «expectativa jurídica» y, por ello, también interés legítimo en el ejercicio de la acción pues precisamente si se cumple la condición resolutoria habrá lugar a la reversión. La actora ostenta capacidad procesal y legitimación para actuar en beneficio de la Comunidad de herederos descendientes directos de los herederos testamentarios del fundador.

La modificación sufrida en los Estatutos, por su parte, no ha sido por la simple voluntad de los patronos sino consecuencia de un mandato legal, pues el artículo 9.2 de la Ley 30/1994 de Fundaciones estatales avalaba la necesidad de cambiarlos al establecer que toda disposición de los Estatutos de la Fundación o manifestación de la voluntad del fundador que fuera contraria a la Ley se tendría por no puesta, salvo que afectara a la validez constitutiva de aquélla. Los artículos estatutarios que prevenían que los bienes quedaran a disposición de los herederos tras la liquidación de la per-

sona jurídica fundacional resultaban contrarios a lo dispuesto en la normativa. Así, el artículo 31 de la Ley 30/1994 prohibía las cláusulas de reversión al limitar los destinatarios de los bienes y derechos resultantes de la liquidación a entidades que tuvieran una afectación permanente de su patrimonio (incluso tras su disolución) a la consecución de fines de interés general. Y en la misma línea y sentido se regula el destino de los bienes en la posterior Ley 50/2002 (art. 33.2) así como en la Ley 10/2005, de Fundaciones andaluzas (art. 43.3). Era necesario modificar los Estatutos de la fundación para su adaptación a la Ley, que prevalece sobre cualquier regulación anterior, y además era posible en este caso tal modificación dado que no fue prohibida por el fundador (art. 27 Ley 30/1994).

V. Juzgados

[19] Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Sevilla de 20 de enero de 2016. D. Eduardo Gómez López.

Responsabilidad de los patronos por la calificación como culpable del concurso de una fundación: responsabilidad individual según el grado de participación, tipo de fundación, percepción o no de retribución y estructura del órgano de gobierno de la persona jurídica y función que desempeña el patrono en ella.

HECHOS.— Tanto la Administración Concursal como el Ministerio Fiscal califican como culpable el concurso de una fundación y como personas afectadas por la calificación a los patronos de la misma y a su Director Gerente. Alegan como base para esta calificación, por una parte, las dificultades para obtener los libros oficiales de la persona jurídica así como las diversas irregularidades en la documentación contable, una vez entregada; por otra, el incumplimiento del deber de solicitar la declaración del concurso. El Juzgado falla calificando el concurso de la fundación como culpable e individualiza las consecuencias o efectos de esta calificación para cada uno de los sujetos afectados.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.— *Causas que se alegan para la calificación del concurso como culpable.*— Se concluye que no ha habido un incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso aunque sí incumplimientos relativos a la contabilidad, en la medida en que no se entregan los libros oficiales a cuya llevanza viene obligada por Ley la fundación (arts. 25.1 Ley 50/2002 y 26 RD 1337/2005 Reglamento de fundaciones de competencia estatal) y, una vez entregados, se observan graves irregularidades contables (diferencias de la contabilidad con los balances de situación aprobados por el Patronato, numerosas cuentas genéricas que carecen de desglose y que representan cifras de cuantías importantes).

Determinación de las personas afectadas por la calificación.— En cuanto a lo relevante para esta selección jurisprudencial, la determinación de los sujetos responsables y su grado de responsabilidad, se señala que, llevando a cabo los patronos en el ámbito

de las fundaciones el gobierno y representación de éstas (arts. 14 Ley 50/2002 y 15 Ley 10/2005, de fundaciones andaluzas), es a ellos aplicable lo dispuesto respecto de la responsabilidad del mandatario (art. 1726 Ley Concursal (LC)) así como respecto de los administradores o liquidadores y apoderados (arts. 164.1, 172.3 y 166 LC). No predica la LC una responsabilidad colegiada de todos los miembros del órgano de administración sino individualizada de acuerdo con su participación en los hechos, consideraciones a las que hay que sumar que estamos ante una persona jurídica sin fin de lucro y no una sociedad mercantil.

A los efectos de valorar la diligencia seguida por cada patrono e individualizar su responsabilidad deben tenerse en cuenta una serie de criterios: 1) Tipo de fundación, distinguiendo si es dotacional o empresarial, aunque con la evolución que han experimentado las fundaciones hasta considerarlas en la actualidad semejantes a las organizaciones empresariales, en todas se aprecia una obligación de mayor diligencia en la gestión. 2) Percepción de retribución o no por el patrono, pues resulta razonable condicionar el rigor en la valoración judicial de la negligencia/diligencia al carácter gratuito de su cargo (así también en art. 1726 LC). 3) Estructura del órgano de gobierno de la fundación y función que desempeña el patrono, puesto que cada vez es más frecuente en la práctica la existencia de comisiones delegadas, subordinadas al patronato, así como la atribución de funciones de dirección ejecutiva a favor de un director general o gerente. Habrá que estar, por tanto, a quién tiene la competencia y ostenta la responsabilidad de la llevanza de la contabilidad. En el supuesto de hecho, aunque pudiera predicarse que, indirectamente, la contabilidad era responsabilidad de todos los patronos, la existencia de un Director-Gerente profesional (retribuido) y de una Comisión ejecutiva con facultades sobre la llevanza de la contabilidad, hace que la culpa de los patronos deba moderarse o agravarse en función de que fueran miembros o no de tal Comisión, teniendo en cuenta también otros aspectos como si cobraban por su cargo, si llevaban mucho tiempo en el mismo o bien tomaron posesión pocos meses antes del concurso. En función del grado de culpabilidad, será o no cada patrón declarado afecto por la calificación de concurso culpable y por sus consecuencias (art. 172.2.2.º y 3.º LC).

