





ANUARIO DE DERECHO DE FUNDACIONES
2013



**ANUARIO
DE DERECHO
DE FUNDACIONES
2013**



1.ª edición, 2014

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.

© 2014, 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
ÁLVARO VILLAGRÁN Y DE VILLOTA



Sumario (★)

Presentación

JAVIER NADAL ARIÑO

Presidente de la Asociación Española de Fundaciones

ESTUDIOS

La sociedad civil

JAVIER NADAL ARIÑO

Presidente de la Asociación Española de Fundaciones

El régimen previsto para las fundaciones bancarias en la Ley de Cajas de Ahorros y Fundaciones Bancarias

ANTONIO RONCERO SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho Mercantil

Universidad de Castilla-La Mancha

Las Private Foundations en EE.UU.: una categoría fiscal

MARTA MONTERO SIMÓ

Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario

Universidad Loyola Andalucía

JUAN-CRUZ ALLI UTRILLAS

Profesor Titular de Derecho Administrativo

Universidad Nacional de Educación a Distancia

Filantropía de impacto: sus significados, sus promesas y sus escollos

RICHARD A. MARKER

Co-Principal, Wise Philanthropy

Founder, NYU Academy for Grantmaking & Funder Education

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

Una fiscalidad para las fundaciones y el mecenazgo en Europa

SILVIA LÓPEZ RIBAS

Licenciada en Ciencias Empresariales y en Ciencias Políticas

Fundaciones y crisis económica. Concurrencia de causas de extinción y destino del patrimonio fundacional

ERNESTO VIDAL LLARIO

Abogado asociado del bufete BROSETA Abogados

Doctorando en Derecho Mercantil por la Universitat de València

La disposición patrimonial sin autorización administrativa previa en las fundaciones (a propósito de una fundación sospechosa)

CÉSAR HORNERO MÉNDEZ

Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

CRÓNICA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS**Andalucía. Cooperación internacional para el desarrollo y novedades en materia de fundaciones**

MANUEL RODRÍGUEZ PORTUGUÉS

Profesor Contratado Doctor (acreditado TU) de Derecho Administrativo

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

Las fundaciones de Cantabria en 2013: investigación, educación y cultura

MARCOS GÓMEZ PUENTE

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de Cantabria

Fundaciones en Castilla-La Mancha

JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha

ALMA PATRICIA DOMÍNGUEZ ALONSO
Profesora Ayudante Doctor de Derecho Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha

Las fundaciones en Castilla León

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

Las fundaciones en Catalunya. Nuevas aportaciones sobre su nivel de sujeción al RDL 3/2011 de 14 de noviembre y otras cuestiones de interés

JOAQUÍN TORNOS MAS
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Barcelona

MARÍA DEL MAR MARTÍNEZ MARTÍNEZ
Profesora de Derecho Administrativo

El panorama socio-jurídico del actual sector fundacional extremeño: Fundaciones y participación juvenil

VICENTE ÁLVAREZ GARCÍA
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Extremadura

ENRIQUE HERNÁNDEZ DÍEZ
Presidente del Consejo de la Juventud de Extremadura

Las fundaciones del sector público en las Islas Baleares

JOANA M. SOCIAS CAMACHO
Universidad de las Islas Baleares

Las fundaciones en la Comunidad Autónoma de La Rioja

ANTONIO FANLO LORAS
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de La Rioja

Las fundaciones en la Comunidad de Madrid

JOSÉ LUIS PIÑAR MAÑAS

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad San Pablo-CEU de Madrid

ALICIA REAL PÉREZ

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

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 RAZQUÍN LIZARRAGA

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Pública de Navarra

El Derecho de fundaciones en la Comunidad Autónoma del País Vasco

EDORTA COBREROS MENDAZONA

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

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

ROSA GALLEGO GARCÍA

Directora. Asociación Española de Fundaciones
Presidenta del Comité de Dirección. Donors and Foundations Networks
in Europe (DAFNE)

CRÓNICA DE IBEROAMÉRICA

Organizaciones de la sociedad civil. Tres iniciativas para una mayor transparencia en Chile

ROBERTO PERALTA

Abogado y miembro de la Comisión Políticas Públicas de la Comunidad de Organizaciones Solidarias de Chile

JEANNETTE VON WOLFERSDORFF

Emprendedora social y miembro de la Comisión de Políticas Públicas de la Comunidad de Organizaciones Solidarias de Chile

La FECU social: transparencia y rendición de cuentas de las OSFL

LUIS PERERA ALDAMA

Contador Público-Licenciado en Administración

Trabajo de socialización para la implementación de un marco integrado de rendición de cuentas en organizaciones no gubernamentales en Chile

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Transparencia activa y rendición de cuentas de las organizaciones sin fines de lucro en Chile

FUNDACIÓN AVINA

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia sobre fundaciones

NATALIA MATO PACÍN

Profesora Ayudante de Derecho Civil

Universidad Carlos III de Madrid



Presentación

El 2013 ha sido un año aún marcado por la crisis. A pesar de ello, conocíamos los datos de empleo del conjunto del sector fundacional a través de la publicación de un nuevo estudio del Instituto de Análisis Estratégico de Fundaciones (INAEF) de la asociación, *Comportamiento del Empleo en el Sector Fundacional. Actuaciones contracíclicas y derivaciones de política económica para el sector*, cuyos resultados ponen de manifiesto algunas de las fortalezas del mismo. En él, a través del análisis de los datos de empleo desde 1976 a 2012, queda patente el «comportamiento virtuoso» del empleo fundacional en relación con el empleo total, ya que durante las fases expansivas del ciclo presenta un mayor dinamismo a la hora de crear puestos de trabajo y durante las fases recesivas no sólo no destruye empleo sino que sigue manteniendo su pujanza incluso en la última fase bajista. El empleo en el sector fundacional mantiene hasta 2011 una tendencia creciente frente al empleo total.

Datos y estudios como estos ponen de manifiesto el carácter estratégico del sector fundacional y contribuyen a dar visibilidad a estas organizaciones, individualmente y como conjunto. Consideramos que disponer de cifras y datos fiables sobre el sector es fundamental para conocer con exactitud su verdadera dimensión y sus posibilidades de desarrollo y, sobre todo, es una referencia clave para tratar de lograr que el marco normativo en el que se desenvuelven sea lo más favorable posible y contribuya a su consolidación y a reactivar su crecimiento.

Los estudios promovidos por la Asociación Española de Fundaciones a través del INAEF, además dimensionar el sector fundacional de forma periódica, aportan valiosos argumentos sociales y económicos para que el marco normativo actual de estas entidades sea revisado y adaptado a esta nueva realidad. La nueva edición de este Anuario de Derecho de Fundaciones, que me complace presentar, completa esa fotografía global sobre el sector que desde la AEF pretendemos ofrecer cada año. Nos parece que estas dos publicaciones, de naturaleza bien distinta, deben de estar estrechamente relacionadas. Porque la realidad jurídica debe adaptarse necesariamente a las exigencias y demandas que emergen de la propia evolución del sector fundacional. Su fortaleza institucional, a pesar de las dificultades de los dos últimos años, y su crecimiento cualitativo, acreditado por los niveles profesionales de sus equipos de trabajo y de autoexigencia en materia de transparencia informativa y de

buen gobierno, merecen ser considerados y evaluados por la sociedad y los poderes públicos.

Las fundaciones evidencian, quizás como ninguna otra institución, el crecimiento y el nivel de madurez y de compromiso experimentado por la sociedad española en los últimos años. La variedad de sus orígenes, fines y actividades es la expresión más directa de la riqueza y la pluralidad de las expectativas, preocupaciones y exigencias de la sociedad civil. Asimismo, desempeñan un papel cada vez más importante en la integración social y cultural de nuestro país. Es cierto que esta mayor preocupación de la ciudadanía por las cuestiones de interés general no se produce de la noche a la mañana y que queda aún mucho camino por recorrer. Pero el salto cuantitativo y cualitativo que se ha producido en los últimos treinta años es enorme, aunque este es un proceso de mejora continua y que no tiene fin. El sector se ha visto afectado también por la crisis económica. En los dos últimos años se han producido fusiones, extinciones y reajustes. Pero la situación de crisis y sus efectos en forma de problemas sociales incrementa el alcance de la función que cumplen estas instituciones. Las fundaciones, en tiempos de crisis, son más necesarias que nunca.

Comprobamos que se han dado pasos más que significativos en todos los niveles y tenemos un nuevo horizonte de crecimiento y de mejora en todos los ámbitos. La existencia de un marco jurídico favorable para el sector, los retos de la coyuntura económica y el incremento de la participación de los españoles en la vida pública, nos indican que las fundaciones alcanzarán una mayor presencia pública durante los próximos años.

El incremento del volumen, diversidad e impacto social del sector fundacional español durante las últimas décadas necesita de análisis y replanteamientos desde diferentes enfoques: socioeconómico, organizacional, jurídicos. Estos análisis, precisos, rigurosos, han de ser la base para la realización de estudios explicativos y prospectivos, a medio y largo plazo, con orientación aplicada al fortalecimiento institucional del sector.

Con la información disponible en la base de datos de la AEF, es posible afirmar que el proceso de diversificación en cuanto al origen de las fundaciones se ha intensificado aún más, si cabe, en los últimos años, si atendemos exclusivamente a las personas físicas y jurídicas fundadoras. En este sentido, se puede decir que cada vez más iniciativas del tercer sector eligen a la fundación como forma jurídica más idónea para llevar a cabo sus proyectos.

La evolución de la sociedad española se refleja fielmente en la creación y el desarrollo de las fundaciones, en la amplitud y diversidad de los fines para

los que se crean, de los públicos hacia los que van destinados sus programas de actividades (desempleados, personas con discapacidad, estudiantes, jubilados, inmigrantes, trabajadores), y en la extensa gama de los tipos de actividad que realizan (museos, hospitales, centros culturales, bibliotecas, colegios, formación, publicaciones, campañas de sensibilización, proyectos sociales, exposiciones, conciertos, etcétera), en la pluralidad social y cultural que se puede apreciar en la composición de sus patronatos, en su propia distribución geográfica, y finalmente en la dimensión económica y en el protagonismo social que están alcanzando.

Durante el año 2013, la AEF ha desarrollado sus actividades de forma más intensa aún si cabe, con el objetivo de continuar cumpliendo su misión de representar, fortalecer y apoyar al sector fundacional español. En su tarea de representación, la AEF ha participado este año en la comisión interministerial creada para la revisión del régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos al mecenazgo. La AEF han considerado como aspectos fundamentales que deben mejorarse del actual marco regulatorio del sector la puesta en marcha del protectorado y el registro único de fundaciones de competencia estatal, así como una mejora del régimen de incentivos de los donantes de las entidades sin fin de lucro, reconociendo así el papel social que desempeñan. Además, pero no menos importante, la AEF ha mantenido su interlocución permanente con los diferentes poderes públicos con competencias sobre las fundaciones, principalmente con protectorados y otras administraciones públicas y grupos parlamentarios, para darles traslado de la realidad del sector, de sus problemas, sus necesidades, y fundamentalmente para proponer mejoras en normas de diversa índole que les afectan.

Como es habitual, el Anuario analiza muchas de las cuestiones de actualidad del marco regulatorio de las fundaciones, tanto sobre la aplicación de las normas vigentes, como sobre sus posibilidades de mejora. Desde la reflexión sobre el papel actual de las fundaciones como parte de la sociedad civil o el análisis de las actuales metodologías y enfoques del significado de la filantropía de impacto, al estudio de las *private foundations* como categoría fiscal en Estados Unidos. También recoge cuestiones de eminente e inmediata aplicación práctica como son las causas de extinción de las fundaciones y el destino de su patrimonio —desafortunadamente de relevancia actual— o las consecuencias y el régimen jurídico de la realización por las fundaciones de actos de disposición sin autorización administrativa previa. Este número del Anuario contiene también un exhaustivo análisis de la nueva figura de las fundaciones bancarias creadas a final de 2013 a través de la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de Cajas de Ahorros y Fundaciones Bancarias.

Como viene siendo habitual, el Anuario recoge en la *Crónica Autonómica* un análisis, realizado por grandes expertos, de las novedades sobre el régimen jurídico de las fundaciones en cada una de las Comunidades Autónomas y de otras cuestiones sectoriales que afectan a estas entidades.

En este número, la *Crónica Iberoamericana* dedica cuatro artículos a Chile y a las diferentes iniciativas para la promoción de la transparencia del sector fundacional y del tercer sector surgidas desde el sector público y otras organizaciones de la sociedad civil. La transparencia está —y seguirá estando— en la agenda del sector fundacional en nuestro país, para lo que iniciativas de otros países y otros entornos pueden ser de máxima utilidad, sobre todo en el ámbito de la autorregulación.

Por último no puede cerrarse el Anuario sin la *Crónica Europea*, que refleja este año los avances que se han producido en la regulación del Estatuto de Fundación Europea que ojalá pueda verse aprobado en el año 2014 sin más dilación. Igualmente se incluye en un capítulo específico la reseña de jurisprudencia, de gran utilidad para todos los operadores jurídicos que desarrollan su labor en el ámbito fundacional: patronos, asesores, protectorados y administración en general, así como órganos jurisdiccionales, entre otros.

Quiero agradecer a los autores sus trabajos y el valioso tiempo dedicado a este Anuario; a los profesores Santiago Muñoz Machado y José Luis Piñar su experta dirección; y al consejo de redacción, que al cierre de este número está ya orientando y guiando una vez más el contenido del próximo número, su colaboración. A todos ellos debe reconocerse su generosa contribución.

Javier NADAL ARIÑO
Presidente de la Asociación Española de Fundaciones

ESTUDIOS



La Sociedad Civil

Javier Nadal Ariño

Presidente de la Asociación Española de Fundaciones

SUMARIO: I. QUÉ ES SOCIEDAD CIVIL.—II. QUIEN CONSTITUYE LA SOCIEDAD CIVIL.—III. LA SOCIEDAD CIVIL EN ESPAÑA: 1. *Actitudes y predisposición*. 2. *Nivel de compromiso individual*. 3. *Cómo se articula la sociedad civil en España*. 4. *Actividad, impacto y recursos*.—IV. EL IMPACTO DE LA CRISIS: 1. *Primer problema: educación*. 2. *Segundo problema: desempleo*. 3. *Tercer problema: pobreza*. 4. *Otras secuelas importantes*. 5. *El impacto en los agentes*. 6. *Nuevas respuestas a nuevas demandas*.—V. LOS RETOS DE LA SOCIEDAD CIVIL: 1. *Definir la agenda y responder adecuadamente a los problemas existentes*. 2. *Mejorar la sostenibilidad con un modelo estable de financiación*. 3. *Ganar independencia*. 4. *Ser muy innovadores con el modelo de gestión*.—VI. COMENTARIO FINAL.—BIBLIOGRAFÍA.

I. Qué es Sociedad Civil

La sociedad civil está presente en muchas conversaciones cotidianas, debates, artículos y libros. La sentimos a veces como sujeto activo y motor de los acontecimientos que marcan la agenda de los medios y otras veces, por el contrario, la percibimos como una víctima de algún colectivo, persona o institución. Generalmente, nos sentimos formando parte de ella como ciudadanos que comparten preocupaciones comunes, pero no siempre nos sentimos concernidos en cualquier iniciativa que surja de ella. Es un concepto que se comparte fácilmente pero que no es tan sencillo de definir.

En la sociedad compleja en la que vivimos, existe un conjunto de instituciones que tienen la capacidad y el poder de organizar y establecer las reglas del juego que rigen la relación de las personas entre sí, de modo que la convivencia genere un plus de bienestar tanto al conjunto como a sus miembros individualmente considerados. Este conjunto de instituciones constituyen lo que llamamos Estado, en sentido amplio, y, en un entorno democrático de organización política, presuponen la existencia de un consenso social que confiere a las instituciones la legitimidad necesaria para cumplir su papel. La percepción de ese consenso es la mejor manifestación, real aunque intangible, de la existencia de la sociedad civil.

La materialización del consenso se manifiesta a través de los mecanismos democráticos habituales, que suelen estar definidos en constituciones y leyes. La existencia de reglas escritas dota de estabilidad y seguridad al consenso

social, pero también sacraliza de algún modo la norma y le da rigidez a las relaciones entre el Estado y los individuos, que puede parecer que habitan dos mundos separados, cuando no enfrentados.

Por eso, el papel de la sociedad civil no se agota con la elaboración de esas reglas escritas, sino que es muy importante que existan los cauces y sensores que permitan mantener vivo y fluido el estado del consenso.

Por otra parte, hay muchas necesidades sociales que van surgiendo dinámicamente y que no tienen por qué estar resueltas en las reglas existentes. Allí donde la sociedad civil es robusta, estas necesidades encuentran cauces formales o informales para ser detectadas, organizadas y abordadas adecuadamente.

Ese tejido social que conecta a los individuos entre sí para crear comunidad y a los ciudadanos con las instituciones del Estado es lo que llamamos sociedad civil.

La sociedad civil no está enfrentada a las instituciones democráticas. Son las dos caras de la misma moneda. Una no puede vivir sin el otro y se refuerzan mutuamente. Democracia sólida requiere sociedad civil robusta y articulada.

De hecho el concepto sociedad civil nació en el tránsito de la sociedad estamental del Antiguo Régimen a la Democracia. No es casual que una de las principales obras de John Locke, publicada en 1690, se titule precisamente «Dos Tratados sobre el Gobierno Civil». Después de la Revolución Inglesa de 1686, que significó el fin del Antiguo Régimen en Inglaterra sometiendo la autoridad real a la del Parlamento, y reconociendo la Declaración de Derechos (Bill of Rights) en 1689, Locke publicó su doble tratado en el que profundizaba en las relaciones entre la sociedad civil y el Estado. El resultado en Inglaterra había sido un pacto entre diferentes actores y posiciones políticas enfrentadas alrededor del derecho divino de los reyes y la no resistencia a la voluntad de estos, pero las reflexiones de Locke iban mucho más allá al establecer la preexistencia de la sociedad con respecto al Estado, siendo este último el fruto de un pacto fraguado en el seno de la sociedad. El Estado es pues conceptualmente una construcción social, un instrumento que está al servicio de los miembros de la sociedad para que estos puedan vivir libremente dentro de unas normas que faciliten la convivencia.

Las ideas de Locke tuvieron gran influencia particularmente en los territorios de influencia británica, donde la existencia de «los derechos ingleses» contenidos en la Declaración siempre fueron considerados por los súbditos británicos como un gran tesoro a defender. Cien años más tarde, la Revolución Norteamericana y la Declaración de Independencia de 1776, producen el primer caso de plasmación práctica de estos principios al aprobar, en 1787,

la primera constitución que está sometida al consenso de los ciudadanos. Podríamos decir que la sociedad crea unas instituciones para que lleven a cabo unas funciones concretas. La sociedad conserva su libertad para atender otras demandas y también para el escrutinio de las instituciones que han sido creadas por la Constitución.

Mientras estas ideas iban ganando consistencia en el espacio británico, en el continente europeo avanzaban las ideas de los filósofos en un ambiente político sometido al absolutismo real aunque ilustrado. Montesquieu que publicó su «Espíritu de las Leyes» en 1748 y ha pasado a ser el referente de los actuales sistemas políticos, al establecer el principio fundamental de división de poderes para evitar el despotismo, consideraba imposible definir la sociedad civil separada de su organización política. Veía una continuidad entre el Estado y el individuo que necesariamente tenía que ser cubierta por unas estructuras jerarquizadas. De arriba abajo.

La reflexión teórica sobre las relaciones entre el Estado y la sociedad civil ha tenido una amplia tradición en Europa continental. Los más destacados filósofos han producido muchas páginas, desde Hegel hasta Michel Foucault o Jürgen Habermas, en las que sigue estando presente el debate de fondo sobre los límites de la autonomía del individuo, o de las iniciativas socialmente organizadas, frente a la capacidad del Estado para actuar *per se*. Dicho de otro modo, la subsidiaridad de la sociedad civil frente al Estado o la capacidad de aquella para controlar a este.

Quizás, quien mejor percibió la diferencia entre la tradición europea y la norteamericana, fue Alexis de Tocqueville, quien en fecha tan temprana como 1830, se embarcó hacia los Estados Unidos con la intención de conocer de primera mano cómo se organizaba allí la democracia. En «La democracia en América», publicada en 1840, da cuenta de su experiencia y conclusiones, que sorprenden por su vigencia.

Observa la importancia que la sociedad civil tiene en América pues «*en todas partes donde, a la cabeza de una empresa nueva, se ve en Francia al gobierno y en Inglaterra a un gran señor, puede contarse, en los Estados Unidos, a una asociación, apenas hay pequeña empresa para la que los americanos no se unan*».

Mientras en las sociedades aristocráticas europeas, los hombres no necesitan unirse para actuar, porque cada ciudadano rico y poderoso tiene el poder de convocar, como si fuera la cabeza de una asociación permanente y forzosa, a aquellos que dependen de él para ejecutar sus designios, «*en los pueblos democráticos, todos los ciudadanos son independientes y débiles; casi nada pueden por sí mismos y ninguno de ellos podría obligar a sus semejantes a prestarle concurso. Todos caen, pues, en la impotencia, si no aprenden a ayudarse libremente*».

Concluye que *«para que los hombres sigan siendo civilizados, o lleguen a serlo, es preciso que se desarrolle entre ellos el arte de asociarse, y que se perfeccione, en la misma relación en que crece la igualdad de condiciones»*. Es decir que no se trata solo de que la civilización y la democracia dependen de la existencia de una sociedad civil potente (*arte de asociarse*), sino que además esa sociedad tiene que estar cohesionada, sin grandes desigualdades (*igualdad de condiciones*).

Tampoco es ambiguo para definir los límites entre sociedad civil y gobierno, cuando afirma que *«La moral y la inteligencia de un pueblo democrático, no correrían menos peligros que sus negocios y su industria, si el gobierno ocupase en todas partes el lugar de las asociaciones»*.

La sociedad civil ha seguido fortaleciéndose en todo el mundo desde el siglo XIX. Muchos de los avances democráticos, de cooperación internacional, de investigación científica, de lucha contra enfermedades y pandemias o de ayuda al desarrollo, no se hubieran dado sin el empuje o la iniciativa de la sociedad civil. La consolidación de la democracia necesita una sociedad civil dinámica y activa. Pero, tal como señalaba Tocqueville cuyas ideas siguen estando muy vigentes, el binomio democracia-sociedad civil no se sostiene si no va acompañado de un grado de cohesión necesario. Mejorar la «igualdad de condiciones» sigue siendo, hoy, una prioridad.

II. Quien constituye la sociedad civil

En todo caso, con la definición de sociedad civil que hemos usado hasta ahora, podemos considerar que forma parte de ella todo tipo de asociación que los ciudadanos constituyan para abordar cualquier iniciativa, constituir una empresa o para atender las demandas sociales más variadas. Esta definición configura un campo de acción excesivamente amplio, pues en él cabe tanto una asociación de vecinos cuyo objeto sea, por ejemplo, mejorar los equipamientos de un barrio, como un club de jugadores de ajedrez, una sociedad por acciones o el propio Congreso de los Diputados.

Ciertamente todas estas instituciones nacen de la voluntad de la sociedad civil, pero podemos hacer una primera distinción entre aquellas organizaciones que tienen autoridad normativa para establecer reglas y leyes de obligado cumplimiento, o la autoridad coercitiva (el monopolio de la violencia) para obligar a su cumplimiento en beneficio del bien común, y el resto. La sociedad civil estaría constituida por este resto.

Por otra parte, parece razonable hacer una segunda acotación, excluyendo las iniciativas orientadas exclusivamente a atender necesidades o resolver

problemas de los socios o personas concretas que se agrupan para ello. Es decir, que en el concepto de sociedad civil deberíamos incluir solo aquellas organizaciones o iniciativas enfocadas al interés general y que sean de adscripción voluntaria.

Así pues, una posible definición pragmática del perímetro de la sociedad civil podría ser esta: el conjunto de organizaciones sociales, de adscripción voluntaria, orientadas a fines de interés general, sin ánimo de lucro y sin capacidad normativa ni coercitiva, ya que esta corresponde al Estado. Entre los fines de interés general debemos considerar comprendida la capacidad de escrutinio de la acción de las instituciones del Estado.

Otra forma de decirlo es que forman parte de la sociedad civil todas aquellas organizaciones, sin ánimo de lucro, orientadas a fines de interés general, que no son parte del Estado.

Ahora bien, esto no resuelve del todo la cuestión, pues todavía se pueden plantear algunas dudas: ¿Forman parte de la sociedad civil los partidos políticos, los sindicatos o las empresas? La respuesta no es sencilla, pues si bien todos ellos son fruto de la iniciativa social, no siempre su actuación puede ser considerada como sociedad civil, si nos atenemos a la definición pragmática que hemos dado.

En el caso de los partidos políticos, se trata de organizaciones absolutamente necesarias para el funcionamiento del sistema democrático y para el ejercicio del poder. Obtienen su poder de los ciudadanos a través de procesos tasados y supervisados por Leyes Fundamentales y, aunque sirven para canalizar los intereses ciudadanos, forman parte del *establishment*, y por ello no deberían considerarse formando parte de la sociedad civil tal como aquí la definimos.

Las empresas, por su parte, son sociedades que suelen agrupar a varios o muchos ciudadanos con el objetivo de llevar a cabo una actividad comercial con ánimo de lucro. Esta última consideración las excluiría automáticamente de la sociedad civil, sin embargo existen muchas situaciones en las cuales las empresas actúan, como personas jurídicas, directamente o a través de organizaciones de segundo nivel, en actividades de interés general desligadas de su actividad comercial. En estos casos una persona jurídica puede ser considerada miembro de la sociedad civil con toda legitimidad.

En el caso de los sindicatos la situación es similar a la de las empresas. Si bien es cierto que participar en negociaciones, en defensa de los intereses económicos de sus afiliados, a través de procesos regulados, puede considerarse que forma parte del *establishment*, en otras situaciones la participación

sindical va más allá del ámbito de sus afiliados, contribuyendo a la configuración del interés general.

Hasta ahora nos hemos referido casi exclusivamente a la sociedad civil en un ámbito nacional, sin embargo en los últimos veinte años, a medida que la globalización ha ido avanzando, las Organizaciones de la Sociedad Civil (OSC) de ámbito internacional también han crecido espectacularmente y ganado protagonismo como actores en la ayuda al desarrollo y en la formulación de políticas públicas a nivel mundial.

La aparición de estas organizaciones como agentes internacionales en la canalización de fondos para programas globales, ha llevado al Banco Mundial a delimitar el concepto de sociedad civil, adoptando esta definición, que es consistente con la que hemos adoptado en los párrafos anteriores:

«El término sociedad civil se refiere a una amplia gama de organizaciones no gubernamentales y sin fines de lucro que están presentes en la vida pública, expresan los intereses y valores de sus miembros y otros, según consideraciones éticas, culturales, políticas, científicas, religiosas o filantrópicas. Por lo tanto, el término organizaciones de la sociedad civil abarca una gran variedad de agrupaciones: grupos comunitarios, organizaciones no gubernamentales, sindicatos, grupos indígenas, instituciones de caridad, organizaciones religiosas, asociaciones profesionales y fundaciones».

III. La sociedad civil en España

Obviamente la evolución social y política de España desde el Antiguo Régimen ha tenido muchos más puntos de contacto y referencia con el modelo desarrollado en Europa continental que con el de Norteamérica o incluso el de Inglaterra. Las ideas de la Ilustración venidas de Francia también dieron sus frutos en un incipiente proceso de empoderamiento social, que se puede identificar en iniciativas como la Sociedades de Amigos del País que empezaron a proliferar en el último cuarto del siglo XVIII.

El tránsito del Absolutismo al Constitucionalismo se dio a lo largo de un buen trecho del siglo XIX y resultó ser bastante convulso. La participación popular en muchos de los acontecimientos históricos del siglo (levantamiento contra la invasión napoleónica, Cortes de Cádiz, procesos revolucionarios e insurrecciones carlistas), indica que, de una forma u otra, existía una incipiente sociedad civil que no quería ser una invitada de piedra en la definición de su propio destino. Pero fue en las regiones más dinámicas y urbanas del país (País Vasco, Cataluña y Madrid) donde fueron surgiendo iniciativas que

iban configurando una proto-sociedad civil bastante activa y, que en el último tercio del siglo y el primero del xx se manifestó de forma importante y, a veces, protagónica.

Un ejemplo de la madurez que había alcanzado la sociedad civil en algunos ámbitos fue la creación de la Institución Libre de Enseñanza en una fecha tan temprana como 1876. El debate social sobre la necesidad de reformar la educación impregnó gran parte del siglo xix y la Institución fue el resultado de una iniciativa autónoma que tuvo una importancia capital en la modernización del país haciéndolo partícipe de las corrientes científicas e intelectuales más avanzadas de la época.

En este periodo, las áreas urbanas e industriales conocieron un rápido crecimiento de la participación política, de la configuración de la opinión pública con la proliferación de la prensa escrita y de la articulación de muchas actividades sociales a través de organizaciones de nuevo cuño, muchas de las cuales persisten en la actualidad. La creación de partidos políticos, sindicatos, mutualidades de gremios, junto a ateneos, clubes deportivos o peñas conoció una edad de oro. El Centro Excursionista de Cataluña, las Sociedades Gastronómicas del País Vasco, El Ateneo de Madrid o los Casinos de muchas ciudades españolas, son ejemplos de iniciativas sociales de esta época.

Es cierto que algunas organizaciones creadas en aquella época siguen en pie, pero son casi reliquias, pues es muy difícil reconocer a la sociedad civil de hoy como directamente descendiente de aquella. El entramado social que hoy reconocemos es joven y, en buena medida, desarrollado a partir de la transición política.

1. *Actitudes y predisposición*

Para aproximarnos a la composición íntima de la sociedad civil de hoy, tenemos algunas, no muchas, fuentes documentales, unas nacionales y otras internacionales, que responden a metodologías y propósitos diferentes y tampoco existen series históricas largas que permitan obtener resultados incontestables. Pero, por otra parte, estamos tratando con unas materias que responden a actitudes culturales y son de evolución y maduración lentas. Hablamos de estructura más que de coyuntura, y para esto, los estudios disponibles nos permiten obtener una idea adecuada.

Los fenómenos que tratamos son respuestas sociales hechas por la agregación de personas individuales. Por ello el primer paso tiene que ser observar y conocer las actitudes de los individuos ante los actos sociales. En este sentido, la participación política en procesos electorales puede dar una pri-

mera medida del grado de interés por participar en la gobernanza social, y pueden constituir una primera aproximación para conocer qué porcentaje de la población total es susceptible de ser sujeto de la sociedad civil. En este caso no nos interesa tanto la participación en los procesos electorales concretos, como identificar el porcentaje de aquellos que están dispuestos a participar, al menos, en los momentos más importantes.

Esta cifra, en España, ronda el 81% del censo electoral y se encuentra bastante alineada con la mayoría de los países europeos. Incluso podríamos decir que está encuadrada entre los países más participativos¹, pues si eliminamos aquellos países en los que el voto es obligatorio, solo Suecia, Dinamarca y España, superan los ochenta puntos.

Podríamos completar o matizar este interés por la «cosa pública», con el índice de confianza que las personas tienen en los demás para poder valorar las posibilidades *a priori* de la emergencia de actividades generadas de manera autónoma en el seno de la sociedad. En esta materia existen algunos estudios locales, realizados por el CIS, y otros de ámbito internacional², que miden la confianza interpersonal en diferentes países, que nos permiten extraer algunas conclusiones.

Para el caso de Europa, los países escandinavos más Holanda, forman un grupo destacado en el que la confianza interpersonal supera consistentemente y ampliamente el 60%. Después hay un grupo de países, cuyos valores oscilan entre el 30% y el 40%, en el que está España, junto a Alemania, Reino Unido, Austria, Bélgica, Italia e Irlanda. Finalmente, existe otro conjunto de países cuyos valores están sistemáticamente por debajo del 25%, entre ellos se encuentran Francia, Grecia o Hungría. Es interesante señalar que en los análisis de series temporales y correlaciones con distintos factores, estos estudios destacan que el factor que más contribuye a reducir el nivel de confianza, es el aumento de la desigualdad (incremento del Índice de Gini), lo cual ya nos anticipa algo sobre los binomios «cohesión social-sociedad civil» o «cohesión social-democracia».

Los dos datos anteriores ofrecen un resultado bastante positivo en cuanto a lo que podríamos llamar potencialidad para que España disponga de una sociedad civil fuerte. Sin embargo, esta potencialidad no se está traduciendo en un resultado del mismo tenor, como veremos más adelante a lo largo de este trabajo. Los mismos estudios sobre la participación política comparada en distintos países europeos nos dan también algunos resultados en esta línea.

¹ Institute for Democracy and Electoral Assistance (IDEA), 2002

² World Values Surveys y European Value Surveys.

Por ejemplo, España figura a la cola de los países europeos (junto a Portugal) en la participación en «Firmas de apoyo», con el 28,6% de la población, mientras que el 87,4% de los suecos o el 79,4% de los británicos³ participan en este tipo de acciones.

2. *Nivel de compromiso individual*

Existen algunos estudios y encuestas que nos pueden ayudar a profundizar algo más y medir el grado de compromiso individual de los españoles y compararlo en un entorno europeo⁴. Para ello nos vamos a fijar en dos tipos de parámetros: la participación en acciones de voluntariado y la participación en organizaciones sin ánimo de lucro (ONL).

Así, según el Barómetro de marzo de 2011, el 85% de la población afirmaba haber participado en acciones solidarias individuales, del tipo de donar sangre, entregar ropa a personas necesitadas, donar dinero o pagar cuotas a organizaciones sin ánimo de lucro. Otro 24% afirmaba haberlo hecho en años anteriores, mientras que un 15% manifestaban no haber participado nunca en este tipo de voluntariado informal.

Respecto al voluntariado organizado, las cifras son sensiblemente inferiores a las anteriores y muy consistentes con lo comentado al hablar de participación política, respecto a la capacidad potencial y la realidad de los hechos. Como se ve en el *Cuadro 1*, solo el 17% de la población participa activamente en acciones de voluntariado, aunque otro 37% es potencialmente movilizable. En cambio, el 46% de la población afirma no sentirse en absoluto motivada para participar.

El tipo de organizaciones a través de las cuales se lleva a cabo esta actividad de voluntariado se muestra en el *Cuadro 2* y nos da una primera aproximación de quien articula la sociedad civil en España.

Por lo que se refiere a la participación en ONL, las diferentes fuentes disponibles confirman que, a lo largo de las últimas décadas, el porcentaje de personas que pertenecen en España a alguna organización de este tipo está siempre por encima del 30%, con una tendencia al alza en los últimos años. En concreto el EVS (1999-2000) concluye que el 30,9% participaban en

³ European Values Surveys (1999-2000).

⁴ Para esto nos basamos en los Estudios CIS 2.450 (2002); CIS 2.864 (2011); European Values Surveys (1999-2000) y otros incluidos y citados en «*Capital Social y Organizaciones no lucrativas en España. El caso de las ONGD*» de MARCUELLO SERVÓS, C. (Coord.) (Fundación BBVA).

CUADRO 1.—Participación en actividades de Voluntariado en España

	Porcentaje
Durante el último año	17%
Con anterioridad	14%
Nunca pero lo piensa	23%
Nunca y no lo piensa	46%
TOTAL	100%

Fuente: Estudio CIS 2.864 (2011).

CUADRO 2.—Tipo de Organización en la que se hace el voluntariado (Multirrespuesta)

	%
ONG, ONL	26,0
Fundación	9,3
Asociación cultural	32,4
Partido / Movimiento político	4,4
Colegio / Instituto	13,9
Hospital	5,4
Ayuntamiento / Centro Municipal	13,4
CCAA o Administración Central	4,1
Iglesia, parroquia	14,4
Empresa privada o Caja de ahorros	3,4
Ninguna	14,4
Otra	0,2
N.S.	0,0
N.C.	1,5
TOTAL	100

Fuente: Estudio CIS 2.864 (2011).

alguna entidad, mientras que el CIS era algo más optimista en su estudio de 2002, cuyos resultados se pueden ver en el *Cuadro 3*. Según este estudio, el 42% de la población es miembro o socio de alguna organización, el 31,5% participa en actividades, el 23,4% dona dinero y solo el 16,4% trabaja como voluntario, cifra que es consistente con los datos que hemos manejado más arriba.

CUADRO 3.—Tipo de vinculación con ONL

Tipo de vinculación	%
Es miembro o socio de alguna organización	42,1
Participa en actividades de alguna organización	31,5
Dona dinero a alguna organización	23,4
Realiza trabajo voluntario en alguna organización	16,4

Fuente: Estudio CIS 2.450 (2002).

Para encuadrar la situación española dentro de Europa, podemos aproximarnos, de nuevo a los datos del European Values Surveys (1999-2000), que hemos resumido en el *Cuadro 4*, que confirman la menor participación real en España, en términos comparativos. Mientras que se confirma el altísimo grado de compromiso social en el grupo formado por los países escandinavos más Holanda, España en compañía de Portugal, se diferencian del resto de Europa, ocupando los últimos lugares, tanto en la pertenencia a ONL como en el trabajo voluntario. Sorprende también el bajo nivel de pertenencia que se da en el Reino Unido y Francia, así como la baja actividad de voluntariado de Alemania.

Una vez más se observa la enorme brecha existente entre la potencialidad derivada de la predisposición detectada en las personas y la realidad del débil desarrollo de nuestra sociedad civil, en comparación con nuestros socios europeos. Existen varias causas objetivas que pueden ayudar a explicar esta diferencia.

Por una parte, los datos del Estudio 2.450 del CIS (2002) muestran muy alta correlación entre el nivel de renta y el nivel de estudios con la participación del porcentaje de donantes y los voluntarios. En efecto, mientras que los que tenían ingresos superiores a los 4.500 euros mensuales (en 2002) exhibían un nivel de participación del 70% y un 60% de donantes y volun-

CUADRO 4.—Pertenenencia a ONL y Voluntariado en ONL
Comparación Europea (1999-2000)
(Porcentaje de la población)

PAIS	Pertenencia	Voluntariado
Alemania	47,0	20,0
Austria	67,2	30,7
Bélgica	66,2	37,9
Dinamarca	99,8	
ESPAÑA	31,1	17,8
Finlandia	86,8	53,9
Francia	39,5	27,1
Grecia	56,7	40,2
Holanda	92,4	49,2
Irlanda	57,6	33,2
Italia	42,1	26,2
Portugal	27,9	16,7
Reino Unido	33,6	
Suecia	95,7	56,1
Media	57,6	32,1

Fuente: European Values Surveys (1999-2000).

tarios; los que tenían ingresos entre 600 y 900 euros, tenían niveles muy inferiores a los del *Cuadro 3* en los tres conceptos. Algo similar ocurre con el nivel de formación, pues los ciudadanos que tienen estudios universitarios alcanzan, en media, una participación del 60%, son donantes en un 50% y voluntarios en este mismo porcentaje.

Otro elemento a tener en cuenta es el hecho de que la sociedad civil se empezó a desarrollar en España y Portugal a finales de los años 70, mientras que en el resto de Europa han contado, al menos, con el doble de tiempo, si consideramos como origen el final de la II Guerra Mundial. Esto último, junto a los diferenciales de renta y de nivel educativo existentes históricamente con Europa, pueden ayudar a entender la situación existente.

En la literatura especializada en estas materias a veces se habla de sociedad civil y otras veces de capital social. Ambos términos no son exactamente sustitutivos pero se potencian mutuamente.

3. *Cómo se articula la sociedad civil en España*

Hasta ahora hemos hablado de la participación de los ciudadanos en diferentes iniciativas sociales, de su compromiso en la financiación de las mismas y de la aportación de su trabajo voluntario. Ahora fijaremos nuestra atención en las organizaciones que desarrollan esas actividades y de su articulación en una red más o menos tupida y homogénea que es el sustrato de la sociedad civil.

Al pensar en estas organizaciones suelen usarse determinados conceptos que todo el mundo da por sabido y que están cargados de ambigüedades que conviene aclarar. El término ONG es el mejor ejemplo. Se sobreentiende que es un tipo de organización pensada específicamente para actuar en el Tercer Sector o como instrumento de la sociedad civil, pero lo cierto es que el concepto ONG no tiene vigencia jurídica. La realidad es que existen dos figuras jurídicas que cubren casi la totalidad del campo que nos ocupa. Estas dos figuras son: Asociación voluntaria y Fundación. Cualquier organización de las que estamos tratando responde a una de estas dos figuras jurídicas. De ahí la importancia de dedicar un espacio a conocer el desarrollo de estos dos tipos de instituciones en España, para conocer cómo se articula la sociedad civil.