[20] Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Sanlúcar de Barrameda (Cádiz), de 17 de diciembre de 2015. D. José Lázaro Alarcón Herrera.

Dotación fundacional: se trata de un acto de liberalidad del fundador hacia la persona jurídica sin fin de lucro que participa de la misma naturaleza jurídica que la donación en lo que a las normas de reducción de donaciones inoficiosas se refiere.

HECHOS.— Los hijos de D.^a L. ejercitan acciones de reclamación de derechos sucesorios, entre otros, contra una fundación, solicitando que se declare la inoficiosidad y consiguiente reducción de la aportación dotacional efectuada a la misma por la causante en su constitución. Sostienen los demandantes que a los bienes de la dotación fundacional, como negocio jurídico con

causa gratuita de carácter unilateral y formal, les es aplicable el régimen de la reducción de donaciones inoficiosas del Código Civil.

La fundación alega, en primer lugar, falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haberse demandado a los patronos de la persona jurídica. En cuanto al fondo de la cuestión, entiende que no cabe confundir donación con dotación pues son negocios jurídicos de diferente naturaleza y régimen. El derecho de fundación —constitucionalmente reconocido— es un derecho autónomo respecto del derecho de propiedad y, una vez constituida la persona jurídica, existen dos patrimonios separados entre los que no pueden existir vasos comunicantes, todo ello en atención al fin de interés general que tienen las fundaciones. Por ello, los bienes aportados como dotación fundacional no pueden ser incluidos en el haber hereditario para la partición de la herencia.

El Juzgado estima, en este motivo, la demanda.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.— En cuanto a la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haberse demandado a los patronos de la fundación, cabe señalar, por un lado, que el interés de los mismos es solo un interés conexo y no directo y, por otro, que el litisconsorcio pasivo necesario exige unicidad o, al menos, cotitularidad de la relación jurídico material, requisito que no se cumple en el supuesto de hecho.

En lo que a la naturaleza jurídica de la dotación fundacional respecta, la cuestión radica en determinar si la aportación como dotación fundacional con motivo de la constitución de la fundación demandada ha de considerarse *donación* a efectos de inoficiosidad de la misma o, por el contrario, en atención a su fin o destino, una *aportación* con el objeto de constituir la fundación que se excluye de la previsión legal del artículo 636 CC (esto es, de la limitación de lo que se puede dar o recibir por vía de donación). Si bien *stricto sensu* la aportación no se acomoda a esta previsión legal, también lo es que bajo la apariencia de una dotación fundacional no puede difuminarse la verdadera naturaleza de la aportación, un acto de liberalidad que determina la disminución del patrimonio del causante y que, en este sentido, entraría dentro de la finalidad teleológica del artículo 636 CC.

El artículo 8.2 Ley 50/2002, cuando se refiere a la capacidad para fundar, establece que las personas físicas requerirán de capacidad para disponer gratuitamente, *inter vivos* o *mortis causa*, de los bienes y derechos en que consista la dotación. Si se sigue el criterio de la declaración de inoficiosidad de las donaciones realizadas con posterioridad a esta aportación fundacional, la misma calificación ha de recibir ésta, pues que, siendo sustancialmente actos de liberalidad del fundador hacia la fundación, no puede reputarse donación aquellos que tienen como objeto aumentar el patrimonio de la fundación para la consecución de sus fines y no considerarse como tal los que tengan por objeto la constitución de la misma. Todos participan de la misma naturaleza (art. 618 CC) y, por tanto, a todos les son aplicables las normas relativas a la reducción de donaciones inoficiosas.

[21] Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Oviedo (Asturias), de 1 de abril de 2015. D. Miguel Ángel Álvarez-Linera Prado.

Acto de competencia desleal: prestación de servicios ajenos a la finalidad fundacional que representan la actividad principal de la persona jurídica y a pesar de los que obtiene beneficios fiscales que le permiten fijar un precio inferior al del mercado: existe un acto de competencia desleal.