Precisamente estos dos tipos de organización representan las dos formas más genuinas de canalizar las iniciativas de la sociedad civil. Una asociación voluntaria, de acuerdo con Rafael Prieto Lacaci⁵, es un grupo organizado de personas que se constituye con objeto de lograr algún objetivo común a sus miembros, que es de afiliación voluntaria e independiente del Estado. Además debe existir una codificación de los derechos y deberes de los miembros, estos deben contribuir a su sostenimiento y no debe tener fines lucrativos. Dentro de las asociaciones podemos distinguir también entre aquellas que persiguen exclusivamente fines de interés para sus socios, de aquellas que tienen su foco de acción en fines que trascienden a los socios y pretenden que su acción impacte positivamente en fines de interés general. Este tipo de organizaciones son una pieza esencial de las sociedades democráticas ya que

⁵ PRIETO LACACI, R., *La participación de los españoles en asociaciones voluntarias*. Capítulo 16 del tomo I (La Sociedad) de «España Siglo XXI» de Salustiano del Campo y José Félix Tezanos, Biblioteca Nueva, Madrid, 2008.

permiten canalizar todo tipo de iniciativas ciudadanas que no encuentran cauce inmediato en las instituciones existentes. Son el instrumento canalizador de la innovación social y del dinamismo de las sociedades modernas.

Por su parte, las fundaciones son el vehículo idóneo para canalizar el altruismo de aquellos ciudadanos que están dispuestos a desprenderse de un patrimonio y afectarlo de forma permanente a la consecución de un fin de interés general. Una vez constituida una fundación, la voluntad manifestada por el fundador pasa a ser ley para el devenir de la fundación.

El fenómeno asociativo en España comenzó a partir de la Ley de Asociaciones de 1965, pero los diez primeros años tuvo un desarrollo muy tímido en consonancia con la atonía política que imponía el Régimen. La llegada de la democracia despertó a la sociedad civil y, a partir de 1977 la evolución del número de asociaciones creadas cada año se multiplicó por seis, manteniendo unas cifras de alrededor de 5.500 asociaciones anuales hasta 1986. A partir de entonces, el número de asociaciones nuevas que se crean cada año, no paran de aumentar, con algunos vaivenes, hasta superar las 16.000 el año 2000.

Según las cifras del Ministerio del Interior, en 2003, el número de asociaciones activas acumuladas alcanzaba la nada despreciable cifra de 272.798. Esta cifra posiblemente está muy inflada, pues no todas las asociaciones que dejan de existir se dan de baja en el Registro. De hecho, los expertos estiman que debería reducirse, por esta razón, entre 100.000 y 130.000 miembros⁶. Así y todo, las cifras son importantes y muestran como la llegada de la democracia, activó a la sociedad civil y esta hizo un uso creciente del mecanismo asociativo para canalizar sus iniciativas. A partir de 2003, es más difícil seguir la evolución del número total de asociaciones en España, pues ya tienen obligación de inscribirse todos los tipos de asociaciones y, además, algunas Comunidades Autónomas tienen sus propios Registros. La serie se ha roto, pero de todas formas, la nueva serie de datos permite deducir con toda claridad que el número de altas anuales se ha multiplicado por 1,75 desde 2003 hasta 2011.

Ahora bien, si nos atenemos al criterio que hemos establecido más arriba de considerar como sociedad civil solamente a las iniciativas que están enfocadas a fines de interés general, entonces tendríamos que excluir a todas las asociaciones que no cumplen este objetivo. La aproximación más rigurosa en

⁶ Ver GARCÍA DELGADO, J. L. (dir.), *Las cuentas de la economía social en España*. Fundación ONCE, Cívitas, Madrid, 2004. Ver, también, PRIETO LACACI, R., *La participación de los españoles en asociaciones voluntarias*, Madrid, 2008.

esta materia, es la que hace la Fundación Luis Vives⁷, que para poder considerar a una entidad formando parte del Tercer Sector de acción social, esta debe cumplir los tres criterios siguientes:

1. Que cumplan las condiciones establecidas por la Universidad John Hopkins para las entidades del Tercer Sector, que son: estar organizadas formalmente, ser privadas, sin ánimo de lucro, con capacidad de autocontrol institucional y participación voluntaria.
2. Que desarrollen sus actividades en algunos de estos ámbitos: promoción de derechos, participación ciudadana o atención a necesidades sociales.
3. Que cumplan una o varias de las siguientes funciones: promoción de los derechos individuales o colectivos; ayuda para ejercer o acceder a esos derechos; estudio y/o denuncia de necesidades y problemáticas sociales; atención a esas necesidades sociales y fomento de la participación ciudadana.

Como puede observarse, estos criterios encajan muy bien con la definición que hemos hecho de las entidades de la sociedad civil. De acuerdo con las estimaciones de la Fundación Luis Vives el número de organizaciones constitutivas del Tercer Sector de Acción Social en España era de 29.739 en 2010, de las cuales 25.871 serían asociaciones y 3.866 fundaciones⁸.

El otro gran instrumento de la sociedad civil son las fundaciones. Para estas la democracia también ha sido su mejor caldo de cultivo. De hecho, la Constitución les dio la mejor base jurídica al reconocer en su artículo 34, «el derecho de fundación para fines de interés general». Las fundaciones existían en España desde tiempo inmemorial, pero con el reconocimiento constitucional se incrementó espectacularmente el ritmo de creación. Las reformas jurídicas que se dieron en 1994 y en 2002 provocaron sendas aceleraciones del proceso de creación de fundaciones. El último recuento realizado por la Asociación Española de Fundaciones, daba una cifra de fundaciones activas en todo el territorio nacional de 13.741 para el año 2009, que sumadas a las asociaciones del Tercer Sector da un total de 39.614 entidades que configuran la principal red articuladora de la sociedad civil española.

Si convenimos que la existencia de fundaciones puede interpretarse como un indicador de la salud de la sociedad civil, la densidad de fundaciones (numero por cada 100.000 habitantes) puede ser una medida de la profundidad y el dinamismo de la sociedad civil en un determinado territorio. Los

⁷ Fundación Luis Vives, *Anuario del Tercer Sector de Acción Social en España, 2012*.

⁸ Cáritas. *Algunos adjetivos del sector. Lectura transversal entre el sector Fundacional y el tercer sector de Acción Social en España*, Marzo 2013.

datos de la AEF permiten agrupar a las Comunidades Autónomas en tres grupos, en función de este parámetro. Un primer grupo formado por cinco comunidades: Aragón, Galicia, Baleares, La Rioja y Asturias, que tienen valores de densidad muy similares a los de la media española, que es 29,3%. Existen seis comunidades que superan ampliamente la media española: Cantabria, Madrid, Navarra, Cataluña, Castilla-León y País Vasco. Finalmente, un enorme sur compuesto por Castilla-La Mancha, Comunidad Valenciana, Extremadura, Murcia, Andalucía y Canarias donde la densidad ronda alrededor de un tercio de los territorios más avanzados.

Otro dato interesante que da una idea de la madurez del proceso de articulación es la creación de las llamadas Organizaciones de Segundo Nivel que agrupan diferentes asociaciones o fundaciones con objetivos comunes en una Federación, Confederación, Coordinadora, Plataforma o cualquier otro nombre similar que casi siempre es una asociación donde los miembros son personas jurídicas, sean estas asociaciones o fundaciones. En este sentido, aunque sea un dudoso indicador, no deja de ser significativo que si en los años 80 el número de este tipo de organizaciones que se registraban anualmente era alrededor del 1% del total de asociaciones, la media de los diez últimos años viene a ser el 7,5%, según los datos del Registro del Ministerio del Interior.

4. *Actividad, impacto y recursos*

La experiencia nos dice que allí donde hay una necesidad, casi siempre aparece una fundación o una asociación. Las actividades cubren muchos más campos que las asociaciones. Estas están mucho más concentradas en los problemas sociales mientras que las fundaciones tienen su foco principal en cultura, educación e investigación, como puede verse en el *Cuadro 5*.

Las fundaciones movilizan recursos anuales que rondan los 9.500 millones de euros y las asociaciones alrededor de 15.000. La principal diferencia está en el origen de los fondos, pues mientras que el conjunto de las fundaciones se financian con sus propios recursos en un 45%, reciben financiación privada en un 39% y solo dependen de subvenciones públicas en un 16%; los recursos propios del conjunto de asociaciones solo alcanzan a cubrir el 22%, la financiación privada otro 18%, y dependiendo de las aportaciones públicas en un 60%. Cuando hablamos de aportaciones públicas, estas incluyen fondos provenientes de la UE, aportados por las diferentes administraciones públicas (estatal, autonómica y local) y las que se derivan de las declaraciones del IRPF (el concepto del 0,7%).

CUADRO 5.—Áreas de actividad de las organizaciones del Tercer Sector en España (Porcentaje de organizaciones)

Áreas	Fundaciones	Tercer Sector AS
Cultura - Recreo	39,6	
Educación - Investigación	21,3	
Medio Ambiente	9,9	0,2
Servicios Sociales	9,2	61,8
Desarrollo - Vivienda	7,2	0,1
Sanidad	4,7	22,1
Actividades internacionales	4,7	3,4
Actividades empresariales	2,4	
Religión	0,8	
Asesoramiento	0,1	2,0

Fuente: El sector fundacional en España. AEF, 2012. Informe sobre el tercer Sector 2013. Cáritas Española.

Estos ingresos se gestionan a través de unos 500.000 empleos remunerados y un importante número de voluntarios que, como ya hemos visto pueden llegar a ser hasta un 17% de la población adulta.

Otro aspecto interesante es que del conjunto de las donaciones privadas, tres cuartas partes provienen de empresas y solo el 25% es aportado por personas físicas. Este dato es una muestra más de la debilidad de nuestra sociedad civil, pues en los países de referencia el volumen total es mayor, comparados con el PIB, y el reparto entre empresas y particulares tiende a ser el contrario: una parte de empresas por cada tres de particulares⁹.

Se estima que el número de beneficiarios de las fundaciones superan los 23 millones de personas y que el número máximo de personas atendidas anualmente por el Tercer Sector de Acción Social alcanza los 14,3 millones. En el *Cuadro 6* se pueden ver el desglose de organizaciones según el tipo de beneficiarios que atienden.

⁹ Por ejemplo, en los Estados Unidos, durante el Ejercicio de 2010, las Entidades no lucrativas recibieron 211.770 millones de dólares de donaciones hechas por personas físicas y 15.290 millones de dólares de empresas. Publicado en *Anuario de Derecho de Fundaciones 2012*, Iustel, Madrid, p. 198.

CUADRO 6.—Beneficiarios del Tercer Sector
(Porcentaje de organizaciones)

Tipos de beneficiarios	Fundaciones	Org TSAS
Personas con drogodependencia / adicciones	8,9	7,0
Afectados por enfermedades	9,0	
Personas desempleadas	6,5	2,1
Directivos, empresarios, emprendedores	0,2	
Personas con discapacidad	1,8	33,9
Estudiantes	19,1	
Familias	7,4	5,4
Investigadores y docentes	7,1	
Mayores	6,7	10,4
Menores y jóvenes	3,5	12,2
Migrantes	0,5	3,3
Mujeres	1,3	4,1
Presos y exreclusos	0,1	0,4
Población general	12,0	9,4
Trabajadores por cuenta ajena	0,3	
Otros marginación y exclusión	15,1	7,2
Voluntariado		0,4
Personas en situación de emergencia		0,2
NS / NC	0,5	4,0
TOTAL	100,0	100,0

Fuente: El Sector fundacional en España. AEF, 2012. Informe sobre el Tercer Sector 2013. Cáritas Española.

IV. El impacto de la crisis

Hemos visto hasta ahora que la sociedad civil española, tal como la conocemos hoy, empezó a desarrollarse a partir de la transición a la democracia. Hemos podido constatar que la ciudadanía española tiene un grado de predisposición al compromiso y al altruismo a favor de la comunidad que po-

tencialmente tiene valores comparables con nuestro entorno internacional, pero cuando nos comparamos en el grado real de compromiso, medido por el número de voluntarios reales o por el volumen económico que movilizan las actividades del Tercer Sector, constatamos que ocupamos posiciones inferiores a la media de los países europeos.

El proceso de articulación y consolidación de la sociedad civil, puede ser visto como una red, cada vez más tupida, constituida por tres niveles de elementos: la base integrada por los ciudadanos predispuestos a la acción; un segundo nivel en el que las iniciativas de todo tipo (particulares o de interés general) se van organizando a través de grupos informales (amigos, pandillas, parroquias, deportes, movimientos vecinales, acción política no encuadrada en partidos, etc.) más o menos estructurados; y finalmente la red de asociaciones y fundaciones que canalizan las acciones del nivel inferior que van adquiriendo mayor consistencia.

Durante la transición, fue particularmente visible el proceso a través del cual transitaron muchas iniciativas ciudadanas y movimientos pre-políticos o políticos propiamente dichos, que fueron encontrando su lugar en partidos políticos, movimientos sindicales, asociaciones o agrupaciones de diferente condición. A medida que este nivel superior se fue desarrollando (y ya hemos visto el proceso acelerado de creación de asociaciones y fundaciones), el nivel intermedio informal se fue haciendo menos visible dando una cierta sensación de atonía.

La crisis económica ha sacudido a la sociedad y, por supuesto al Tercer Sector, que se ha visto afectado desde varios ángulos. Por un lado, las demandas sociales de todo tipo, han aumentado de golpe. Tanto la pura asistencia social como la necesidad de transformar sectores estratégicos como la educación, el apoyo a la I+D o el sostenimiento del sector cultural, exigen nuevas actuaciones innovadoras que no pueden esperar.

El estado de las cuentas públicas nos descubre a un Estado en retirada de muchas de estas necesidades y actuaciones, al tiempo que el sector privado dispone de menores recursos propios y mayores restricciones de acceso al crédito, para financiar las actividades del sector no lucrativo.

En estas condiciones podemos esperar que la crisis va a tener dos tipos de impactos sobre la sociedad civil. Por el lado de la demanda un incremento notable de campos que cubrir, en cantidad y en calidad. Y por el lado de la oferta y de la estabilidad del propio sector, una mayor dificultad de obtener recursos para una demanda creciente.

Empezaremos por analizar la demanda y, en este caso, lo más urgente y racional es estar al quite de los grandes problemas que preocupan a la sociedad y a los ciudadanos. Identificarlos y priorizarlos. A ellos dedicaremos los próximos párrafos.

1. *Primer problema: educación*

Aunque parezca contradictorio, se puede afirmar que el impacto de la crisis actual sobre la sociedad civil empezó mucho antes de que la propia crisis se manifestara. Admitamos que una de las causas de la crisis hay que buscarla en el desmesurado desarrollo del sector inmobiliario, que espoleado por la financiación barata propiciada por la entrada en acción del Euro, generó una gran demanda de mano de obra de dimensiones desconocidas en España. Un país acostumbrado secularmente a generar oleadas de emigrantes hacia Europa o América, se encontró, de pronto, convertido en uno de los mayores receptores mundiales de emigrantes¹⁰ para atender la demanda de mano de obra de poca cualificación. Pero este no fue el único impacto sobre la composición del empleo.

La «burbuja inmobiliaria» no solo dinamizó la actividad de la construcción propiamente dicha, sino que provocó una demanda extraordinaria sobre los sectores industriales proveedores, desde la producción de materiales para la construcción, hasta los sectores de cerámica, carpintería, cerrajería y otros muchos. Muchas comarcas especializadas en la fabricación artesanal de este tipo de productos conocieron una demanda extraordinaria y tuvieron que aumentar sus plantillas laborales. La escasez de mano de obra especializada hizo subir los salarios e incentivó a muchos jóvenes a abandonar sus estudios e incorporarse tempranamente al mundo laboral.

En los años de este «boom» económico, España crecía con las mayores tasas europeas de forma sostenida, nuestra posición mejoraba en todos los «rankings» habituales, llegamos a ocupar el puesto 13 del mundo en desarrollo humano en 2007-2008¹¹. Incluso se pudo pensar que el mayor problema

¹⁰ De acuerdo con los datos de migración mundial de Naciones Unidas, en el período 2000-2005 España tuvo un saldo migratorio medio anual de 405.000 personas (tercero mundial y primero europeo) y en el período de 2005-2010 alcanzó 350.000 anuales (segundo mundial y primero europeo). En 2010, España, con 6,4 millones, era el octavo país del mundo por número de migrantes entre su población.

¹¹ El Informe sobre Desarrollo Humano es una publicación de las Naciones Unidas (PNUD) y se viene publicando desde 1990. En el mismo se presenta un Índice y un *ranking* del mismo. España ocupaba la posición 21 en 2005, ascendió hasta el 13 en 2007-2008 para luego volver a bajar. En el último informe presentado (2012) ocupa la posición 23.

político del país era, en aquellos años, lograr el reconocimiento Internacional con la inclusión de España en las convocatorias del G8, porque en el *ranking* de países más ricos de 2007, el Banco Mundial nos había clasificado en octavo lugar¹².

Pero, al mismo tiempo, en la sociedad española, se fue asentando con firmeza la preocupación por la calidad de nuestro sistema educativo que, se temía, podía lastrar nuestro desarrollo futuro, al tiempo que las estadísticas detectaban la preocupación social por la actitud de los jóvenes, a los que se percibía como apáticos ante la sociedad que les rodeaba. Se acuñó el término de *ninis* (ni estudian ni trabajan)¹³, como estado natural de un considerable porcentaje de la juventud, y se extendió la alarma ante las elevadas cifras de fracaso escolar.

El desmesurado desarrollo del sector inmobiliario magnificó las cifras del fracaso escolar por el abandono temprano de la escuela, que, año tras año, batían su propio record hasta alcanzar el máximo en 2009 con un 31,9%, dejando al descubierto algunas de las carencias de base del sistema educativo: el escaso desarrollo de las llamadas «habilidades del siglo XXI», el deficiente dominio del inglés o la inadecuación de la Formación Profesional. Posteriormente, cuando la crisis estalló y se hizo evidente su magnitud, se empezó a poner el acento en otros atributos como la capacidad de iniciativa, la innovación y el espíritu emprendedor que se percibían como escasamente desarrollados por el sistema educativo español y, muy necesarios para salir de la crisis. A las preocupaciones sobre la calidad de la educación primaria y secundaria se ha añadido la percepción de que el sistema universitario también necesita una reforma en profundidad para generar titulados más adecuados, en competencias y cantidad, a la demanda real.

Así pues, podemos definir a la educación como el primer problema que la crisis nos ha puesto sobre la mesa y al que la sociedad civil ha empezado a poner su foco con intensidad y está impregnando también el debate de los poderes públicos. Iniciativas como *Transforma España* y *Transforma Talento* de la Fundación Éveris, se inscriben en el deseo de contribuir a crear foros de debate que permitan encontrar puntos de acuerdo mínimos y elaborar planes de acción que aborden las reformas necesarias al socaire de las disputas partidistas.

¹² La crisis económica ha hecho que nuestra posición haya ido retrocediendo a razón de un puesto al año, de manera que en el *ranking* de 2012, ocupamos la decimotercera posición mundial.

¹³ «Casi dos millones de “ninis”». El País, 12 de septiembre de 2012.

Desde un punto de vista más pragmático y de corto plazo, también se ha asentado la idea de la urgencia de reorientar valores y actitudes en el ámbito escolar, para poder superar la crisis actual. Muchas organizaciones de la sociedad civil se han puesto «manos a la obra» para incorporar el espíritu emprendedor en el sistema educativo (Fundación Junior Achievement, por ejemplo) o para ayudar a que los jóvenes sean dueños de su destino como emprendedores o mejorando su propia empleabilidad. Iniciativas como *Yuzz* de la Fundación Banesto o *Think Big* de Fundación Telefónica se inscriben en este objetivo.

También es interesante destacar como el debate social que se ha desarrollado en los últimos años acerca de la falta de iniciativas empresariales en España y de la ausencia de Capital Riesgo en nuestro país, ha propiciado la aparición de varias iniciativas innovadoras en el ámbito de formación para el emprendimiento y del apoyo para convertir ideas en proyectos empresariales. Los llamados aceleradores de proyectos (caso *Wayra* de Telefónica) o iniciativas privadas de Capital Riesgo están empezando a hacer creíble el llamado «cambio de modelo productivo».

2. Segundo problema: desempleo

Cuando a partir de 2008, se hizo evidente que la crisis económica era una realidad incuestionable y la burbuja inmobiliaria se pinchó, se manifestó con toda su crudeza, el segundo problema que nos preocupa: el paro. En pocos años hemos pasado de una situación técnica de pleno empleo (Tasa de Paro de 7,95% en el segundo trimestre de 2007), y ser el mayor generador de empleo de Europa, a tener la mayor tasa de desempleo que se recuerda (26,26% en el primer trimestre de 2013), afectando a 6.202.000 personas. Cifra dramática e inaprensible, se mire por donde se mire, pero que resulta insoportable cuando comprobamos que la tasa de desempleo se eleva hasta el 57,2% para los menores de 25 años, que el paro alcanza al 21,4% de la persona principal del hogar, o que en el 10,6% de los hogares españoles todas las personas activas están sin trabajo, lo que, en términos absolutos, se traduce en 1.800.000 hogares.

Ya sabemos que las simplificaciones son injustas, pero si quisiéramos identificar los colectivos que dan una mayor significación a la estructura del desempleo, seguramente concluiríamos que son estos tres:

1. Jóvenes con ciclos educativos incompletos (fruto del fracaso escolar y del abandono temprano de la escuela durante el «boom» de la construcción). En la encuesta de población activa del 2.º trimestre de 2013, hay 903.000 jóvenes en esta situación.

2. Personas mayores de 45 años con niveles de cualificación bajos, antiguos trabajadores de la construcción y difícilmente reabsorbibles por el sistema productivo. En esta situación se detectan 1.153.000 demandantes de empleo. Estos dos colectivos son los más dolorosamente afectados por la crisis ya que difícilmente podrán mejorar sus oportunidades de empleo sin un proceso de reciclaje, que en gran medida tendrá que pasar por las Tecnologías de la Información. Aquí la sociedad civil organizada no ha dado todavía las respuestas necesarias. El sector público y las Oficinas de Empleo hace tiempo que han fracasado estrepitosamente en este objetivo.

3. Hay 1.284.400 Titulados Superiores, de los cuales el 78% tienen menos de 45 años, sin trabajo. Este colectivo debería ser el primero encontrara salida profesional a medida que las condiciones económicas empiecen a mejorar y también debería ser el más receptivo a las estrategias de adaptación curricular para autogestionar su futuro, vía formación o *coaching* que algunas fundaciones están llevando a cabo.

Por otra parte, también se detectan importantes desajustes en sentido contrario. Por ejemplo, a lo largo del año 2012, se han registrado, al menos, 90.000 demandas laborales de especialistas profesionales en distintas aplicaciones de Tecnologías de la Información (programadores Java, etc.), que no han podido ser cubiertas por falta de oferta adecuada, es decir por la inexistencia de profesionales con la formación adecuada.

La sociedad civil está, una vez más, mejor preparada para afrontar con imaginación estas distorsiones y buscar soluciones ágiles que el sistema público tiende a burocratizar. Iniciativas como las «*Lanzaderas de Empleo*»¹⁴ de la Fundación Santa María, que se basan en la autogestión de su empleabilidad por los propios desempleados, «*Juntos para el Empleo*» de la Fundación Accenture, las actividades de la Fundación Exit, orientadas al empleo de jóvenes pertenecientes a colectivos en riesgo de exclusión social, o iniciativas de formación profesional dual como las de la Fundación Universidad Empresa de Madrid, son una pequeña muestra de las múltiples propuestas que están aflorando de forma autónoma en la sociedad civil.

3. Tercer problema: pobreza

El año 2007 se cerró con una cuentas públicas razonablemente equilibradas. El PBI alcanzó 1.053.537 millones de euros (23.396 euros *per capita*), un superávit de 23.368 millones de euros (2,22% del PIB) y una deuda pública

¹⁴ «*Lanzaderas con brotes verdes*». El País, domingo 21 de julio de 2013.

de 382.307 millones de euros (36,29% del PIB). Cantidades muy razonables que no tenían por que causar alarma en un entorno de actividad económica normal. Sin embargo, la brusca presencia de la crisis financiera internacional y su profundización, en España, por el frenazo de la construcción, llevó a las cuentas públicas, en un tiempo record, a una situación insostenible. Los ingresos públicos cayeron estrepitosamente, el déficit se disparó y, en consecuencia, el servicio de la Deuda se complicó extraordinariamente.

El control del déficit y las condiciones impuestas por los acreedores y por la Unión Europea, han obligado al Gobierno a establecer severas medidas de austeridad y recorte en los gastos que están afectando no solo a partidas presupuestarias prescindibles, sino a conceptos tan emblemáticos y sensibles como la seguridad social, las retribuciones de los funcionarios, la educación y otras prestaciones sociales.

El impacto de estas medidas junto al paro y la atonía del sector privado, están cambiando el paisaje social, el tono vital de la economía y la autoestima de los españoles. La pobreza se está haciendo visible en muchos sectores que parecían estar vacunados contra ella. Desde 2007, la renta media española se ha reducido en un 4%, en valor nominal, mientras que los precios se han incrementado en un 10%. España es hoy el país de la Unión Europea con mayor pobreza estructural, con el 21,1% de su población por debajo del índice de pobreza (porcentaje de hogares con ingresos inferiores al 60% de la mediana), habiendo crecido en dos puntos entre 2008 y 2010. Por otra parte, el número de hogares sin ingresos de ningún tipo (remuneraciones del trabajo, prestaciones de desempleo o de la Seguridad Social) ha pasado de 300.000 en 2007 a más de 650.000 en 2012, mientras que el número de personas atendidas por Caritas ha pasado de menos de 400.000 en 2007 a más de 1.000.000 en 2011¹⁵.

Pero la crisis económica no ha afectado solamente a este incremento espectacular de las tasas de pobreza, el problema mayor es que esto se está produciendo en un contexto de aumento de la desigualdad, lo que puede poner en riesgo la cohesión y la estabilidad social. De acuerdo con el Informe FOESSA de 2013, en el periodo 2006-2011, la diferencia entre la renta del percentil 80 y el percentil 20, ha crecido casi un 30%, y en consecuencia, el índice GINI, que mide la desigualdad, ha aumentado en un 10%, lo que demuestra que durante la crisis están mejorando relativamente los hogares más ricos y empeorando los más pobres. Los sectores más vulnerables de la

¹⁵ *Desigualdad y Derechos Sociales. Análisis y perspectivas*. Fundación FOESSA. 2013; y *En los bordes de la pobreza*. TEZANOS, J. F., SOTOMAYOR, E., SÁNCHEZ MORALES, R. y DÍAZ, V.

sociedad están creciendo, y existe el riesgo de que la pobreza coyuntural pueda convertirse en estructural, que se enquistase en el seno de una sociedad que, en los años recientes de crecimiento, ha demostrado ser incapaz de reducir la desigualdad mientras que, como hemos visto, el índice de GINI aumenta en los años de penuria.

El sector público es incapaz, hoy por hoy, de encontrar recursos para paliar el impacto de esta pobreza creciente. Una vez más corresponde a la sociedad civil organizada buscar soluciones que complementen a los recursos públicos menguantes. En este caso son las grandes organizaciones de la sociedad civil, como Cruz Roja o Caritas, acostumbradas a enfrentarse a las situaciones sociales más comprometidas, las que ponen en pie iniciativas *ad hoc*, con la intervención de voluntarios y con recursos extraordinarios aportados generalmente por donantes privados, para atender a las personas afectadas. Tal es el caso del apoyo que muchas empresas están dando al Programa de Cruz Roja «*Ahora + que nunca*» o las ayudas extraordinarias que otras empresas han asignado a Caritas a lo largo del año en curso. Pero también existen notables iniciativas surgidas en las propias comunidades que sufren los problemas de paro, pobreza y exclusión. Son las llamadas fundaciones cívicas o filantropía comunitaria que logran movilizar los recursos del entorno para enfrentar comunitariamente problemas que en principio son individuales. El caso de la barcelonesa Fundació Tot Raval es uno de los mejores ejemplos de este tipo de iniciativas¹⁶.

4. *Otras secuelas importantes*

La pobreza, el paro e incluso la educación, son problemas que nos tocan muy de cerca y cuya persistencia causa desazón. Sus efectos nos rodean y nos interpelan permanentemente. Pero la crisis está generando otras secuelas que son menos visibles en lo inmediato pero que pueden tener enormes consecuencias en el futuro, como las dificultades para financiar y mantener proyectos de Investigación y Desarrollo o para mantener la política de Becas de Estudio o de Postgrado. Las dificultades presupuestarias también están teniendo su impacto en el cumplimiento de los compromisos adquiridos en materia de dependencia o, incluso, en el mantenimiento de un mínimo apoyo a la actividad cultural. La presencia de Fundaciones en estos campos de actividad no es nueva y, en las circunstancias actuales, su participación se hace imprescindible.

¹⁶ Ver *Las fundaciones cívicas en el siglo XXI*. Fundación Bertelsmann.

5. *El impacto en los agentes*

Hemos visto como la crisis ha alterado las demandas sociales a las que se enfrenta la sociedad civil. Hemos visto también, como esta reacciona ágilmente a las nuevas demandas adaptando su oferta de soluciones y enfoques, pero no podemos olvidar que la crisis afecta también a los propios agentes de la sociedad civil organizada (fundaciones y asociaciones) cuyas fuentes de financiación son siempre precarias, por definición.

La Fundación de PwC, ha llevado a cabo un estudio de esta cuestión, referida exclusivamente al Tercer Sector Social¹⁷, que si bien no cubre todo el ámbito de la sociedad civil, es suficientemente significativo para lo que aquí nos proponemos y aporta las claves más importantes para conocer el impacto de la crisis sobre los agentes. El estudio está realizado sobre la base de los datos de 2008 y se hacen proyecciones al futuro en base a la coyuntura que deriva de la crisis.

El conjunto del sector analizado tuvo una financiación de 8.519 millones de euros en 2008, de los cuales el 64% de procedencia pública y el 36% privada. Ya hemos visto que el conjunto de lo que llamamos sociedad civil organizada tiene un *mix* diferente. Mientras que las asociaciones se mueven en porcentajes similares a los anteriores, las fundaciones tienen una dependencia mucho menor de las aportaciones públicas (16%). No obstante, el análisis que se hace en el estudio sobre la evolución prevista de los distintos componentes de cada tipo de financiación, es plenamente aplicable al conjunto del Tercer Sector.

Respecto a la financiación pública, esta se puede desglosar en cuatro componentes: local (28%), estatal (31%), autonómica (33%) y de la UE (8%). Las previsiones para los años sucesivos eran de mantenimiento de los volúmenes de 2008 durante dos o tres años, debido a la inercia presupuestaria y a los compromisos plurianuales adquiridos, con una fuerte reducción en los años siguientes. Las partidas más estables del sector público en los años futuros, son las que provienen de las aportaciones de los contribuyentes a través del IRPF y las provenientes del Fondo Social Europeo, que exigirán nuevos enfoques estratégicos, de acuerdo con los nuevos Programas Marco más orientados a los grandes problemas sociales, a los que nos hemos referido, y que tendrán modos de gestión más compleja así como mayores costes de gestión (cofinanciación, pagos diferidos, exigencias de verificación, etc.). La

¹⁷ Estudio sobre el presente y futuro del Tercer Sector Social en un entorno de crisis. Fundación de PwC con la colaboración del Instituto de Innovación Social de ESADE y la Obra Social de La Caixa. Abril, 2013.

evolución de las partidas que dependen de los Presupuestos Generales, directa o indirectamente, estarán muy condicionadas por la evolución de la propia crisis, por lo que su recuperación se demorará varios años.

Más allá de las reducciones esperables en las dotaciones públicas, la crisis está imponiendo un cambio de prioridades en los objetivos de acción, produciéndose un trasvase de fondos desde actividades de medio ambiente, cooperación internacional o derechos humanos hacia entidades de apoyo a colectivos marginados o en riesgo de exclusión. En las circunstancias actuales, es lógico que lo urgente deba ser prioritario, pero también se corre el riesgo de que los recortes financieros terminen sacrificando la calidad de la intervención, el empoderamiento de los afectados y la sostenibilidad de las soluciones en aras del asistencialismo.

El caso de la Cooperación al Desarrollo merece una mención específica, en este contexto, pues refleja muy bien el camino de ida y vuelta que España ha experimentado entre el subdesarrollo y la riqueza.

A medida que España iba aumentando su nivel de riqueza, los sucesivos Gobiernos fueron asumiendo comportamientos propios de los países más avanzados. Así, en 1991 España se incorporó al Comité de Asistencia al Desarrollo (Development Assistance Committee) de la OCDE, grupo de países donantes creado en 1960 por ocho países y que actualmente lo forman 24, cuyo objetivo ha sido desde entonces sistematizar las ayudas y las estrategias para contribuir al desarrollo de los países más atrasados. Desde su incorporación, y a medida que nuestro nivel de renta aumentaba, España fue incrementando el esfuerzo dedicado al desarrollo Internacional, con la mira puesta en la meta internacional del 0,7% del PIB. En un esfuerzo extraordinario, y muy bien ponderado internacionalmente, el año 2008 esta cifra casi alcanzó el 0,5%. Sin embargo, ese mismo año la crisis ya se había hecho presente con toda su crudeza y, aunque en los dos años siguientes se mantuvieron los esfuerzos en valores absolutos similares porque los compromisos ya estaban adquiridos, en 2011 se aplicó una reducción al presupuesto del 32,7% a la que hay que sumar otra del 49,7% en 2012, hasta dejar la actual Ayuda al Desarrollo de España en un 0,15% del PIB.

En el camino ascendente, se creó en España un sólido grupo de ONGs dedicadas al Desarrollo, de gran profesionalidad y prestigio, que en la actualidad han tenido que abordar un complejo y doloroso proceso de reconversión para ajustarse a los menores volúmenes de financiación. Al principio se trató de suprimir algunos Programas para tratar de mantener las organizaciones, pero finalmente ha sido inevitable abordar procesos de ERES o reducciones de plantillas (Ayuda en Acción o Intermón-Oxfam) o incluso la

desaparición de entidades o cierre de sedes, como en el caso de Proyecto Hombre.

Volviendo al informe de la Fundación de PwC, la parte de la financiación de origen privado de las organizaciones del Tercer Sector, también tiene sus propias reglas del juego. Tradicionalmente ha estado compuesta por tres fuentes principales, que en 2008, tenían esta distribución porcentual: recursos propios, derivados de la venta de servicios y del rendimiento de los activos patrimoniales (41%); Obra social de las Cajas de Ahorros (27%); y el resto formado por las aportaciones de empresas y las cuotas de socios y particulares. El sector privado es mucho más ágil que el público para responder a los estímulos del mercado, por ello, tan pronto como se manifestaron los signos de crisis se afectaron sus aportaciones: los recursos propios se contrajeron de acuerdo a la reducción del mercado; las bajas de socios (y sus cuotas) no se compensaron por las altas; pero lo más significativo de todo es el enorme agujero que la crisis de las Cajas de Ahorros ha producido en sus Obras Sociales.

Recomponer y, si es posible, fortalecer la aportación de recursos privados al Tercer Sector es una tarea urgente y necesaria y para ello, la modificación de los incentivos fiscales al Mecenazgo y la Filantropía puede ser un excelente instrumento. No solo por la importancia de encontrar nuevas líneas de financiación del Tercer Sector, sino para que este sea autónomo, en la mayor medida posible, respecto a los fondos públicos y así lograr que sea sostenible y asegurar su viabilidad. Hemos dicho que el Tercer Sector es la sociedad civil organizada y solo podrá serlo realmente cuando su financiación provenga exclusiva o muy mayoritariamente de la sociedad civil. Y a ser posible dependiendo más de las aportaciones de personas físicas que de empresas.

6. *Nuevas respuestas a nuevas demandas*

Pero la crisis también ha tenido otro impacto, más importante si cabe, en la base del sistema. Después de muchos años hemos vuelto a ver a la sociedad en ebullición. En el nivel de asociación informal más básico, han aflorado sentimientos de desencanto que se han ido fraguando, a lo largo de los años, en la relación entre los ciudadanos y las instituciones del sistema.

Durante años hemos convivido con una interpretación positiva y ampliamente aceptada de nuestra propia historia reciente, según la cual, una Transición ejemplar alumbró el mejor período de nuestra historia por lo menos desde la invasión Napoleónica. El funcionamiento de la democracia, la incorporación a Europa y el desarrollo económico experimentado, nos situaron

en posiciones de prestigio internacional desconocidas en nuestra memoria histórica.

En realidad este no ha sido un proceso lineal, pues hoy nos olvidamos de conceptos como «Desencanto» o «Pasotismo» que llenaron las páginas de los diarios y revistas en los años ochenta, y su significado. El primero era la expresión de una cierta decepción sobre el resultado de aquella transición, que había entregado a «la clase política» la exclusividad de la acción, dejando a los ciudadanos «solamente» el refrendo periódico en las elecciones. Los movimientos sociales de todo tipo que se habían generado durante la transición, fueron perdiendo fuelle y acabaron por desaparecer. La sociedad civil cedió el protagonismo a los partidos políticos y generó pocas alternativas «autónomas» de mantenerse viva y presente, recogiendo los impulsos e interpretando las nuevas demandas sociales, o haciendo un seguimiento del modo como los políticos estaban haciendo uso de la democracia.

El reflejo de esta inhibición en la juventud dio pie al concepto de «pasotismo», para expresar el desinterés que los jóvenes manifestaban por la política y que se pueden seguir en las encuestas y estudios del CIS de aquellos años¹⁸. Las fundaciones y asociaciones han cumplido, en parte, el papel de mantener vivo el impulso de la sociedad civil llenando el hueco y poniendo las bases sobre las que la sociedad civil ha podido crecer y articularse.

Pero simultáneamente, hemos convivido durante muchos años con estas dos ideas: la transición fue un gran trabajo que ha elevado el nivel de desarrollo económico, social y cultural a una altura insospechada, pero la juventud (y una parte de la sociedad) no valora suficientemente el esfuerzo de sus mayores para lograrlo.

La sorpresa saltó cuando el 15 de Mayo de 2011, miles de manifestantes, principalmente jóvenes, ocuparon la Puerta del Sol de Madrid en un movimiento novedoso de protesta pacífica que reivindicaba un nuevo modo de participar en la vida política.

Los impactos sociales de las políticas anticrisis, el comportamiento poco ejemplar de algunos responsables públicos y el natural desfase que el paso del tiempo impone a las instituciones, han dañado la sintonía entre las instituciones y muchos sectores sociales, con el riesgo de que acabe afectando la confianza social. Podemos decir que en la actualidad existe, superpuesta a

¹⁸ Entre 1976 y 1985, los jóvenes que manifestaban tener «poco o nada» interés por la política, osciló entre 60%, en 1978, y el 77%, en 1984. Ver MORÁN, M.^a L. y BENEDICTO, J., *La cultura política de los españoles. Un ensayo de reinterpretación*. Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1995.

la crisis económica, una crisis de valores que es urgente superar. El desencanto se ha hecho de nuevo patente. El desapego con la política ahora no se manifiesta «pasando de la política», sino reivindicando una vuelta a los orígenes. Un clamor pidiendo revisar los modos de participar y los modos de hacer política con mayor transparencia. Hay un cierto ambiente de «fin de ciclo» que se tiene que canalizar en energía positiva que ayude a salir de la crisis, tanto a la económica como a la política, que al fin y al cabo van juntas.

En muy poco tiempo la sociedad española ha pasado de sentirse orgullosa por el modo en que se hizo «La Transición», a denigrar del funcionamiento de los partidos. De tener al 65% de la población plenamente identificada con la Unión Europea en 2007, a tener un grado de desconfianza en ella del 72% en 2012. De sentirnos un país avanzado capaz de integrar a 6 millones de inmigrantes, a ver como los jóvenes universitarios abandonan en masa el país en busca de un empleo precario. De pensar que teníamos un sistema institucionalmente sólido a sentir que nada se libra de la corrupción. Como resultado de todo ello emerge «*un país decepcionado*», como lo calificaba un diario recientemente¹⁹. Decepcionado pero vivo. Un país que cree en sí mismo. Que cree estar dotados de fuertes valores cívicos para resolver sus problemas mediante acuerdos, pero que siente que sus dirigentes y sus instituciones no ha sabido estar a la altura que les corresponden.