HECHOS.— Se ejerce contra la Fundación de Amigos del Perro del Principado de Asturias acción declarativa de competencia desleal y de cesación en la prestación de servicios veterinarios, alegando la infracción de los artículos 15 Ley de Competencia Desleal, 7 y 3.3.º de la Ley 49/2002 y del artículo 24.1 Ley 50/2002, considerando que la demandada se ha prevalecto de su especial tratamiento fiscal para ofrecer servicios veterinarios de forma generalizada en el mercado con precios muy por debajo de los normales del mercado. La Fundación demandada, por su parte, formula oposición a la demanda manifestando que dentro de su objeto social se encuentra también, entre otras muchas, la prestación de servicios veterinarios a precios de mercado, no concurriendo infracción legal alguna. La demanda es estimada en su integridad.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.— A pesar de que la prestación de servicios veterinarios se contiene dentro de los fines de la fundación en sus Estatutos, la demandada publicita profusamente, no ya la multitud de fines de la fundación, sino específicamente la prestación de estos servicios sin condicionamiento alguno y dirigido a la población en general, asumiendo así un rol de clínica veterinaria que, a la vista del resultado de las cuentas presentadas por la fundación, se ha constituido en la principal actividad de la fundación desde el punto de vista de sus ingresos.

Teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 24 Ley 50/2002 (regulación de la realización de actividades económicas por parte de las fundaciones), el artículo 7 Ley 49/2002 (límites a la exención del Impuesto sobre Sociedades según el volumen de las explotaciones económicas accesorias) así como el artículo 3.3.º del mismo texto legal (requisitos para que una fundación sea considerada entidad sin ánimo de lucro a los efectos de beneficios fiscales), cabe concluir que la fundación demandada viene realizando una explotación económica ajena a su objeto o finalidad estatutaria que aporta a la fundación unos beneficios que exceden del 40% de los ingresos totales de la entidad, no obstante lo cual, ha venido beneficiándose de exenciones tributarias del Impuesto sobre Sociedades que le permiten fijar unos precios inferiores a los de mercado, obteniendo así una mejora competitiva y pudiendo acceder a una mayor cuota de mercado e incrementar sus ingresos de forma excepcional en cada ejercicio desde su constitución, en perjuicio del resto de profesionales del sector. Por ello, la prestación indiscriminada de servicios veterinarios llevada a cabo por la demandada constituye un acto de competencia desleal, debiendo retirar del mercado y de su página Web cualesquiera folletos y publicidad relativos al ofrecimiento de tales servicios. En cuanto al cese de la actividad de prestación de servicios veterinarios, del contenido de los Estatutos de la persona jurídica se

desprende que su objeto es la protección, asistencia y cuidado de animales abandonados, con lo que su ámbito de actuación ha de quedar limitado a este objeto sin que pueda ofrecer servicios de carácter veterinario de forma indiscriminada.

VI. Índice analítico

Cláusulas de reversión de bienes fundacionales

SAP de Córdoba de 30 de diciembre de 2014 [18]

Constitución de las fundaciones

— *Constitución mortis causa de una fundación*

SAP de Madrid de 12 de noviembre de 2015 [14]

— *Transformación voluntaria de Caja de Ahorros en fundación de naturaleza especial*

STSJ de Islas Canarias de 23 de enero de 2015 [11]

Extinción de las fundaciones

— *Inactividad de la fundación*

SAP Alicante de 10 de junio de 2015 [16]

— *Legitimación de herederos del fundador para instarla*

SAP Córdoba de 30 de diciembre de 2014 [18]

Fundaciones del Sector Público

STSJ de Galicia de 3 de diciembre de 2015 [4]

STSJ de Madrid de 21 de septiembre de 2015 [5]

STSJ de Cataluña de 10 de febrero de 2015 [9]

Inscripción de las fundaciones

— *Inscripción del cargo de patrono*

STSJ de Galicia de 4 de febrero de 2015 [10]

— *Requisito de interés general*

STSJ de Islas Canarias de 22 de mayo de 2015 [6]

— *Suficiencia y acreditación de la dotación inicial*

STSJ de la Comunidad Valenciana de 19 de noviembre de 2014 [13]

Modificación de los Estatutos

STSJ de Islas Canarias de 27 de febrero de 2015 [8]

Patrimonio de la fundación

— *Derecho de propiedad. Acción reivindicatoria*

SAP de Islas Baleares de 29 de mayo de 2015 [17]

— *Naturaleza de la dotación fundacional*

SJ 1.ª Instancia e Instrucción de Sanlúcar de Barrameda (Cádiz) de 17 de diciembre de 2015 [20]

— *Naturaleza y exigibilidad de aportaciones comprometidas*

SAP de Valladolid de 14 de julio de 2015 [15]

— *Separación entre bienes de la herencia yacente y de la dotación fundacional*

SAP de Madrid de 12 de noviembre de 2015 [14]

Patronato

— *Responsabilidad de los patronos por declaración de concurso culpable de la fundación*

SJ Mercantil de Sevilla de 20 de enero de 2016 [19]

Realización de actividades económicas

— *Acto de competencia desleal*

SJ Mercantil de Oviedo de 1 de abril de 2015 [21]

— *Declaración de concurso culpable*

SJ Mercantil de Sevilla de 20 de enero de 2016 [19]

Reconocimiento de fundaciones extranjeras

STSJ de Madrid de 18 de marzo de 2015 [7]

Régimen fiscal especial

— *Impuesto sobre Bienes Inmuebles*

STS de 10 de diciembre de 2015 [1]