Por este motivo no dejan de aparecer iniciativas ciudadanas que proponen nuevas vías de participación. Desde distintos Foros de reflexión, promovidos por intelectuales a la antigua usanza (Foro de la Sociedad Civil, Círculo Cívico de Opinión, etc), hasta movimientos basados en la red con un único objetivo, como el «*Manifiesto de los Cien*» para promover una nueva Ley de Partidos Políticos.

Internet y las redes sociales han aportado un poderosísimo instrumento de comunicación y movilización, a través del cual, cada persona puede percibir que comparte una preocupación, una causa o una idea con otros miles de personas, y que «hacer algo en común» con ellas es muy sencillo. Firmar un manifiesto, apoyar una acción de voluntariado, hacer un donativo o acudir a una manifestación convocada sobre la marcha en un determinado lugar, ya no requiere de intermediarios «oficiales» que los convoquen.

La sociedad civil está encontrando en estos instrumentos nuevas formas de crecer y desarrollarse mucho más poderosas e inmediatas. Y esto ocurre todos los días con las más variadas iniciativas. Los agentes convencionales de

¹⁹ «*Un país decepcionado*». El País, 11 de agosto de 2013.

la sociedad civil organizada (fundaciones y asociaciones) tienen que ser conscientes de ello e incorporarse al proceso, si quieren seguir jugando a ser un papel clave en su articulación.

V. Los retos de la sociedad civil

Podríamos decir, a modo de resumen, que la sociedad civil ha conocido una interesante experiencia de crecimiento a lo largo de las últimas cuatro décadas en España. Casi la hemos visto nacer y crecer tímidamente a partir de la Ley de Asociaciones de 1965, para luego ver como la Transición, la Constitución y las sucesivas Leyes de Fundaciones, ayudaban a consolidar el proceso. Los primeros años del siglo, XXI coincidiendo con los mayores niveles de renta y bienestar jamás conocidos en España, asistimos a un fortalecimiento de las organizaciones de la sociedad civil, empujados en buena medida por los mayores recursos públicos destinados por el Estado a la Cooperación Internacional y la financiación aportada por las Cajas de ahorros y las portaciones privadas a través del IRPF. La sociedad civil vivía en esos momentos una triple tensión: la necesidad de crecer aceleradamente para estar a la altura de los nuevos compromisos asumidos, hacerlo con niveles de calidad homologables a los del resto de Europa y lograr mayores grados de implicación social, sobre todo de la juventud, a la que se acusaba de vivir en un mundo irreal demasiado protegido.

La eclosión de la crisis ha cambiado todos los referentes y ha hecho emerger un paisaje inesperado. Los recursos públicos se reducen drásticamente, las prioridades sociales han dado un vuelco, los jóvenes parece que se han quedado sin futuro, mientras que la sociedad civil de base ha despertado y entrado en ebullición espoleada por los problemas económicos y el descrédito de la política. Y esto, ha ocurrido sin que la sociedad civil organizada hubiese terminado sus deberes en materia de consolidación profesional, adaptación tecnológica y sostenibilidad.

Al mismo tiempo, se hacen visibles nuevas prioridades que se superponen a las anteriores, generando una sensación de desbordamiento de necesidades frente a recursos cada vez más escasos. Es el momento de reevaluar los recursos disponibles y redefinir los objetivos. En estas condiciones, la sociedad civil se enfrenta a cuatro retos que tiene que abordar simultáneamente: 1.º Contribuir a definir la agenda de prioridades y responder a los problemas existentes. 2.º Mejorar la sostenibilidad con un modelo estable de financiación; 3.º Ganar independencia. 4.º Ser muy innovadores en el modelo de gestión. Veamos que implicaciones tienen cada uno de estos retos.

1. Definir la agenda y responder adecuadamente a los problemas existentes

Responder a los graves problemas existentes requiere actuar en dos vertientes, una reflexiva, de definición de estrategias, de *think tank*, y otra de atender a las personas concretas afectadas por los problemas. En ambas vertientes hemos visto como la sociedad civil se implica con entusiasmo en proyectos e iniciativas eficaces.

Se trata de problemas de grueso calibre (educación, paro, pobreza, becas, investigación, cultura, discapacidad, dependencia, etc.), cuya responsabilidad recae, en muchos casos, en los poderes públicos. No se puede esperar que la sociedad civil tome el testigo y sustituya al Estado. Pero tampoco se trata de que el *rol* de la sociedad civil sea subalterno y de relleno, pues mientras que los poderes públicos han demostrado su capacidad para gestionar organizaciones complejas como la Salud Pública, la sociedad civil tiene bien probada su mejor capacidad para innovar, para responder ágilmente ante nuevas demandas o para experimentar procesos y obtener resultados en breve tiempo.

La sociedad civil tiene mucho que aportar, tanto en el ámbito de la reflexión y definición estratégica, como en la acción. Encontrar el nivel de interlocución y de implicación adecuado de cada parte es fundamental, tanto para que la participación de la sociedad civil sea proporcionada a sus posibilidades, como para no generar expectativas desmesuradas.

Lo anterior es válido no solo para enfrentarse a lo que hemos definido como grandes problemas bien definidos y cuantificados, para canalizar el desánimo, la decepción o el desencanto que se percibe respecto al entorno político. Incluso podríamos decir que encauzar positivamente esta corriente social tal vez sea la mayor responsabilidad a la que se enfrenta hoy la sociedad civil en España. Y, por supuesto, a la que hemos llamado sociedad civil le toca hacer un esfuerzo adicional en este objetivo.

2. Mejorar la sostenibilidad con un modelo estable de financiación

Para poder responder ante los problemas existentes de manera sostenible, la primera cuestión a resolver es el modelo de financiación. Hemos visto como el modelo actual (o mejor dicho, anterior), es excesivamente dependiente de la financiación pública, sobre todo en el caso de las asociaciones. El modelo hizo agua tan pronto como asomaron los primeros signos de crisis, y ya hemos señalado como las expectativas futuras marcan un proceso de profundización en ese camino.

Tener un modelo sano de financiación implica diversificar las fuentes, hacerlas más estables en el tiempo y disponer de un buen porcentaje de recursos propios. La solución tiene mucho que ver, sin duda, con la capacidad de aumentar la base social comprometida. Y esta base social aumentará a medida que se den a conocer los resultados obtenidos y se rindan cuentas con transparencia. Ahora bien, existen también formas de acelerar ese proceso. Los incentivos fiscales a empresas y personas físicas son el mecanismo que han utilizado todos los países con potentes sociedades civiles, para consolidarla.

En España está anunciada la elaboración de una nueva Ley de Mecenazgo, que debería revisar los actuales incentivos fiscales. Por supuesto que no es realista pensar que el cambio de una Ley va a resolver de un plumazo los problemas, pero puede sentar las bases para un cambio de raíz. Las experiencias internacionales muestran una fuerte correlación entre los incentivos fiscales, el número de donantes y el volumen total de donaciones. Los incentivos en España son de los más bajos existentes, por lo que hay mucho campo de mejora.

Una buena combinación de incentivos fiscales junto a otras estrategias de captación de fondos relacionadas con el compromiso de personas, empresas e instituciones, debería permitir obtener un modelo de financiación basado en nuevos principios tales como:

1. Aumentar las donaciones patrimoniales genuinas (patrimonio afecto a un fin de interés general), que generan fundaciones en su definición más pura y cuya sostenibilidad está garantizada con una buena gestión.
2. Reducir drásticamente la dependencia del dinero público cuya aportación no debería ser mayoritaria en ningún proyecto. No considero dinero público el que proviene de asignaciones que se hacen a través del IRPF. En este caso los donantes (contribuyentes) deben tener mayor capacidad de decisión sobre los proyectos concretos a los que asignar su dinero.
3. Mantener a niveles razonables, como los actuales, la obtención de recursos propios por venta de servicios, tomando las precauciones oportunas para que no se trate de una competencia desleal encubierta con el sector privado de la economía.
4. Hacer que las aportaciones privadas sean una fuente principal de financiación y, dentro de ella, las aportaciones de personas físicas deberían ser muy superiores a las de las empresas.

3. *Ganar independencia*

La sociedad civil debe ser, por definición, independiente de cualquier poder establecido. Parece una tautología, pero no lo es. La independencia tiene que ser real y además parecerlo. Cualquier organización de la sociedad civil puede poner en riesgo su reputación y legitimidad si su independencia queda en entredicho. Sin embargo la independencia no es un atributo de que se logre sin esfuerzo.

No existen fórmulas y recetas que la puedan garantizar, pero determinadas precondiciones pueden ayudar a despejar el terreno de juego. La primera es, sin duda, disponer de un modelo de financiación que cumpla los requisitos señalados en el apartado anterior, pero no es suficiente.

La segunda es tener reglas claras de funcionamiento y gobierno de la organización. Reglas conocidas públicamente y que se apliquen con rigor, tanto en la elección de líneas estratégicas, como en la elección de responsables, la captación de recursos o la asignación presupuestaria a cada acción. Es decir comprometerse con el Buen Gobierno de la propia organización.

La tercera es la transparencia. La rendición de cuentas permanente y completa de todas las acciones realizadas a los grupos de interés relacionados con la organización, sean estos beneficiarios, donantes, ciudadanos o personas jurídicas.

4. *Ser muy innovadores con el modelo de gestión*

La magnitud de los problemas que enfrenta la sociedad civil, desbordan ampliamente las capacidades de la mayoría de las entidades que la conforman, en un entorno económico complejo, como ya hemos visto. Además hay que hacer un esfuerzo continuado para lograr una base mayor de apoyo ciudadano. Todo esto exige un gran esfuerzo de imaginación e innovación. La sociedad civil tiene que reinventarse en muchos aspectos.

Innovar en el modo de abordar los problemas. El tamaño de los problemas a abordar desborda habitualmente a las organizaciones del Tercer Sector. Los recursos son escasos y las organizaciones pequeñas, lo que hace imposible ser eficaces. Los tiempos exigen cambiar la cultura de actuación aislada por una acción coordinada. Compartir recursos, trabajar en red y no duplicar esfuerzos es una obligación insoslayable. Hacerlo además con transparencia y mostrando resultados, es la mejor estrategia también para crecer y aumentar el número de voluntarios comprometidos.

Innovar en la relación con los ciudadanos y grupos de interés. Entender mejor y explotar las posibilidades que brinda la tecnología. Desde luego que el mundo no es el mismo después de Internet. Los instrumentos que en la red se han creado para compartir problemas y proyectos, para movilizarse y trabajar en equipo, para difundir ideas y captar fondos, no paran de crecer. El gran reto es entender que Internet no es un lugar más donde se hacen cosas, sino que Internet hoy es la vida misma. Todas las iniciativas y las dinámicas sociales nacen y se aceleran en Internet. Conocer y dominar sus claves es obligado.

VI. Comentario final

Hemos dado un repaso al grado de desarrollo de la sociedad civil en España a través del análisis de sus organizaciones y de los problemas que abordan habitualmente y de los retos que tiene por delante. Hemos visto también que el porcentaje de población española que apoya y sostiene estas actividades es pequeño en términos comparativos con nuestros socios europeos más comprometidos. Y, finalmente, hemos levantado una señal de alarma sobre la necesidad de mejorar las condiciones que permitan consolidar la credibilidad y la legitimidad de la sociedad civil organizada.

En este sentido es interesante recoger las conclusiones del informe publicado recientemente por el diario El País²⁰, según las cuales España, pese a estar profundamente decepcionada con las instituciones políticas, castigada por el desempleo, desconcertada y pesimista, se mantiene en pie, gracias al buen hacer de algunas instituciones del aparato estatal y las que componen la sociedad civil. Y ello se apoya en el 5.º Barómetro de Confianza Institucional realizado por Metroscopia, que asegura que el 75% de los españoles evalúan de forma positiva la contribución que hacen al bienestar público «*las ONGs y las asociaciones voluntarias*». Parece que la credibilidad es alta, pero aún hay un 25% de opiniones que hay que conquistar para que la legitimidad sea completa.

Finalmente solo falta añadir la advertencia de que este artículo se terminó de escribir en el mes de septiembre de 2013, y que a lo largo de los meses transcurridos desde entonces, se han producido importantes acontecimientos en la vida española que están mostrando un protagonismo creciente de la sociedad civil que es consistente con lo manifestado en este texto.

²⁰ TOHARIA, J. J., «*Por qué no se hunde España*». El País, 25 de agosto de 2013.

Bibliografía

- CÁRITAS, *Algunos adjetivos del sector. Lectura transversal entre el sector Fundacional y el tercer sector de Acción Social en España*, marzo 2013.
- CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOLOGICAS, Estudios CIS 2.450 (2002); CIS 2.864 (2011).
- DE COURCY HERO, P. y WALKENHORST, P. (eds.), *Las fundaciones cívicas en el siglo XXI. Misión local, visión global*, Fundación Bertelsmann, Barcelona, 2009.
- DE TOCQUEVILLE, A., *La democracia en América*. Traduc. Arroita-Jáuregui, M. Orbit, Barcelona, 1985.
- EUROPEAN VALUES SURVEYS, (varios años).
- FUNDACIÓN FOESSA, *Desigualdad y Derechos Sociales. Análisis y perspectivas*, Madrid, 2013.
- FUNDACIÓN LUIS VIVES, *Anuario del Tercer Sector de Acción Social en España, 2012*.
- FUNDACION PRICEWATERHOUSECOOPERS. *Estudio sobre el presente y el futuro del Tercer Sector social en un entorno de crisis*, PwC. Madrid, 2013.
- GALINDO, M. A., RUBIO, J. J. y SOSVILLA, S., *El Sector Fundacional en España: Atributos Fundamentales (2008-2009)*. Asociación Española de Fundaciones, Madrid, 2012.
- GARCÍA DELGADO, J. L. (dir.), *Las cuentas de la economía social en España. Fundación ONCE*, Cívitas, Madrid, 2004.
- IDEA, (International Institute for Democracy and Electoral Assistance), *Voter Turnout since 1945. A Global Report*. Estocolmo, 2002.
- LOCKE, J., *Ensayo sobre el Gobierno Civil*. Traduc. del Inglés: Lázaro Ros, A., Agilar, Madrid, 1969.
- MARCUELLO SERVÓN, C. (coord.), *Capital Social y Organizaciones no lucrativas en España. El caso de las ONGD*. Fundación BBVA, Madrid.
- MORÁN, M.^a L. y BENEDICTO, J., *La cultura política de los españoles. Un ensayo de reinterpretación*. Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1995.
- PRIETO LACACI, R., *La participación de los españoles en asociaciones voluntarias*. Capítulo 16, tomo I (La Sociedad) de «España Siglo XXI» de Salustiano del Campo y José Félix Tezanos, Biblioteca Nueva, Madrid, 2008.
- RODRIGUEZ BLANCO, E.; CARRERAS, I. y SUREDA, M.^a, *Innovar para el cambio social. De la idea a la acción*. Instituto de Innovación Social, ESADE, Barcelona, 2012.
- TEZANOS, J. F., SOTOMAYOR, E., SÁNCHEZ MORALES, R. y DÍAZ, V., *En los bordes de la pobreza. Las familias vulnerables en contextos de crisis*. Biblioteca Nueva. Siglo XXI. Madrid, 2013.
- TOHARIA, J. J., «Por qué no se hunde España». El País, 25 de agosto de 2013.
- WORLD VALUES SURVEYS, (varios años).

El régimen previsto para las fundaciones bancarias en la Ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias

Antonio Roncero Sánchez

Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA TRANSFORMACIÓN DE LAS CAJAS DE AHORROS EN EL CONTEXTO DE LA REESTRUCTURACIÓN DEL SECTOR BANCARIO ESPAÑOL.—II. LA OPCIÓN POR LA ELABORACIÓN DE UN ESTATUTO JURÍDICO PROPIO DE LAS FUNDACIONES RESULTANTES DE LA TRANSFORMACIÓN DE UNA CAJA DE AHORROS A TRAVÉS DEL RÉGIMEN DE LAS FUNDACIONES BANCARIAS: 1. *Consideraciones generales*. 2. *El ámbito de aplicación de la Ley sobre Cajas de ahorros y fundaciones bancarias*.—III. RÉGIMEN BÁSICO DE LAS FUNDACIONES BANCARIAS SEGÚN LA LEY DE CAJAS DE AHORROS Y FUNDACIONES BANCARIAS: 1. *Concepto de fundación bancaria*. En particular, el cómputo conjunto de las participaciones correspondientes a fundaciones que actúen concertadamente. 2. *Caracterización de las fundaciones bancarias*. El deber de transformación en fundación bancaria: A) Caracterización de las fundaciones bancarias: fines, objeto y naturaleza. B) El deber de transformación en fundación bancaria. 3. *Estructura y organización de las fundaciones bancarias*: A) Consideraciones generales. Órganos de la fundación bancaria, composición del patronato y otras normas de organización. B) Requisitos para adquirir la condición de patrono de una fundación bancaria. En particular, la incompatibilidad entre el cargo de patrono y el ejercicio de cargos equivalentes en la entidad de crédito. C) Otros aspectos del estatuto jurídico de los miembros del patronato. 4. *Reglas de actuación de las fundaciones bancarias en relación con la gestión de su participación en una entidad de crédito*.—BIBLIOGRAFÍA.

I. Introducción: la transformación de las cajas de ahorros en el contexto de la reestructuración del sector bancario español

La aguda crisis económica desatada en 2008 ha provocado una auténtica convulsión en el mercado financiero español y, muy particularmente, en el mercado bancario que ha experimentado una profunda transformación que todavía no parece haberse completado. De una situación en la que dos grupos de entidades, las sociedades anónimas bancarias y las cajas de ahorros, se dividían prácticamente por la mitad el volumen de negocio, al margen del papel de las cooperativas de crédito, se ha pasado a otra radicalmente distinta en la

que la práctica totalidad de las cajas de ahorros han transferido sus respectivos negocios financieros a favor de sociedades anónimas bancarias, sustituyendo así el ejercicio directo de la actividad financiera, en unos casos, por el ejercicio indirecto a través del control de una sociedad anónima bancaria y, en otros, simplemente por la gestión de su participación en el capital social de ésta. Este proceso de reestructuración (bancarización) paralelo a la adopción de medidas de reforzamiento de la solvencia y de saneamiento de las entidades de crédito, ha implicado que las cajas de ahorros se hayan visto involucradas en diversos procesos de integración y modificación estructural, en una primera fase a través de operaciones de concentración o colaboración con otras cajas de ahorros, más adelante mediante la adopción de acuerdos de segregación patrimonial de sus negocios financieros a favor de sociedades anónimas bancarias y finalmente a través de su transformación en fundaciones de carácter especial¹.

En lo que respecta a la modificación del marco institucional del mercado bancario, el proceso se ha denominado de reestructuración del sector financiero español aunque también podría haberse llamado de concentración o de bancarización dado que el resultado final ha sido precisamente éste como consecuencia de la desaparición de un buen número de entidades de crédito y la concentración de sus respectivos negocios bancarios en un reducido número de entidades, la mayor parte de las cuales presenta la forma de sociedad anónima bancaria². En este contexto, la finalidad principal de las

¹ Los grandes hitos de este proceso han sido la creación del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (Real Decreto-Ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito y Real Decreto-Ley 2/2011, de 18 de febrero, para el reforzamiento del sistema financiero), la regulación de las operaciones de concentración de cajas de ahorros a través de los sistemas institucionales de protección (Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo), la previsión del ejercicio indirecto de la actividad financiera por las cajas de ahorros mediante la segregación del negocio financiero a favor de sociedades anónimas bancarias y su transformación en fundaciones de carácter especial (Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las cajas de ahorros), las medidas de saneamiento y depuración de activos financieros de las entidades de crédito (Real Decreto-Ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero y Ley 8/2012, de 30 de octubre, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero), las medidas de reestructuración y resolución de entidades de crédito (Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito) y, finalmente y hasta el momento, la dotación de un nuevo régimen jurídico a las cajas de ahorros y a las fundaciones bancarias (Ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias), así como las nuevas medidas de solvencia y control de las entidades de crédito contenidas en el Proyecto de Ley de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito, de inminente aprobación definitiva por el Congreso de los Diputados.

² De las 45 cajas de ahorros existentes a principios de 2010, 43 han participado en procesos de integración (lo que en volumen de activos representa el 99,9% del total del sector).

medidas de reestructuración del sistema financiero ha sido la reordenación del sector de las cajas de ahorros, cuya situación financiera ha sido señalada como uno de los principales factores causantes de las graves dificultades que han afectado muy seriamente a la propia estabilidad financiera del país y que han motivado la solicitud de asistencia financiera externa. En su conjunto este proceso, fundamentado en una profusa legislación descoordinada y cambiante al ritmo de evolución de los acontecimientos³, ha sido extraordinariamente convulso y se ha desarrollado rodeado de muy difíciles circunstancias económicas y sociales que han impedido un proceso de reflexión previo que hubiese sido, no sólo conveniente, sino necesario ante la magnitud y profundidad de los cambios que el mismo ha implicado en el marco institucional de nuestro mercado financiero y cuyo alcance y efectos no estamos todavía en situación de valorar serenamente.

Los problemas que aquejaban a las cajas de ahorros habían sido repetidamente destacados por la doctrina y también por los propios agentes y operadores del mercado financiero que subrayaban, fundamentalmente, las dificultades estructurales de estas entidades que les impedían atender a la cobertura de las necesidades de capital generadas por la expansión de su negocio financiero, la debilidad e indefinición jurídica e institucional de las cajas de ahorros como entidades de crédito o los problemas en relación con la composición de sus órganos de gobierno, con una presencia excesiva de representantes de los gobiernos autonómicos o de los partidos políticos que impulsaron la instrumentalización de estas entidades al servicio de sus programas de acción política⁴. Aunque el diagnóstico era compartido, sin embargo, no existía consenso sobre la elección de las reformas más adecuadas en un contexto en el que todavía podía constatar una cierta resistencia al cambio de modelo y a introducir alteraciones radicales en el marco institu-

Según los datos que ofrece el Registro de entidades del Banco de España, en marzo de 2014 quedaban únicamente 15 cajas de ahorros que ejercen actividad financiera si bien, 13 de ellas lo hacen de manera indirecta a través de otra entidad de crédito. El proceso de reestructuración ha desembocado en la creación de 14 sociedades anónimas bancarias instrumentales integradas finalmente en las 12 entidades o grupos de entidades resultantes del proceso de reestructuración.

³ En este sentido, por ejemplo, el Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, ha sido reformado hasta en seis ocasiones desde su entrada en vigor.

⁴ *Vid.* la síntesis que ofrecen ARIÑO, G. y GARCÍA, M., *Vindicación y reforma de las cajas de ahorros. Juicio al Banco de España*, Pamplona, 2013, pp. 45 y ss., quienes resumen este conjunto de problemas en los relativos a la legitimación de las decisiones de las cajas de ahorros, identidad, politización, el sometimiento a una jurisdicción dual (estatal y autonómica), responsabilidad y, finalmente, necesidades de capital y dificultades para su cobertura.

cional del mercado financiero que afectasen a las cajas de ahorros⁵. El retraso en la adopción de medidas eficaces para atajar los problemas señalados provocó que éstas tuviesen que ser adoptadas cuando ya se habían detectado dificultades que afectaban a la solvencia de algunas entidades y en el marco de una situación de crisis económica generalizada.

Desde la perspectiva de las cajas de ahorros, el proceso de reestructuración del sector financiero desarrollado en nuestro país desde el año 2009, ha tenido un gran impacto en el modo en que han venido ejerciendo su actividad como entidades de crédito. En una primera fase, el incremento en el grado de exigencia de los requisitos de viabilidad y solvencia requeridos por la normativa vigente y por el Banco de España en cada momento, provocó que la gran mayoría de cajas de ahorros españolas se vieran forzadas a acometer una serie de actuaciones tendentes a su fusión o integración con otras cajas de ahorros a partir de lo previsto en el Real Decreto-Ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito. Posteriormente, a través del Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las cajas de ahorros, se acometió la reforma del régimen de las cajas de ahorros con la finalidad, entre otras, de facilitar a estas entidades diferentes alternativas de organización para el desarrollo de su actividad, en la perspectiva de mejorar sus posibilidades de captar capital para reforzar sus niveles de solvencia. El proceso de reestructuración impulsado por esta nueva normativa se vio posteriormente acelerado como consecuencia de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 2/2011, de 18 de febrero, para el reforzamiento del sistema financiero que, a su vez, introdujo también nuevas exigencias para aumentar el nivel de solvencia de las entidades de crédito españolas concretadas, básicamente, en la elevación de la cifra de capital principal (el denominado *core capital*). Las alternativas organizativas para las cajas de ahorros contempladas en el Real Decreto-Ley 11/2010, adicionales respecto a las previstas en el Real Decreto-Ley 9/2009, se referían a la posibilidad de ejercicio por una caja de ahorros de su actividad financiera de modo indirecto a través de un banco controlado por aquélla al ostentar al menos un 50% de su capital social, así como al traspaso íntegro de su negocio financiero a otra entidad de crédito con su simultánea transformación en una

⁵ En este sentido puede citarse, por ejemplo, la obra colectiva dirigida por DE GUINDOS, L., MARTINEZ-PUJALTE, V. y SEVILLA, J., *Pasado, presente y futuro de las cajas de ahorros*, Pamplona, 2009, en particular, pp. 215 y ss., cuyas conclusiones, en un momento en el que ya se había iniciado la crisis económica, todavía se centraban en el mantenimiento del modelo de cajas de ahorros, sin perjuicio de subrayar la necesidad de introducir reformas sustantivas en su régimen jurídico.

fundación de carácter especial. Ambas opciones también se pusieron a disposición de los grupos de cajas de ahorros que, de forma concertada, venían ejerciendo su actividad financiera de forma exclusiva a través de la entidad central de un sistema institucional de protección (SIP)⁶.

El régimen contenido en el Real Decreto-Ley 11/2010 para el ejercicio indirecto de la actividad financiera a través de una entidad bancaria preveía en su redacción original que, en el supuesto de que la caja de ahorros (o, en su caso, el conjunto de cajas de ahorros que actúen concertadamente bajo el esquema de un sistema institucional de protección), redujesen su participación por debajo del 50% de los derechos de voto de la entidad de crédito a través de la cual ejercían su actividad financiera, deberían renunciar a su autorización para actuar como entidad de crédito y proceder a su transformación en fundación de carácter especial (art. 5, apartado 3, Real Decreto-Ley 11/2010, en su versión inicial). Esta medida fue modificada por el Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre y posteriormente por el Real Decreto-Ley 2/2012, de 3 de febrero, que limitó el deber de renuncia a la autorización para actuar como entidad de crédito y transformación paralela en fundación de carácter especial, a los casos en los que la caja de ahorros (o el conjunto de cajas que actúen concertadamente bajo el esquema de un SIP) dejase de ostentar el control en los términos del artículo 42 C de C de la entidad de crédito o redujese su participación de modo que no alcanzase el 25% de los derechos de voto de ésta.

El régimen sobre ejercicio indirecto de la actividad financiera de las cajas de ahorros y sobre transformación de cajas de ahorros en fundaciones de carácter especial (contenido en los arts. 5 y 6 Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio) se modificó nuevamente a través de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito que, a su vez, introdujo una nueva disposición transitoria en este mismo Real Decreto-Ley 11/2010, en orden a la aplicación del nuevo régimen previsto sobre transformación de cajas de ahorros en fundaciones de carácter especial⁷, todo

⁶ Sobre la caracterización y régimen básico de los sistemas institucionales de protección puede verse, por todos, VICENT CHULIÁ, F., «Sistemas institucionales de protección (SIP) y reestructuración bancaria, como derecho paraconcursal», *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, núm. 13, 2010, pp. 27 y ss.

⁷ Esta reforma se introdujo durante la tramitación parlamentaria de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, procedente a su vez de la convalidación del Real Decreto-Ley 24/2012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de las entidades de crédito, mediante la incorporación de una enmienda transaccional a partir de la enmienda núm. 144, presentada por el Grupo Parlamentario Popular, a través de la cual se incorporó la modificación del Real Decreto-Ley 11/2010, que no estaba contemplada inicialmente en el Proyecto de Ley.

ello con la finalidad de «favorecer la transformación debida e inmediata de las cajas de ahorros en fundaciones de carácter especial» a cuyos efectos, se reforzaba el carácter imperativo del deber de transformación al determinar las consecuencias de su incumplimiento y se concretaba el margen temporal para la adopción del acuerdo de transformación en fundación de carácter especial en los supuestos de resolución de la caja de ahorros y en los que la caja de ahorros (o el conjunto de cajas que actuase concertadamente) perdiese el control o redujese su participación en el capital de la entidad de crédito a través de la cual desarrollase indirectamente su actividad financiera.

Con estas modificaciones, el Real Decreto-Ley 11/2010 en su redacción vigente hasta la entrada en vigor de la Ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias, contenía el régimen básico de la segregación de las actividades financiera y benéfico-social de una caja de ahorros y su consiguiente transformación en una fundación de carácter especial que procedía en el caso señalado de la pérdida del control o reducción del porcentaje de participación en la entidad de crédito a través de la cual desarrolla indirectamente su actividad financiera y también en los casos de renuncia voluntaria a la autorización para actuar como entidad de crédito y demás supuestos de revocación de dicha autorización así como en los casos de reestructuración o resolución de una entidad de crédito de conformidad con lo previsto en la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, siempre que así se determinase en los correspondientes planes de reestructuración o resolución⁸. Las consecuencias del incumplimiento del deber de transformación en el plazo establecido eran muy rigurosas en tanto se preveía la disolución directa de los órganos de la caja de ahorros y su sustitución por una comisión gestora encargada de completar el proceso de transformación de la caja de ahorros en una fundación de carácter especial⁹, una posibilidad por otra parte nada excepcional dado el reducido plazo concedido para proceder a la citada transformación¹⁰. En relación con ello, la

⁸ Sobre el proceso de transformación pueden verse, entre otros, MARDOMINGO COZAS, J. y SÁNCHEZ MONJO, M., «La transformación de las cajas de ahorros en fundaciones de carácter especial», *RDMV*, núm. 12, 2013, pp. 169 a 184, en particular, pp. 178 y ss.

⁹ En concreto, el artículo 6.2 Real Decreto-Ley 11/2010, determinaba que «transcurrido el plazo anterior sin que se haya ejecutado la citada transformación, se producirá la disolución directa de todos los órganos de la caja de ahorros y la baja en el registro especial de entidades de crédito del Banco de España, nombrando el protectorado correspondiente una comisión gestora de la fundación de carácter especial, a los efectos de aprobar los estatutos, nombrar al patronato y adoptar cuantos actos o acuerdos sean necesarios para materializar la transformación acaecida, en cumplimiento de la normativa estatal y autonómica aplicable».

¹⁰ El plazo se fijó en cinco meses desde que concurriese la causa que determina la obligación de transformación, un marco temporal que además de aplicó retroactivamente dado

diferente normativa autonómica y, sobre todo, el diferente criterio adoptado por las Comunidades Autónomas en relación con el proceso de transformación de las cajas de ahorros en fundaciones de carácter especial, ha provocado en la praxis una diferencia de trato difícilmente justificable y ha puesto de manifiesto nuevamente lo perturbador del modelo regulatorio de cajas de ahorros vigente en nuestro país¹¹.

El régimen anterior contemplaba un conjunto de disposiciones aplicables a las fundaciones de carácter especial resultantes de la transformación de una caja de ahorros que, en particular, se referían a la delimitación de su objeto¹², aplicación de rendimientos, procedimiento de creación¹³, régimen de control

que la Ley 9/2012 introdujo una nueva disposición transitoria en el Real Decreto-Ley 11/2010 en cuya virtud, las cajas que estuviesen en causa legal de transformación con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley, contarían únicamente con el plazo que les restase de los cinco meses a contar desde que se hubiese incurrido en dicha causa. Como consecuencia del reducido plazo previsto en la disposición transitoria introducida por la Ley 9/2012 en el Real Decreto-Ley 11/2010, y de su cómputo retroactivo, en algunos casos las cajas de ahorros incursas en causa de transformación no dispusieron materialmente de tiempo para poder acometer la transformación en fundación de carácter especial, lo que provocó la aplicación de esta disposición y, en su virtud, la transformación automática de las cajas afectadas. Éste fue el caso, por ejemplo, de las cajas de ahorros que constituyeron el SIP del Banco Financiero y de Ahorros, S.A., accionista de Bankia, S.A., respecto de las cuales el plazo de cinco meses desde que incurrieron en causa de disolución (lo que sucedió el 27 de junio de 2012 como consecuencia de la entrada del FROB en el accionariado de BFA) venció solamente doce días después de la entrada en vigor de la Ley 9/2012 (*vid. MARDOMINGO COZAS, J. y SÁNCHEZ MONJO, M. «La transformación...», cit., p. 182*).

¹¹ Las Comunidades Autónomas han actuado de forma muy diferente ante situaciones similares; en este sentido, por ejemplo, en relación con la transformación en fundaciones de carácter especial de las cajas de ahorros que desarrollaban su negocio financiero a través de Banca Cívica, siguiendo todas ellas un procedimiento idéntico, culminó con la autorización de la transformación de Caja Burgos por la Comunidad Autónoma de Castilla y León y de Caja Sol por la Comunidad de Andalucía y, en cambio, con la disolución de pleno derecho de sus órganos y el nombramiento de una comisión gestora por parte de la Comunidad de Canarias en el caso de Caja Canarias.

¹² El Real Decreto-Ley 11/2010 determinaba a este respecto que la fundación de carácter especial «centrará su actividad en la atención y desarrollo de su obra benéfico-social, para lo cual llevarán a cabo la gestión de su cartera de valores», a lo que se añadía que «auxiliariamente, podrá llevar a cabo la actividad de fomento de la educación financiera» (art. 6, apartado 1, Real Decreto-Ley 11/2010), lo cual parecía suponer una limitación legal a las actividades que podían ser desarrolladas por estas fundaciones.

¹³ La norma determinaba que la asamblea general de la caja (o la de las cajas que actuaran de manera conjunta) debía adoptar, junto al acuerdo de transformación, el acuerdo de constitución de la fundación de carácter especial, con aprobación de sus estatutos y designación de su patronato. Dicho acuerdo debía recogerse en escritura pública e inscribirse en el registro correspondiente, momento a partir del cual la fundación «gozará de personalidad jurídica»; en rigor, no obstante, dado que se trataba de la transformación de una fundación-caja de ahorros en una fundación de carácter especial, la personalidad jurídica se mantenía, sin

y supervisión y delimitación del régimen jurídico aplicable. Por lo que respecta a esta última cuestión, se determinaba con carácter general que las fundaciones de carácter especial se regirían por lo dispuesto en el citado Real Decreto-Ley 11/2010 y su normativa de desarrollo y, supletoriamente, por la normativa en materia de fundaciones. No obstante, en el caso de las fundaciones de carácter especial cuyo ámbito de actuación se limitase a una Comunidad Autónoma, resultaba de aplicación específicamente la normativa autonómica de cajas de ahorros y de fundaciones, que fue modificada en la mayor parte de las Comunidades Autónomas precisamente para adaptar su contenido a las nuevas disposiciones dictadas a nivel nacional y contemplar, en particular, el ejercicio indirecto de la actividad financiera por las cajas de ahorros y el régimen aplicable a las fundaciones de carácter especial que fuesen el resultado de la transformación de estas entidades.

En su conjunto este régimen, construido de manera precipitada y escasamente reflexionada, resultaba manifiestamente insuficiente para atender las particularidades que plantea el complejo proceso de transformación de una caja de ahorros en una fundación de carácter especial. Cuestiones como la dotación patrimonial de la fundación de carácter especial y el carácter de los bienes que integran el patrimonio fundacional, la delimitación de las actividades que pueden ser desarrolladas por las fundaciones de carácter especial y, en particular, la posibilidad de que estas fundaciones desarrollasen la actividad de «monte de piedad» que venían realizando las cajas de ahorros, la composición del patronato y el proceso de nombramiento o elección de sus miembros o la relación entre las fundaciones de carácter especial resultado de la transformación de cajas de ahorros y las fundaciones para la gestión de la obra social que fueron constituidas por algunas cajas de ahorros, quedaron sin regular o con una regulación incompleta y confusa que planteaba relevantes problemas de interpretación y de aplicación normativa¹⁴.

perjuicio de que el otorgamiento de la escritura pública e inscripción en el registro tuviesen carácter constitutivo respecto de la transformación. El artículo 6.2 Real Decreto-Ley 11/2010 resultaba también técnicamente impreciso dado que, al determinar el plazo durante el cual debía procederse a la transformación en fundación de carácter especial, establecía que, en los casos de transformación por pérdida de control o reducción de su participación por debajo del 25% y en los de reestructuración o resolución de la caja de ahorros, deberá procederse a la transformación en el plazo de cinco meses *«desde el momento en que se produzca el hecho determinante de la disolución»*.

¹⁴ Sobre el tratamiento de algunas de estas cuestiones pueden verse, entre otros, HIDALGO ROMERO, R., «Hacia la desaparición de las cajas de ahorros: la transformación de las cajas de ahorros en fundaciones de carácter especial», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2012; MAR-DOMINGO COZAS, J. y SÁNCHEZ MONJO, M. «La transformación...», cit., pp. 183-184.

En suma, hasta la entrada en vigor de la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias (en adelante, LCAFB), la transformación de una caja ahorros en fundación de carácter especial como consecuencia del ejercicio indirecto de la actividad financiera se traducía, básicamente, en la pérdida de la condición de entidad de crédito y el sometimiento al marco jurídico general de las fundaciones, con las escasas especialidades previstas en el Real Decreto-Ley 11/2010 y en las normas autonómicas sobre cajas de ahorros modificadas para adaptarse a éste. Esta situación ha cambiado radicalmente como consecuencia del último hito, hasta el momento, de este azaroso proceso de reestructuración del sector financiero que ha implicado la bancarización de la actividad financiera que desarrollaban las cajas de ahorros, que viene constituido por la aprobación y entraba en vigor de la nueva Ley, cuya regulación será objeto de análisis en la segunda parte de este trabajo.

Todavía carecemos de perspectiva suficiente para valorar las profundas transformaciones acometidas pero ya parece claro que el proceso no ha sido precisamente modélico, fundamentalmente porque no ha respondido a una planificación estratégica previa, sino a la necesidad de dar respuesta urgente y cambiante a los problemas de gestión y solvencia de entidades de crédito que se iban detectando en un contexto de aguda crisis económica y, sobre todo, a las exigencias y compromisos derivados de la ayuda financiera recibida por nuestro país. En particular, la nueva Ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias viene motivada específicamente por los compromisos asumidos por el Gobierno español en el marco del programa de asistencia financiera solicitada por éste al «Mecanismo Europeo de Estabilidad» (denominada con anterioridad «Facilidad Europea de Estabilización Financiera») para la reestructuración y recapitalización del sector financiero, cuyas condiciones fueron fijadas por el Memorando de Entendimiento sobre condiciones de Política Sectorial financiera, suscrito por España y la Comisión Europea el 23 de Julio de 2012, y el Acuerdo Marco de Asistencia Financiera, suscrito al día siguiente, que marcan los objetivos pero no predeterminan los instrumentos o medios a través de los cuales pueden alcanzarse éstos¹⁵.