— *Impuesto sobre la Renta de No Residentes*

STSJ de Madrid de 18 de marzo de 2015 [7]

— *Impuesto sobre Sociedades*

SAN de 1 de octubre de 2015 [3]

STSJ de Cataluña de 15 de enero de 2015 [12]

— *Impuesto sobre el Valor Añadido*

STS de 12 de septiembre de 2014 [2]



Índice

Presentación	13
<i>Javier Nadal Ariño</i>	

ESTUDIOS

El Registro Único de Fundaciones de competencia estatal	19
<i>Javier Gómez Gállego</i>	
I. CONCEPTO DE FUNDACIÓN	19
II. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LAS FUNDACIONES	19
III. DIFERENCIAS DE LAS FUNDACIONES CON LAS ASOCIACIONES Y SOCIEDADES MERCANTILES	20
IV. DIFERENCIAS POR SUS FORMALIDADES DE CONSTITUCIÓN	21
V. CONSTITUCIÓN DE LA FUNDACIÓN	22
VI. CONTROL DE LAS FUNDACIONES	24
1. <i>Protectorado</i>	24
2. <i>El registro único estatal de fundaciones</i>	24
VII. FUNCIONAMIENTO DEL REGISTRO DE FUNDACIONES	28
VIII. PRINCIPIOS POR LOS QUE SE RIGE EL REGISTRO DE FUNDACIONES	30
IX. FUNCIONES DEL REGISTRO	31
X. FUNCIONES DEL PROTECTORADO QUE NO CORRESPONDEN AL REGISTRO .	33
XI. PROBLEMAS PRÁCTICOS EN ACTOS DE COMPETENCIA DEL REGISTRO ÚNICO DE FUNDACIONES DE COMPETENCIA ESTATAL	33
1. <i>Constitución de fundaciones y certificaciones negativas de denomina- ción</i>	33
2. <i>Órganos de gobierno y representación</i>	37
3. <i>Otros</i>	38
XII. CONCLUSIÓN	39
El Protectorado de Fundaciones	41
<i>José Canal Muñoz</i> <i>Mercedes Muñoz Sánchez-Capuchino</i>	
I. RAZÓN DE SER DEL PROTECTORADO	41

II.	EVOLUCIÓN DE LA FUNCIÓN DEL PROTECTORADO	44
III.	ANÁLISIS COMPARADO CON OTROS PAÍSES	47
	1. <i>Análisis de los ordenamientos jurídicos de diferentes países en materia de fundaciones.</i>	47
	2. <i>Análisis de los modelos de fundaciones predominantes en los diferentes países.</i>	52
IV.	EL PROTECTORADO EN LAS DIFERENTES COMUNIDADES AUTÓNOMAS	54
	1. <i>Modelo de organización del Protectorado</i>	55
	2. <i>Relación entre el Protectorado y Registro autonómicos</i>	58
	3. <i>Funciones encomendadas al Protectorado autonómico</i>	59
V.	EL PROTECTORADO ÚNICO EN LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO	62
VI.	FUNCIONES DEL PROTECTORADO DE FUNDACIONES DE COMPETENCIA ESTADAL	66
	1. <i>Nacimiento de la fundación</i>	66
	2. <i>Vida de la fundación.</i>	67
	3. <i>Finalización de la fundación.</i>	72
	4. <i>Ejercicio de acciones judiciales</i>	74
VII.	CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS DE FUTURO	76
 Las fundaciones privadas de las Administraciones públicas a la luz de la Ley 40/2015		79
<i>Miguel Navajas Rebollar</i>		
I.	INTRODUCCIÓN. EL DERECHO DE FUNDACIÓN DE LOS ENTES PÚBLICOS. LA CAPACIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS PARA LA CREACIÓN DE UNA FUNDACIÓN	79
II.	LOS ORÍGENES DE LAS FUNDACIONES PÚBLICAS.	82
III.	LA EVOLUCIÓN NORMATIVA EN LA REGULACIÓN DE LAS FUNDACIONES PÚBLICAS: DE LA LEY 30/1994 HASTA LA LEY 50/2002. LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO	85
	1. <i>El inicial reconocimiento de la figura: Las fundaciones públicas en la Ley 30/1994</i>	85
	2. <i>Una nueva vuelta de tuerca: Las Fundaciones del Sector Público en la Ley 50/2002</i>	87
IV.	LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO EN LA LEY 40/2015.	91
V.	LAS FUNDACIONES PRIVADAS CONSTITUIDAS POR ENTES PÚBLICOS.	94
	1. <i>Un nuevo intento de huida. Las fundaciones privadas controladas por Entes públicos.</i>	94
	2. <i>La encomienda de gestión y la legislación de contratos.</i>	96
	3. <i>Las fundaciones privadas en mano pública, como entidades del sector público</i>	102
BIBLIOGRAFÍA		109

Fundaciones privadas y subvenciones públicas: ámbito, procedimiento, justificación, control y libertad. 113