¹⁵ El Memorando de Entendimiento sobre condiciones de Política Sectorial Financiera, conocido por la abreviatura de su denominación en inglés (*Memorandum of Understanding: MoU*) y el Acuerdo Marco de asistencia financiera se publicaron en el BOE, núm. 296, de 10 de diciembre de 2012, pp. 84550 y ss. Entre los compromisos asumidos por nuestro país como consecuencia de la suscripción del MoU se incluye la previsión de medidas para reforzar «los mecanismos de gobernanza de las antiguas cajas de ahorros y de los bancos comerciales bajo su control» y, específicamente, la preparación antes de finales de noviembre de 2012 de «normas que aclaren la función de las cajas de ahorros en su calidad de accionistas de entidades de crédito, para,

Se trata, en definitiva, de medidas de hondo calado estructural e institucional en el mercado financiero que van a suponer la práctica desaparición de las cajas de ahorros como entidades de crédito, unas entidades que han prestado un servicio extraordinario a la sociedad española durante sus ciento cincuenta años de existencia y, muy particularmente, en los últimos veinticinco años como elemento de impulso del Estado del bienestar y que, finalmente, han sido objeto de abusos y excesos posibilitados por los defectos en su configuración jurídico-institucional pero también víctimas de su propio éxito¹⁶. Medidas estructurales que, sin embargo, han sido adoptadas por y bajo la presión de la difícil situación coyuntural que atravesaba nuestro mercado financiero, que se han presentado, no ya como necesarias, sino directamente como imprescindibles e ineludibles, pero cuya valoración será probablemente distinta en otro momento y contexto cuando se haya superado la citada situación.

II. La opción por la elaboración de un estatuto jurídico propio de las fundaciones resultantes de la transformación de una caja de ahorros a través del régimen de las fundaciones bancarias

1. Consideraciones generales

Como consecuencia del proceso de reestructuración del sistema bancario al que nos hemos referido en el apartado anterior, una buena parte de las cajas de ahorros que venían actuando como entidades de crédito en el mer-

en último extremo, reducir su participación en las mismas hasta un nivel no mayoritario», así como «medidas para reforzar las normas de idoneidad de los órganos de gobierno de las cajas de ahorros y para adoptar requisitos de incompatibilidad para los órganos de gobierno de las antiguas cajas de ahorros y los bancos comerciales bajo su control» (subapartado 23, último punto, MoU).

¹⁶ No parece necesario insistir en este momento la extraordinaria labor realizada por las cajas de ahorros a través de su obra benéfico-social, que ha complementado y mejorado notablemente las condiciones que ha proporcionado el Estado del bienestar incluso en momentos de crecimiento y expansión de éste. Basta observar la actividad y los servicios que estas entidades han prestado en sanidad, bienestar social, educación, cultura o deporte para apreciar inmediatamente su importancia para nuestra sociedad y el notable retroceso que sufriremos colectivamente si prescindimos de ellas. Para una referencia reciente a esta cuestión en momentos anteriores a la crisis económica *vid.*, entre otros, ARAGÓN MEDINA, J., BEDIA PÉREZ, P., MARTÍNEZ LÓPEZ, J. M.^a y MORENO BAQUERO, C., *El papel de las cajas de ahorros en la promoción del tejido productivo y la cohesión social*, Madrid, 2005, particularmente, en pp. 189 y ss. y CALS I GÜELL, J., *El éxito de las cajas de ahorros. Historia reciente, estrategia competitiva y gobierno*, Barcelona, 2005, particularmente, pp. 161 y ss.

cado bancario, han perdido esta condición y se han transformado en fundaciones de carácter especial, cuyo régimen jurídico hasta el momento, además de parcial y por ello claramente insuficiente, ha sido también diferente en atención a su sometimiento a la regulación prevista para las cajas de ahorros en las diferentes Comunidades Autónomas. La nueva Ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias trata ahora de proporcionar un nuevo régimen, general y común a las fundaciones bancarias como entidades resultado de la transformación de las anteriores fundaciones de carácter especial o de cajas de ahorros que ejerciten su actividad financiera de manera indirecta y de otras fundaciones que reúnan los requisitos previstos en el artículo 32 LCAFB¹⁷. En la medida en que, como veremos más adelante, la nueva normativa persigue dotar a las fundaciones bancarias de un régimen próximo al de las entidades de crédito, en tanto, la circunstancia que fundamenta la atribución de aquella condición es la titularidad de un porcentaje relevante en el capital de una entidad de crédito, se explica que la nueva Ley se dicte al amparo del título competencial que reserva al Estado la regulación correspondiente a la ordenación de las bases del crédito, banca y seguros y a la coordinación de la planificación general de la actividad económica (disposición final décima LCAFB).

La nueva Ley va a suponer, por tanto, la transformación en fundaciones bancarias de la mayor parte de las cajas de ahorros que hasta ahora venían manteniendo su condición de entidad de crédito aun cuando ejercían su actividad financiera únicamente de manera indirecta a través de su participación en el capital de otra entidad de crédito a cuyo favor segregaron previamente su negocio bancario, así como también la de aquellas fundaciones de carácter especial que son el resultado de la previa transformación de cajas de ahorros. Cuando se complete el proceso de transformación obligatoria previsto en la Ley, la práctica totalidad de las cajas de ahorros y de las fundaciones de carácter especial devendrán en fundaciones bancarias o en fundaciones ordinarias, por lo que el sector de las entidades de crédito con forma de caja de ahorros quedará reducido a su mínima expresión¹⁸. Se trata, sin duda, de un cambio trascendental en la evolución histórica de una modalidad de en-

¹⁷ Sobre esta cuestión véase *infra*, apartado 3.1.

¹⁸ En concreto, de las 15 cajas de ahorros que figuran en el Registro de entidades del Banco de España a principios del mes de marzo de 2014, 13 de ellas ejercen su actividad financiera de manera indirecta a través de otra entidad de crédito por lo que se ven afectadas por el deber de transformación en fundaciones bancarias (de esta cuestión nos ocupamos *infra*, apartado 3.2.b). Finalizado el proceso de transformación quedarán, por tanto, únicamente dos cajas de ahorros desarrollando directamente la actividad financiera como entidades de crédito (Caixa Ontiyent y Colonia Caixa Pollença).

tividad de crédito, las cajas de ahorros, sin la que no cabe entender la propia evolución del sistema financiero español en su conjunto.

En este sentido, desde su origen, las cajas de ahorros han experimentado una transformación progresiva y sustantiva que ha trascendido incluso a su caracterización jurídica. Aun cuando la naturaleza jurídica de las cajas de ahorros ha sido una cuestión tradicionalmente controvertida, no solo por la propia especialidad corporativa de estas entidades sino también por esos cambios de orientación que ha experimentado su actividad, en la doctrina, superado el debate sobre la naturaleza fundacional de estas entidades, predomina su configuración como fundaciones-empresa de carácter mixto, en tanto presentarían rasgos típicos de las fundaciones-empresa de carácter funcional y también de las de carácter dotacional¹⁹. Con ello se quiere poner de manifiesto que las cajas de ahorros, a través del desarrollo de su actividad financiera, han venido persiguiendo una doble finalidad: de un lado, obtener recursos con los que realizar obras benéfico-sociales pero, de otro, también la propia consecución de intereses generales concretados fundamentalmente en la inclusión financiera de las capas más desfavorecidas de la población. El primer aspecto situaría a estas entidades entre las fundaciones-empresa de carácter dotacional en tanto que, el aspecto relativo a la integración de la finalidad social o de interés general en la propia actividad financiera, las incluye entre las de carácter funcional o fundaciones-empresa en sentido estricto.

Sin embargo, aunque esta caracterización puede resultar bastante aproximada cuando se observa globalmente el desarrollo y funcionamiento de estas entidades desde su origen, lo cierto es que si se analiza con más detalle la evolución experimentada por estas entidades desde la perspectiva de la actividad que han venido realizando desde su creación, pueden distinguirse di-

¹⁹ Sobre la caracterización de las cajas de ahorros como fundación-empresa de carácter mixto *vid.*, entre otros, GONZÁLEZ MORENO, J. M., *Naturaleza y régimen jurídico de las cajas de ahorros*, Madrid, 1983, pp. 235 y ss.; ARAGÓN REYES, M.; GARCÍA VILLAVERDE, R. y SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *El régimen jurídico de las cajas de ahorros*, Madrid, 1991, pp. 120 a 122, EMBID IRUJO, J. M., «Notas sobre la naturaleza jurídica de las cajas de ahorros», *Documentación Laboral*, núm. 46, 1995, pp. 13 a 36, en particular, pp. 27 y 28; CASARES MARCOS, A. B., *Cajas de ahorros: naturaleza jurídica e intervención pública*, Valencia, 2003, p. 425. Sobre la configuración de la fundación como forma de empresa sigue conservando todo su valor el trabajo de VALERO AGÚNDEZ, U., *La fundación como forma de empresa*, Valladolid, 1969; en los últimos tiempos pueden verse, entre otros, los trabajos de IGLESIAS PIE, M. y VERNIS, A., «Aproximación a las fundaciones de empresa», en BENEYTO PÉREZ, J. M.^a (dir.), *Tratado de Fundaciones*, Tomo II, Barcelona, 2007, pp. 859 y ss.; PÉREZ ESCOLAR, M., *La actividad económica de las fundaciones. Tensiones legislativas e interés general*, Pamplona, 2008, pp. 87 y ss.; LA CASA GARCÍA, R., *La fundación-empresa*, Madrid, 2009.

ferentes fases o etapas en las que, sucesivamente, las cajas de ahorros han ido reorientando su actividad y variando su función social. Así, inicialmente las cajas de ahorros se crean fundamentalmente para la satisfacción de intereses generales a través del ejercicio de la actividad financiera, en particular, el fomento del ahorro de las clases sociales más desfavorecidas y la concesión de créditos a éstas para promover su integración social, sin perjuicio de la dedicación de los excedentes a la realización de obras benéfico-sociales²⁰. En esta fase de las cajas de ahorros como entidades de beneficencia predomina el aspecto funcional respecto al dotacional. Posteriormente, en una segunda fase en la que se acentúa el carácter social de estas entidades frente a su función puramente benéfica, adquiere mayor protagonismo la instrumentalización de la actividad financiera para la realización de obras benéfico-sociales y paralelamente se diluye la finalidad de conseguir la satisfacción a través del desarrollo de la actividad financiera de los intereses públicos que motivaron su creación²¹. Finalmente, tras el proceso de liberalización del sistema financiero y la equiparación funcional de las cajas de ahorros a otros operadores²²,

²⁰ En este sentido, las primeras cajas de ahorros se crean respondiendo a criterios directamente conectados con la beneficencia y, en particular, con la tarea que venían desarrollando los Montes de Piedad (cfr. las Reales Ordenes de 3 de abril de 1835 y 17 de abril de 1839 y, en la doctrina, por todos, GARCÍA VILLAVERDE, R., en ARAGÓN REYES, M., GARCÍA VILLAVERDE, R. y SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *El régimen jurídico...*, cit., pp. 30 y ss).

²¹ En este sentido, las normas reguladoras de las cajas de ahorros subrayan esta orientación de la actividad hacia la obtención de recursos para la realización de la obra benéfico-social. Así, a tenor del artículo 22.1 RD 2290/1977, de 27 de agosto, por el que se regulan los órganos de gobierno y las funciones de las cajas de ahorros, estas entidades «*destinarán la totalidad de los excedentes que, conforme a las normas vigentes, no hayan de integrar sus reservas a la financiación de obras benéfico-sociales propias o en colaboración, de modo que las mismas se orienten hacia la sanidad pública, la investigación, enseñanza, cultura o los servicios de asistencia social y que los beneficios de ellas derivados se extiendan especialmente al ámbito regional de actuación de la caja*»; una norma similar sobre el destino de los excedentes obtenidos en el ejercicio de su actividad financiera a la creación y mantenimiento de la obra social, se reproduce en la generalidad de las leyes autonómicas sobre cajas de ahorros (*vid.*, entre otros, el art. 3.2 Ley 15/1999, de 16 de diciembre, de cajas de ahorros de Andalucía, art. 2.2 de la Ley 11/2012, de 14 de junio, de cajas de ahorros de Euskadi, art. 4.3 Ley 1/1991, de 4 de enero, de cajas de ahorros de Aragón, art. 3.3. Ley 4/1997, de 10 de julio, de cajas de ahorros de Castilla-La Mancha, el art. 3.3 Decreto Legislativo 1/2005, de 21 de julio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de cajas de ahorros de Castilla y León; art. 3.2 Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de marzo, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de cajas de ahorros de Cataluña y el art. 2.4 Ley 10/2011, de 10 de mayo, de cajas de ahorros de Canarias).

²² Nos referimos al proceso de liberalización del sistema financiero que se acometió en los años sesenta y setenta del siglo pasado y que tuvo, entre otras consecuencias, la eliminación de las restricciones operativas impuestas a las cajas de ahorros y su equiparación funcional con las sociedades anónimas bancarias (cfr. en particular, el mencionado RD 2290/1977, de 27 de agosto). Sobre la evolución del tratamiento normativo de las cajas de ahorros puede verse, entre otros, ARAGÓN REYES, M., GARCÍA VILLAVERDE, R. y SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *El*

la creciente competitividad del mercado financiero fue empujando a las cajas de ahorros al desarrollo de la actividad financiera en plena competencia con las sociedades anónimas bancarias y las cooperativas de crédito, lo que ha supuesto la postergación de la finalidad de satisfacer intereses generales a través del ejercicio de la actividad financiera frente a la atención de la obra social con los excedentes obtenidos en el desarrollo de dicha actividad, es decir, el desplazamiento del aspecto funcional por el puramente dotacional²³.

No obstante, en esta última fase de evolución las cajas de ahorros, en realidad, no han abandonado completamente el aspecto funcional, aunque éste aparezca ciertamente debilitado y claramente postergado respecto al puramente dotacional. Es cierto que no puede afirmarse que, a través del desarrollo de su actividad financiera, las cajas de ahorros hayan continuado persiguiendo la consecución de los intereses generales que justificaron su creación y que se concretaban sobre todo en la inclusión financiera de los sectores más desfavorecidos de la sociedad, facilitando la concesión de créditos y promoviendo el ahorro²⁴. Pero también lo que, en su lugar y en muchos

régimen jurídico..., cit., pp. 29 y ss.; CASARES MARCOS, A. B., *La historia de las cajas de ahorros: origen y evolución*, León, 2000; CALS GÜELL, J., *El éxito de las cajas de ahorros. Historia reciente, estrategia competitiva y gobierno*, Barcelona, 2005; RODRÍGUEZ LÓPEZ, J., «Evolución histórica de las cajas de ahorros en España», en DE GUINDOS, L., MARTINEZ-PUJALTE, V. y SEVILLA, J. (dirs.), *Pasado, presente y futuro...*, cit., pp. 43 y ss. y, en particular, sobre el balance de la reforma, CARBÓ VALVERDE, S. y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, F., «Las cajas de ahorros españolas. 30 años del Decreto 2290/1977», en *Cuadernos de Información Económica FUNCAS*, Julio-Agosto 2007.

²³ Así se constató por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 49/1988, de 22 de marzo, en la que se hace referencia al cambio cualitativo experimentado por la actividad de las cajas «al haberse transformado su inicial actividad crediticia de carácter benéfico (crédito barato a las clases menesterosas) en actividad crediticia sometida a las leyes del mercado comunes a ellas y a los demás intermediarios financieros» (vid. PÉREZ ESCOLAR, M., *La actividad económica de las fundaciones. Tensiones legislativas e interés general*, Madrid, 2008, p. 140).

²⁴ Especialmente crítico en este aspecto se muestra ALFARO AGUILA-REAL, J., «Valoración de una tesis sobre el régimen de las cajas de ahorros», *Indret*, 187, 2004, pp. 5-6, con quienes mantienen en la actualidad que las cajas de ahorros presentan rasgos de las fundaciones-empresa de carácter funcional sobre la base de la consecución de dichos fines a través del ejercicio de la actividad financiera. Vid., también, PÉREZ ESCOLAR, M., *La actividad económica de las fundaciones...*, cit., pp. 140 y ss., quien a partir de la constatación de este hecho, considera que las cajas de ahorros tienen la naturaleza de fundaciones-empresa exclusivamente de carácter dotacional. Existen no obstante algunos trabajos en los que se destaca el impacto que podría provocar la desaparición de las cajas de ahorros sobre la exclusión financiera (en este sentido, CARBÓ VALVERDE, S., «El coste de un sector bancario sin cajas», *Papeles de FUNCAS*, 2009, señala que la desaparición de las cajas de ahorros provocaría un aumento de la exclusión financiera que podría alcanzar el 6,8% en el año 2015), sin perjuicio de que la experiencia de los procesos de reestructuración del sector bancario realizados en países como Italia, al que nos referimos posteriormente, haya puesto de manifiesto que la privatización y concentración de las entidades de crédito no ha derivado en una disminución de la disponi-

casos las cajas de ahorros han orientado su actividad, al menos parcialmente, a la consecución de otros fines de interés general, fundamentalmente, el desarrollo económico local y regional, a veces de modo que incluso ha puesto en riesgo su propia subsistencia como entidades financieras²⁵. Aun cuando en

bilidad de los servicios bancarios ni tampoco en su encarecimiento para los usuarios, aunque probablemente ello se explique también por otras causas y no solo por aquellas medidas. En todo caso, el aumento de la exclusión financiera como consecuencia de la desaparición o reducción de entidades de crédito tampoco significa, necesariamente, que éstas orientasen su actividad financiera a conseguir la inclusión financiera de las capas más desfavorecidas de la sociedad.

²⁵ *Vid.*, entre otros, UREÑA SALCEDO, J. A., *La influencia pública en las cajas de ahorros*, Madrid, 2005, pp. 30 y ss.; CASTELLÓ MUÑOZ, E., *El liderazgo social de las cajas de ahorros*, Madrid, 2005, pp. 109 y ss. y ARAGÓN MEDINA, J., BEDIA PÉREZ, MARTÍNEZ, P., LÓPEZ, J. M.^a y MORENO BAQUERO, C., *El papel de las cajas de ahorros...*, cit., pp. 7 y ss. Las normas autonómicas reguladoras de las cajas de ahorros incluyen estos fines de interés general a los cuales debe orientarse la actividad financiera de la entidad, sin perjuicio de que ello se supedita a una gestión eficiente de los recursos y a mantener la estabilidad y seguridad de los fondos en ellas depositados e igualmente al margen de la obligación de destinar los rendimientos (excedentes) que obtengan a la realización de obras benéfico-sociales. En este sentido, por ejemplo, el artículo 2 Ley 15/1999, de 16 de diciembre, de cajas de ahorros de Andalucía establece que estas entidades «orientan su actividad a la consecución de fines de interés público» y el artículo 3, al concretar esos fines, incluye entre otros el fomento del empleo o el apoyo a los sectores productivos, «a fin de contribuir al desarrollo social y económico de Andalucía»; el artículo 2.1 Ley 11/2012, de 14 de junio, de cajas de ahorros de Euskadi determina que «el objeto propio de las cajas será el fomento del ahorro, la realización de las operaciones económicas y financieras permitidas por las leyes, a través de políticas que garanticen la estabilidad y seguridad de los fondos en ellas depositados, y el desarrollo de aquellas actividades que directa o indirectamente contribuyen al desarrollo de su zona de actuación, en especial la obra social»; el artículo 4.1 Ley 1/1991, de 4 de enero, de cajas de ahorros de Aragón, establece que las cajas aragonesas «tendrán como actividad principal el fomento del ahorro, y orientarán sus actuaciones a la consecución de fines de interés público para contribuir al desarrollo social y económico de Aragón, así como a su equilibrio territorial»; el artículo 3.1 de la Ley 4/1997, de 10 de julio, de cajas de ahorros de Castilla-La Mancha, «las cajas de ahorros tienen como objetivos básicos el fomento del ahorro a través de una captación y retribución adecuadas y la inversión de sus recursos, en la financiación de activos y desarrollo de los diversos sectores económicos de su ámbito de actuación»; el artículo 4.2 Decreto Legislativo 1/2005, de 21 de julio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de cajas de ahorros de Castilla y León, en cuya virtud la actuación de las cajas «también irá orientada a contribuir al desarrollo social y económico de su ámbito de actuación, especialmente en Castilla y León» o, en fin, el artículo 3.1 Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de marzo, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de cajas de ahorros de Cataluña, que establece, como objeto propio de las cajas, «fomentar el ahorro, realizando una captación y una retribución adecuadas de los ahorros e invirtiéndolos en la financiación de activos de interés general mediante las operaciones económicas y financieras permitidas por las leyes, así como fomentar el desarrollo económico y social en su ámbito de actuación, de acuerdo con los principios que inspiran la responsabilidad social y el buen gobierno de la empresa» para concretar posteriormente, en el apartado 3 de ese mismo precepto, que de conformidad con lo previsto en el apartado 1, «tienen carácter preferente en la inversión de las cajas de ahorros las financiación otorgadas a pequeñas y medianas empresas, a empresas de economía social y a infraestructuras culturales». En cualquier caso, como señalábamos anteriormente, también en estas normas queda

el último tramo del siglo xx y principios del xxi puede apreciarse una notable aproximación funcional entre las cajas de ahorros y las sociedades anónimas bancarias, no puede afirmarse que sus modos de actuación como entidades de crédito hayan sido exactamente iguales e indistinguibles²⁶.