Roberto Fernández Castilla

I.	JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO	113
II.	MARCO JURÍDICO EN EL QUE SE DESARROLLA EL CONTROL DE LAS SUBVEN- CIONES Y AYUDAS PRESTADAS A FUNDACIONES PRIVADAS	115
	1. <i>Las fundaciones como persona jurídica titular de libertad y autonomía: Fundamento civil y constitucional de las Fundaciones como sujeto susceptible de promoción por las Administraciones Públicas</i>	117
	2. <i>El otorgamiento de ayudas o subvenciones: su razón de ser en torno a las fundaciones y su control</i>	123
	3. <i>Procedimiento de justificación y comprobación de la subvención</i>	125
	A) La justificación y comprobación de las subvenciones	125
	B) Ámbito subjetivo, objetivo y de actividad de la justificación y comprobación.	128
	C) El procedimiento de justificación y comprobación.	130
	a) Justificación de subvenciones: modalidades.	130
	b) Comprobación de subvenciones.	133
III.	CONCLUSIÓN Y PROPUESTA DE ACTUACIÓN DE LAS FUNDACIONES PRIVADAS ANTE LAS ACTUACIONES DE COMPROBACIÓN	137
	BIBLIOGRAFÍA	140

Situación actual y propuestas de futuro para las fundaciones autónomas de la Iglesia Católica. 141

Remigio Beneyto Berenguer

I.	INTRODUCCIÓN	142
II.	SITUACIÓN DE LAS FUNDACIONES AUTÓNOMAS EN ESPAÑA.	143
	1. <i>Situación de las fundaciones autónomas en las diócesis españolas</i>	143
	2. <i>Situación de las fundaciones autónomas en la Conferencia Episcopal Española</i>	147
III.	DESCRIPCIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE ALGUNAS FUNDACIONES AUTÓNOMAS PÚBLICAS Y PRIVADAS.	156
	1. <i>Denominación</i>	156
	2. <i>Personalidad jurídica y régimen jurídico</i>	157
	3. <i>Finalidades</i>	158
	4. <i>Dotación</i>	162
	5. <i>El Gobierno de la fundación</i>	164
	6. <i>Actos de disposición y enajenación del patrimonio</i>	167
	7. <i>La modificación de estatutos y la fusión de fundaciones</i>	171
	8. <i>La extinción y el destino de los bienes en caso de extinción</i>	172
IV.	PROPUESTAS PARA UNA NORMATIVA DE LA CONFERENCIA EPISCOPAL SOBRE FUNDACIONES AUTÓNOMAS, PÚBLICAS O PRIVADAS, DE ÁMBITO NACIONAL	174
V.	BIBLIOGRAFÍA	176

El convenio colectivo sectorial estatal de intervención social: situación del sector tras la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 17 de mayo de 2016 177

David Martínez Saldaña

- I. ANTECEDENTES: REGULACIÓN CONVENCIONAL DEL SECTOR ANTES DE LA PUBLICACIÓN DEL CCAIS EN EL AÑO 2015 177
 - 1. *Los precedentes inmediatos a la publicación del CCAIS: La anulación de los convenios colectivos de acción e intervención social estatal y de la Comunidad de Madrid* 178
 - 2. *Convenios colectivos de intervención social actualmente aplicables* . . . 181
- II. LA PUBLICACIÓN DEL CCAIS Y SU IMPUGNACIÓN 182
 - 1. *Publicación del CCAIS y desestimación de la demanda de impugnación de convenio colectivo* 182
 - 2. *Casación ordinaria ante el TS. Cuestiones relevantes sobre la legitimación de las firmantes del CCAIS que la Sentencia de la AN ha dejado para el debate en casación* 183
- III. ALGUNAS SOLUCIONES QUE APORTA LA SAN DE 17 DE MAYO DE 2016 PARA EL SECTOR 186
 - 1. *Inexistencia de invasiones del CCAIS a los convenios de dependencia, discapacidad, reforma y menores, y ocio y tiempo libre* 186
 - A) *Problemas de invasiones que generaba el CCAIS*. 186
 - B) *La SAN de 17 de mayo de 2016 declara que el CCAIS no invade otros convenios colectivos*. 190
 - 2. *Prevalencia en la aplicación del convenio colectivo que las empresas vinieran aplicando* 191
 - 3. *Aplicación del CCAIS al sector de la intervención social «residual»* . 192
 - 4. *Otras recomendaciones que efectúa la SAN de 17 de mayo de 2016* . 193

CRÓNICA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Andalucía. Novedades en materia de fundaciones, asociaciones de utilidad pública y cooperación al desarrollo en 2015 199

Manuel Rodríguez Portugués

- I. NOVEDADES EN MATERIA DE FUNDACIONES 200
 - 1. *Personal procedente de fundaciones del sector público: se consolida la doctrina del TS sobre su integración en entidades de Derecho público* . 200
 - 2. *Actividad administrativa de fomento desarrollada a favor de las fundaciones*. 203
- II. ASOCIACIONES DE UTILIDAD PÚBLICA: «INTERÉS GENERAL» NO ES SINÓNIMO DE «GRATUIDAD O AUSENCIA DE ÁNIMO DE LUCRO» 204

III.	NOVEDADES EN MATERIA DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL AL DESARROLLO	205
1.	<i>Nuevos Estatutos para la Agencia Andaluza de Cooperación Internacional para el Desarrollo.</i>	205
2.	<i>Aprobación del Plan Andaluz de Cooperación para el Desarrollo 2015-2018</i>	206
3.	<i>Las ayudas del Parlamento de Andalucía en materia de cooperación internacional del desarrollo</i>	207
	Las fundaciones en Asturias	209
	<i>Alejandro Huergo Lora</i> <i>Javier García Luengo</i>	
I.	INTRODUCCIÓN	209
II.	NOVEDADES JURISPRUDENCIALES.	210
1.	<i>La prohibición del ejercicio de actividades económicas por parte de una fundación sobre la base de la Ley de Competencia Desleal</i>	210
2.	<i>La prohibición de encomiendas a las fundaciones públicas en materias procedimentales</i>	218
III.	PRÁCTICA ADMINISTRATIVA DE LOS REGISTROS DE FUNDACIONES	219
	La fundación pública local en la nueva Ley de Municipios de Canarias. Algunos aciertos y demasiadas lagunas.	221
	<i>Luis E. Prieto González</i>	
I.	INTRODUCCIÓN	222
II.	LAS FUNDACIONES PÚBLICAS COMO INTEGRANTES DEL SECTOR PÚBLICO	223
III.	SU NATURALEZA JURÍDICA.	225
1.	<i>Las fundaciones públicas.</i>	225
2.	<i>Fundaciones públicas, fundaciones privadas</i>	229
IV.	SU CAPACIDAD E IDONEIDAD COMO MODO GESTOR.	232
V.	CREACIÓN, MODIFICACIÓN, EXTINCIÓN	234
1.	<i>Separación de las fases administrativa y fundacional</i>	234
2.	<i>La exigencia de una especial motivación.</i>	236
VI.	LA VINCULACIÓN PERMANENTE DE PATRIMONIOS PÚBLICOS	237
VII.	ESPECIALIDADES DE SU RÉGIMEN JURÍDICO.	239
1.	<i>La posición de los patronos designados por la corporación.</i>	239
2.	<i>La pérdida del control sobre la fundación: la tutela del Protectorado</i>	241
3.	<i>Régimen de sus actos y acuerdos.</i>	241
4.	<i>Actuaciones sujetas al derecho público</i>	243
VIII.	A MODO DE CONCLUSIÓN.	246
	BIBLIOGRAFÍA	247

Fundaciones en Castilla-La Mancha	249
<i>José Antonio Moreno Molina</i>	
<i>Alma Patricia Domínguez Alonso</i>	
I. LA PRÓRROGA DE LOS PRESUPUESTOS DE 2015. PREVISIONES RELACIONADAS CON LAS FUNDACIONES PÚBLICAS	249
II. ACCESO ELECTRÓNICO A LA INFORMACIÓN REGISTRAL DE FUNDACIONES .	251
III. CONTROLES ORGANIZATIVOS RELATIVOS A LAS FUNDACIONES PÚBLICAS REGIONALES	252
IV. JURISPRUDENCIA SOBRE FUNDACIONES: RECONOCIMIENTO EN PROCESO SELECTIVO DE FORMACIÓN RECIBIDA EN UNA FUNDACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO	253
Implantación de un sistema de gestión y calidad dentro del Protectorado y Registro de Fundaciones de Castilla-La Mancha	255
<i>Inés Peláez Peláez</i>	
I. INTRODUCCIÓN	255
1. <i>Justificación del trabajo</i>	255
2. <i>Descripción de la situación: punto de partida</i>	256
3. <i>Objetivo general y objetivos específicos</i>	257
4. <i>Metodología</i>	257
5. <i>Estructura</i>	257
II. MARCO TEÓRICO	258
1. <i>Definición y antecedentes históricos de fundación como institución</i> ..	258
A) Definición	258
B) Antecedentes históricos	259
C) Contexto actual	260
2. <i>Estructura y funciones de los protectorados y registros de fundaciones</i> . .	261
A) Funciones registrales y funciones del Protectorado	261
B) Ámbito estatal	264
C) Ámbito autonómico	266
3. <i>El Protectorado y Registro de Fundaciones de Castilla-La Mancha</i> .	272
III. IMPLANTACIÓN DE UN SISTEMA DE GESTIÓN Y CALIDAD DENTRO DEL PROTECTORADO Y REGISTRO DE FUNDACIONES DE CASTILLA-LA MANCHA ..	275
1. <i>Descripción del servicio y análisis de la situación</i>	275
2. <i>Proceso de modernización mediante la implantación de un sistema de gestión y calidad</i>	278
A) Estandarización de los procesos de trabajo	278
B) Tramitación electrónica	285
C) Optimización de los recursos humanos	300
IV. CONSIDERACIONES FINALES	302
V. BIBLIOGRAFÍA Y WEBGRAFÍA	303

El sector fundacional en Extremadura durante 2015. 307

Enrique Hernández Díez

I.	INTRODUCCIÓN	308
II.	ESTADO DEL SECTOR Y CRÓNICA DE ACTIVIDAD.	308
	1. <i>Situación del sector fundacional en Extremadura.</i>	308
	2. <i>Crónica de actividad de las fundaciones extremeñas.</i>	309
III.	ANÁLISIS DE LA ACTIVIDAD NORMATIVA.	312
	1. <i>La reforma legal sobre las fundaciones procedentes de la transformación de Cajas de Ahorros con domicilio social en la Comunidad Autónoma de Extremadura</i>	312
	2. <i>Otras normas de rango legal con efectos sobre las fundaciones extremeñas</i>	313
	3. <i>La actividad normativa reglamentaria con efectos sobre el sector fundacional extremeño</i>	315
IV.	FINANCIACIÓN PÚBLICA DE FUNDACIONES	318
	1. <i>Las subvenciones autonómicas a las fundaciones</i>	319
	2. <i>La contratación de la Junta de Extremadura con fundaciones</i>	321
	3. <i>Las dotaciones presupuestarias de las fundaciones del sector público autonómico</i>	322
V.	CONCLUSIONES	324

La regulación del mecenazgo cultural y deportivo en las Islas Baleares. 325

Joana M. Socias Camacho

Vicente Juan Calafell Ferrá

I.	INTRODUCCIÓN	326
II.	LA LEY 3/2015, DE 23 DE MARZO, POR LA QUE SE REGULA EL CONSUMO CULTURAL Y EL MECENAZGO CULTURAL, CIENTÍFICO Y DE DESARROLLO TECNOLÓGICO, Y SE ESTABLECEN MEDIDAS TRIBUTARIAS	327
	1. <i>Marco competencial</i>	327
	2. <i>Instauración de un nuevo marco favorecedor de la acción conjunta público-privada en el ámbito cultural.</i>	329
III.	LA LEY 6/2015, DE 30 DE MARZO, POR LA QUE SE REGULA EL MECENAZGO DEPORTIVO Y SE ESTABLECEN MEDIDAS TRIBUTARIAS	331
	1. <i>Marco competencial</i>	331
	2. <i>Instauración de un nuevo marco favorecedor de la acción conjunta público-privada en el ámbito deportivo.</i>	335

Las fundaciones en la Región de Murcia 339

Pilar Juana García Saura

I.	MEDIDAS DE REESTRUCTURACIÓN Y RACIONALIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LA REGIÓN DE MURCIA Y SU
----	---

INCIDENCIA EN EL ÁMBITO DE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO. SITUACIÓN DE LAS FUNDACIONES FRENTE A LA CRISIS	340
II. CONTROL PRESUPUESTARIO DE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO AUTONÓMICO	341
III. ANÁLISIS DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES HABIDAS EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LA REGIÓN DE MURCIA EN MATERIA DE FUNDACIONES . .	345
IV. TERCER SECTOR. NOVEDADES	346
Las fundaciones en la Comunidad Foral de Navarra	349
<i>Martín María Razquin Lizarraga</i>	
I. NORMATIVA SOBRE FUNDACIONES	349
II. SUPRESIÓN DE FUNDACIONES PÚBLICAS	349
III. JURISPRUDENCIA	349
IV. DICTÁMENES E INFORMES SOBRE FUNDACIONES	350
V. CAJA NAVARRA Y FUNDACIONES	351
El Derecho de Fundaciones en la Comunidad Autónoma del País Vasco	353
<i>E. Cobreros Mendazona</i>	
I. INTRODUCCIÓN	353
II. LA LEGISLACIÓN VASCA DE FUNDACIONES	353
III. JURISPRUDENCIA	355
IV. INFORMES DEL TRIBUNAL VASCO DE CUENTAS PÚBLICAS	355
CRÓNICA DE LA UNIÓN EUROPA	
El estado actual del Derecho de fundaciones alemán	359
<i>Birgit Weitemeyer</i>	
I. DERECHO CIVIL RELATIVO A LAS FUNDACIONES	359
1. <i>Situación jurídica de partida y condiciones básicas modificadas para fundadores y fundadoras</i>	<i>359</i>
2. <i>Principales modificaciones introducidas por la Ley para la Modernización del Derecho de Fundaciones y cuestiones de reformas actuales . .</i>	<i>362</i>
A) Reconocimiento de una fundación por parte de las autoridades	362
B) Admisibilidad de las fundaciones de duración determinada (Verbrauchsstiftung)	364
C) Fines autorizados de una fundación, en especial con respecto a fundaciones familiares de uso privado y empresariales	366

D)	Ulteriores permisos para modificar los estatutos y la finalidad de una fundación	370
a)	Facultades de modificación de fundadores vivos.	372
b)	¿Estructuras cooperativas en las fundaciones ciudadanas?. . .	379
c)	Simplificación de procedimientos de agregación y fusión de las fundaciones	380
E)	Domicilio	382
F)	Órganos y gobernanza	384
G)	Transparencia y rendición de cuentas en las fundaciones . . .	386
3.	<i>Conclusiones</i>	390
II.	DERECHO TRIBUTARIO DE FUNDACIONES	390
1.	<i>Ley para la Ampliación del Incentivo Fiscal de Fundaciones del 14/07/2000</i>	391
2.	<i>Ley para la Promoción adicional del compromiso ciudadano del 10/10/2007</i>	392
3.	<i>Reforma de la normativa referente a la utilidad pública a través de la Ley alemana de promoción del voluntariado de 2013</i>	392
4.	<i>Problemas fiscales pendientes, especialmente respecto a las fundaciones con actividad internacional</i>	394
A)	Referente estructural nacional según el artículo 51, párrafo 2 de la AO	394
B)	Reconocimiento de fundaciones extranjeras para la deducción de donaciones.	396
III.	CONCLUSIONES	402
	BIBLIOGRAFÍA	403
	La fundación en el Derecho holandés	409
	<i>W. J. M. van Veen</i>	
I.	INTRODUCCIÓN	409
II.	LAS FORMAS DE LA «FUNDACIÓN» EN PERSPECTIVA HISTÓRICA	410
1	<i>El concepto de patrimonio afecto a un fin</i>	410
2	<i>La fundación-persona jurídica</i>	412
III.	LA FUNDACIÓN «NO AUTÓNOMA» (SIN PERSONALIDAD JURÍDICA) EN EL DERECHO HOLANDÉS	413
IV	EL DESARROLLO DE LA FUNDACIÓN-PERSONA JURÍDICA EN EL DERECHO HOLANDÉS.	417
1.	<i>El derecho consuetudinario: desde la Edad Media hasta la Ley de Fundaciones de 1956</i>	417
2.	<i>La Ley de Fundaciones de 1956</i>	419
A)	Introducción.	419
B)	Requisitos formales para la constitución de fundaciones y prohibición de socios	420

C)	Sin requisito de separación patrimonial en el momento de la constitución	421
D)	Sin aprobación gubernamental o control	423
E)	Sin limitación de objetivos benéficos, altruistas o de utilidad pública	423
V.	LA FUNDACIÓN EN EL DERECHO ACTUAL.	425
1.	<i>El alcance de la normativa</i>	425
2.	<i>Características legales</i>	426
3.	<i>Constitución y registro</i>	428
4.	<i>Estatutos y modificación de estatutos</i>	429
5.	<i>Consejo de de la fundación y control interno</i>	429
6.	<i>Control externo</i>	432
A)	Disolución de la fundación	433
B)	Obligación de facilitar información	434
C)	Suspensión o cese de administradores	434
D)	Anulación de decisiones	435
E)	Corrección de cuentas anuales.	436
F)	Derecho de investigación	436
7.	<i>Transformación, y fusión y división jurídicas</i>	437
A)	Transformación de y a fundación	437
B)	Fusión y división jurídicas.	438
8.	<i>Disolución y saldo positivo</i>	438
VI.	FORMAS DE LA FUNDACIÓN.	439
1.	<i>Instituciones de utilidad pública e interés social</i>	439
2.	<i>Instituciones subvencionadas: colegios, universidades, hospitales, etc.</i>	440
3.	<i>Fundaciones estatales</i>	441
4.	<i>Fundaciones de pensiones</i>	441
5.	<i>Fundaciones familiares</i>	441
6.	<i>Fundaciones comerciales</i>	441
7.	<i>Fundación gestor administrativo-separación de derechos financieros y derechos de toma de decisiones</i>	442
VII.	CONCLUSIÓN	443

CRÓNICA DE IBEROAMÉRICA

	Recursos privados para la transformación social. Filantropía e inversión social privada en América Latina	447
	<i>Rodrigo Villar Gómez</i>	
I.	INTRODUCCIÓN	447
II.	EL SECTOR FUNDACIONAL, LA INVERSIÓN SOCIAL Y LA FILANTROPÍA	449
III.	EL CRECIMIENTO DE LA ISP EMPRESARIAL	451
IV.	ESTRATEGIAS PARA AMPLIAR LA ESCALA Y EL IMPACTO DE LA ISP	457

V. LA ISP Y LAS RELACIONES CON LAS ORGANIZACIONES DE LA SOCIEDAD CIVIL (OSC)	461
VI. TRANSPARENCIA, EVALUACIÓN Y APRENDIZAJE: NUEVOS TEMAS EN LA AGENDA DE LA ISP	463
VII. RETOS Y DESAFÍOS PARA EL FUTURO DE LA ISP Y LA FILANTROPÍA	466
REFERENCIAS	467

Amenazas y restricciones a la libertad de asociación en Venezuela . 469

Civilis Derechos Humanos

I. ENTORNO AMENAZANTE	469
II. LEGISLACIÓN RESTRICTIVA	472
1. <i>Normas restrictivas de la organización y la participación</i>	474
2. <i>Normas restrictivas del acceso a la cooperación internacional</i>	475
3. <i>Normas restrictivas de registro de organizaciones</i>	478
III. JURISPRUDENCIA RESTRICTIVA	479

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia sobre fundaciones 483

María Natalia Mato Pacín

I. TRIBUNAL SUPREMO	483
II. AUDIENCIA NACIONAL	485
III. TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA	486
IV. AUDIENCIAS PROVINCIALES	496
V. JUZGADOS	501
VI. ÍNDICE ANALÍTICO	505