En todo caso, esta evolución hacia un modelo de cajas de ahorros configuradas como fundaciones-empresa de carácter prioritariamente dotacional, de un lado, ha facilitado indiscutiblemente el proceso de transformación de estas entidades al subrayar la separación entre la actividad financiera que realizan como entidades de crédito y el cumplimiento de los fines de interés general (realización de la obra benéfico-social) que persiguen como fundaciones²⁷ pero, de otro, ha supuesto también la pérdida o al menos la dilución de un aspecto clave para la diferenciación entre las entidades de crédito, lo cual ha contribuido a debilitar la posición de quienes, en el seno del debate sobre la reforma del sistema financiero, han defendido la conveniencia de mantener la diversidad entre entidades una vez superada la situación de inestabilidad financiera, depurados los excesos de un crecimiento incontrolado y corregidos los defectos del modelo de organización y funcionamiento de las cajas de ahorros²⁸.

Desde su origen las cajas de ahorros han sido, por tanto, fundaciones de carácter especial o *sui generis*, no solo por su configuración como fundaciones-empresa con presencia y predominio alternativo de aspectos funcionales y dotacionales, sino también y sobre todo porque a esa configuración se añadía simultánea e inseparablemente la condición de entidad de crédito²⁹.

expresa la predominancia del aspecto dotacional al determinar que todos los excedentes obtenidos en el ejercicio de su actividad financiera deberán destinarse a la creación y mantenimiento de la obra social (*vid.* las referencias incluidas en notas anteriores).

²⁶ *Vid.*, entre otros, el análisis de la evolución de la actividad financiera de las cajas de ahorros que ofrecen ARIÑO, G. y GARCÍA, M., *Vindicación y reforma...*, cit., pp. 32 y ss.

²⁷ Indiscutiblemente al considerar que el ejercicio de la actividad financiera tiene para las cajas de ahorros un carácter exclusivamente instrumental en tanto constituye el medio a través del cual se obtienen los recursos que se destinan a la consecución de los fines de interés general para los que se constituyen (en particular, la realización de obras benéfico-sociales), resulta menos relevante si el ejercicio de la actividad financiera se realiza directamente por la propia caja o indirectamente a través de su participación en el capital social de una sociedad anónima bancaria y ello hace mucho más sencillo y natural el proceso de separación de ambos aspectos (actividad financiera y desarrollo de la obra benéfico-social).

²⁸ *Vid.* ARIÑO, G. y GARCÍA, M., *Vindicación y reforma...*, cit., pp. 69 y ss., quienes señalan a la equiparación entre bancos y cajas de ahorros como uno de los factores determinantes de la crisis de éstas.

²⁹ La caracterización como fundación-empresa, sea de carácter funcional, dotacional o mixto, plantea la necesidad de un régimen especial que contemple las singularidades que derivan del desarrollo de la actividad empresarial; sin perjuicio de estos planteamientos de

Esta caracterización, que incluso ha supuesto una dificultad para el reconocimiento de la naturaleza fundacional de las cajas de ahorros³⁰, ha implicado el sometimiento a un régimen jurídico especial propio de entidades de crédito, muy distinto y distante del régimen general aplicable a las fundaciones. En este sentido, el proceso de reestructuración del mercado financiero iniciado en 2009 y que parece culminar, al menos por el momento, con la entrada en vigor de la Ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias, ha supuesto la separación e independización de la actividad financiera respecto del desarrollo de los fines benéfico-sociales y la correlativa privación de la condición de entidad de crédito de las cajas de ahorros que mantienen, no obstante, el *status* de fundación de carácter especial motivado por su participación en el capital de entidades de crédito con porcentajes de participación, en algunos casos muy relevantes e incluso de control.

El modelo finalmente adoptado por el legislador español se ha inspirado claramente en el sistema italiano de las fundaciones bancarias, aunque el proceso de reestructuración del sistema financiero no haya sido paralelo en España e Italia³¹. El objetivo principal de la creación de las fundaciones bancarias en Italia fue reducir la interferencia del sector público en la gestión del sistema bancario, para lo cual se acometió un proceso que ha desembocado en una privatización sustancial del sistema bancario italiano³². Al margen de

lege ferenda (vid. por ejemplo, PIÑAR MAÑAS, J. L., «¿Qué fundaciones? La constante adaptación de una institución camaleónica», en VV.AA., *Tendencias legislativas y tercer sector. Los modelos español e italiano*, Santiago de Compostela, 2005, pp. 25-26), la aplicación a las fundaciones-empresa del régimen general aplicable a las fundaciones ordinarias plantea algunas matizaciones o especialidades (vid. a este respecto, PÉREZ ESCOLAR, M., *La actividad económica de las fundaciones...*, cit., pp. 149 y ss).

³⁰ En este sentido, la calificación como entidad de crédito ha provocado que se trate de subrayar la singularidad frente a las fundaciones, pero a veces de un modo que siembra dudas o confusión sobre su propia naturaleza fundacional. A este respecto pueden verse las consideraciones que contiene la STC 49/1988, de 22 de marzo, y el voto particular formulado contra la misma por el Prof. Díez-Picazo, o las todavía más cuestionables contenidas en la STC 10/2005, de 20 de enero (vid. PÉREZ ESCOLAR, M., *La actividad económica de las fundaciones...*, cit., pp. 140-143). En todo caso, en la actualidad no es discutible la naturaleza fundacional de las cajas de ahorros que ya se recoge también expresamente en su normativa reguladora (art. 2 Ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias define a las cajas de ahorros como «entidades de crédito de naturaleza fundacional y finalidad social...»).

³¹ Vid. ARIÑO, G., «Sobre la semejanza de las cajas españolas a las italianas en su proceso de reforma», *Cuadernos de información económica*, núm. 228, mayo-junio 2012.

³² A finales de la década de los ochenta del siglo pasado, el sector público italiano controlaba el 70% de los activos bancarios (computando conjuntamente la banca pública y las cajas de ahorros), porcentaje que, tras las reformas llevadas a cabo a través de las denominadas Leyes *Amato* y *Ciampi* (respectivamente, Ley 218/1990, de 30 de julio, sobre disposiciones en materia de reestructuración e integración patrimonial de los institutos de crédito de Derecho

las singularidades propias de este proceso³³, el legislador italiano optó por la figura de las fundaciones bancarias como titulares de las participaciones en el capital de las sociedades anónimas bancarias beneficiarias de las operaciones de *conferimento* del negocio bancario llevadas a cabo por parte de las cajas de ahorros en atención a lo previsto en la Ley 218/1990, de 30 de julio³⁴. En todo caso, sin perjuicio de esta incuestionable conexión, las diferencias de régimen entre el aplicable a las fundaciones bancarias italianas y el previsto en la nueva Ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias son muy notables³⁵.

público y Ley 461/1998, de 23 de diciembre, sobre delegación al Gobierno para la reordenación de la disciplina civil y fiscal de los entes conferentes en virtud de lo previsto en el artículo 11, apartado 1, del Decreto Legislativo núm. 356, de 20 de noviembre de 1990 y de la disciplina fiscal de las operaciones de reestructuración bancaria), se redujo a un 25% en 1997 y a un 9% en 2003, aun cuando el control público de entidades bancarias sea algo superior de lo que podría indicar este porcentaje como consecuencia de los pactos y acuerdos entre administraciones territoriales titulares de participaciones minoritarias en entidades bancarias (cfr. UBIDE, A., «Cajas a la italiana», *Diario el País* de 30 de enero de 2011). En general, sobre la evolución del sistema bancario italiano y el proceso de privatización a través de la creación de las fundaciones bancarias. *Vid.*, por todos, ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R., *Las fundaciones bancarias: de cajas de ahorros a sociedades de capital: la experiencia italiana*, Granada, 2003, pp. 23 y ss.

³³ Una de las singularidades más significativas respecto al proceso de reestructuración del sector de las cajas de ahorros en España ha sido que, en Italia, la transformación en fundaciones bancarias fue inicialmente una operación voluntaria que el legislador se limitó a incentivar a través del reconocimiento de ventajas fiscales y que se realizó, por tanto, de manera progresiva y ordenada sin la presión adicional de la crisis del sistema y las imposiciones derivadas de los mecanismos de ayuda financiera activados a favor de España que, en nuestro caso, han configurado una agenda del proceso radicalmente distinta. No obstante, también en Italia la fase final del proceso ha sido imperativa, aunque con plazos en todo caso mucho más amplios que en el caso español (en 1998 la Ley *Ciampi*, a la que antes nos referíamos, limitó el período máximo para completar el proceso de privatización que posteriormente se acortó con la reforma realizada en 2002 —Ley 289 de 27 de diciembre de 2002—) pero también con importantes vaivenes que han provocado que la participación de las fundaciones bancarias en el capital de las sociedades anónimas bancarias en la actualidad siga siendo significativo.

³⁴ La caracterización legal de los entes que transfirieron su negocio financiero a sociedades anónimas bancarias y se convirtieron en accionistas de éstas ha sido una cuestión confusa hasta su configuración como fundaciones en 1999. Inicialmente, las normas reguladoras de este proceso eludían el término fundación y, en su lugar, caracterizaban a estas entidades como «entes conferentes», sin perjuicio de que la doctrina subrayase su naturaleza fundacional. *Vid.* ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R., *Las fundaciones bancarias...*, cit., pp. 114 y ss., con otras referencias.

³⁵ Cfr. el Decreto Legislativo 153, de 17 de mayo de 1999, sobre disciplina civil y fiscal de los entes conferentes en virtud de lo previsto en el artículo 11, apartado 1, del Decreto Legislativo núm. 356, de 20 de noviembre de 1990 y de la disciplina fiscal de las operaciones de reestructuración bancaria, que ha sido modificado en múltiples ocasiones.

La opción del legislador español ha sido, por tanto, la de despojar a las cajas de ahorros de su carácter de entidades de crédito (como consecuencia de la segregación y transmisión del patrimonio afecto a su actividad empresarial a favor de una entidad de crédito), manteniendo su naturaleza fundacional. Ahora bien, en la medida en que dichas entidades pueden mantener una relación de control con una entidad de crédito, ha creado un estatuto especial para estas fundaciones en el que se incorporan algunos elementos propios del régimen aplicable a las entidades de crédito (como medidas de control y supervisión por el Banco de España, criterios de gestión de sus inversiones o de diversificación y gestión de riesgos, entre otros). Parece, no obstante, que el proceso no está definitivamente cerrado en la medida en que, como veremos posteriormente, la propia exposición de motivos que acompaña a la Ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias señala que la finalidad de buena parte de las normas previstas para éstas es incentivar a las fundaciones bancarias para que reduzcan progresivamente su porcentaje de participación en las sociedades anónimas bancarias beneficiarias de la segregación de sus negocios financieros³⁶. Parece, por tanto, que este nuevo paso apunta hacia una progresiva pérdida de relevancia de las fundaciones bancarias como titulares de participaciones de entidades de crédito, no sabemos si hasta el punto de conseguir una total y plena separación de las fundaciones bancarias respecto de las entidades de crédito y a una completa independización de éstas con presencia meramente testimonial o sin presencia en su accionariado de las fundaciones bancarias³⁷. En todo caso, la reducción por estas entidades de sus porcentajes de participación por debajo del mínimo requerido para su caracterización como tales, las convertiría en fundaciones ordinarias sin particularidades de régimen frente a otras fundaciones. La cuestión que queda abierta en este proceso es, sin embargo, cuál será la alternativa a la participación en el capital de entidades de crédito para que estas fundaciones obtengan los recursos necesarios para mantener (no ya para

³⁶ Al margen de que tampoco parece que el régimen contenido en la LCAFB haya resultado especialmente afinado cuando sólo tres meses después de su entrada en vigor se ha planteado una reforma que afecta a algún aspecto sustantivo (*vid.* la disposición final décima de la inminente Ley de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito, aprobada por el Pleno del Senado con fecha 4 de junio de 2014 y pendiente en estos momentos únicamente de su aprobación definitiva por el Pleno del Congreso de los Diputados).

³⁷ En principio, si con ello se trata simplemente de dar cumplimiento a los compromisos asumidos por el Gobierno español frente a la Unión Europea como consecuencia de la suscripción del MoU, se trataría únicamente de promover la reducción de la participación en las entidades de crédito a niveles no mayoritarios (*vid.* subapartado 23 y condicionalidad 20 del MoU).

ampliar, desarrollar o mejorar) la extraordinaria labor social y cultural que las cajas de ahorros han desarrollado en beneficio de nuestra sociedad.

2. *El ámbito de aplicación de la Ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias*

La creación de la figura de la fundación bancaria y la propuesta de regulación contenida en la nueva Ley se inspira en las fundaciones de carácter especial que la normativa vigente con anterioridad a su entrada en vigor, preveía como resultado de la transformación obligatoria de cajas de ahorros cuando éstas, una vez transferido por segregación su negocio bancario a otra entidad de crédito, reducían su porcentaje de participación por debajo de cierto límite³⁸. Sin embargo, plantea un importante cambio de orientación dado que la nueva regulación no se vincula exclusivamente a las fundaciones que sean resultado de la transformación de una caja de ahorros sino a cualquier fundación que ostente un determinado porcentaje de participación en el capital de una entidad de crédito³⁹. La ampliación del ámbito de aplicación del régimen previsto a cualquier fundación, provenga o no de la transformación de una caja de ahorros, se fundamenta en «*un inexcusable respeto a los principios de igualdad y no discriminación*»⁴⁰, lo que lleva a plantearse si ese mismo fundamento no justificaría también la aplicación de las normas propuestas a cualquier entidad de naturaleza no fundacional que ostente ese mismo porcentaje de participación en una entidad de crédito, complementando así la normativa vigente aplicable a la titularidad de participaciones significativas en entidades de crédito⁴¹. Al margen de este debate, parece

³⁸ Como hemos señalado anteriormente, bajo la normativa anterior, las cajas de ahorros que ejercían indirectamente su actividad bancaria y ostentasen un porcentaje superior al 25% del capital de la entidad de crédito o el control de ésta en el sentido del artículo 42 C de C, conservaban su caracterización como cajas de ahorros.

³⁹ Sobre los requisitos para la atribución legal de la condición de fundación bancaria previstos en la nueva Ley, véase *infra* apartado 3.1.

⁴⁰ *Vid.* el apartado III de la Exposición de Motivos de la Ley. La justificación prevista en ésta se refiere a la ampliación del ámbito de aplicación a las fundaciones ordinarias de las normas que se prevén cuando se adquiere un porcentaje mínimo del 10% del capital social de una entidad de crédito; sin embargo, como veremos posteriormente, el artículo 32 de la Ley, no vincula la calificación de fundación bancaria exclusivamente a la titularidad de dicho porcentaje de participación sino también a los casos en los que la participación que se ostente (que, aunque no se diga expresamente, podrá ser cualquiera) permita nombrar o cesar a un administrador de la entidad de crédito.

⁴¹ Normativa que se contiene, básicamente, en los artículos 56 y ss. Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, el Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio, de normas sobre creación de bancos, actividad transfronteriza y

claro que la previsión de un régimen especial para las denominadas fundaciones bancarias se fundamenta, por tanto, no sólo en que éstas ostenten un determinado porcentaje del capital de una entidad de crédito, sino también en su propia naturaleza fundacional por cuanto únicamente se ha considerado necesario establecer medidas especiales cuando el socio de la entidad de crédito que ostente una participación significativa sea una fundación.

Lo cierto es, sin embargo, que esta nueva orientación no se refleja adecuadamente en varios aspectos del régimen jurídico previsto para las fundaciones bancarias, en los que se pone de manifiesto la atención preferente o exclusiva al supuesto de fundación bancaria que es resultado de la transformación de una caja de ahorros (o de una fundación de carácter especial que, a su vez, proviene de la previa transformación de una caja de ahorros)⁴². Este desajuste se explica si confrontamos el ámbito de aplicación de la nueva normativa con su contenido y, sobre todo, con el fundamento de éste. En este sentido, en relación con las fundaciones bancarias la nueva Ley incorpora, al margen de normas previstas para definir a este tipo de fundaciones y determinar el deber de transformación que se impone a las cajas de ahorros, un conjunto de medidas que se refieren fundamentalmente a dos materias: de un lado, las relativas a la estructura y organización de la propia fundación y, de otro, las referidas a la gestión de su participación en el capital de una entidad de crédito. Es decir, en la nueva Ley se incluyen normas no solo dirigidas a controlar y disciplinar la influencia que estas fundaciones pueden ejercer en la entidad de crédito como consecuencia del porcentaje de participación que ostentan sino también, a regular la propia estructura y organización interna de las mismas.

Por su parte, por lo que respecta a la motivación político-jurídica de estas medidas, en la Exposición de Motivos que acompaña a la Ley se fundamenta el régimen previsto para las fundaciones bancarias en que éstas ostentan participaciones significativas, incluso de control, en entidades de cré-

otras cuestiones relativas al régimen jurídico de las entidades de crédito (tras la modificación realizada por el Real Decreto 1817/2009, de 27 de noviembre) y en la Circular 5/2010 del Banco de España, de 28 de septiembre, a entidades de crédito, sobre información que debe remitir el adquirente potencial en la notificación a la que se refiere el artículo 57.1 Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito.

⁴² En este aspecto se ha mejorado, no obstante, respecto al régimen contenido en el Anteproyecto de Ley que ni siquiera justificaba la extensión de la aplicación del régimen a fundaciones que no fuesen el resultado de la transformación de una caja de ahorros, supuesto que por otra parte no se tomaba en consideración en relación con la determinación del régimen previsto para las fundaciones bancarias tal y como pusieron de manifiesto los Informes elaborados sobre el Anteproyecto por la Confederación Española de Cajas de Ahorros y el por el propio Consejo de Estado.

dito, por lo que es necesario que «*sean objeto de una regulación similar a la que el Estado ha dictado en relación con el resto de las entidades de crédito*» pues «*solo de esta manera se garantiza una adecuada ordenación del crédito en nuestro país*». Es decir, se ha considerado necesario que las fundaciones que ostenten un determinado porcentaje del capital de una entidad de crédito deben ser sometidas a un régimen similar al aplicable a las propias entidades de crédito. La preocupación que subyace a esta propuesta es la de garantizar una gestión sana y prudente de las entidades de crédito, evitando que estos socios puedan ejercer su influencia en la gestión de la entidad de crédito, que en algunos casos será determinante, de modo negativo para la solvencia de ésta. Ahora bien, el origen de esta preocupación se sitúa en realidad en la desconfianza que, como consecuencia de los problemas generados en nuestro sistema financiero en los últimos tiempos, se ha extendido sobre la estructura y organización de las cajas de ahorros⁴³. Por ello se ha considerado que no bastaba con despojar a las cajas de ahorros de su condición de entidades de crédito (con lo que dejan de estar sometidas a los mecanismos de control y supervisión propios de éstas), y transformarlas en fundaciones de carácter especial, sino que era necesario prever un régimen sobre la gestión de su participación en las entidades de crédito así como también modificaciones en su organización y funcionamiento para evitar que los problemas que se han planteado en el pasado pudiesen repetirse en el futuro.

Ahora bien, precisamente porque algunas de las medidas propuestas están claramente motivadas y originadas en esa preocupación suscitada en torno a las cajas de ahorros que se han transformado en fundaciones y son accionistas significativos de entidades de crédito, debería haberse planteado con más rigor el análisis de cuáles de aquellas normas deberían ser aplicadas únicamente a las fundaciones que sean resultado de la transformación de una caja de ahorros, frente a aquellas otras que convendría aplicar a otras fundaciones o incluso a cualquier otra entidad de naturaleza no fundacional que ostente porcentajes significativos del capital de una entidad de crédito. La aplicación indiscriminada del conjunto de normas propuestas y, particularmente, de las relativas a la organización y funcionamiento interno de las fundaciones bancarias, puede plantear importantes disfunciones cuando se trata de fundaciones que no son el resultado de la transformación de cajas de ahorros. Esto explica las reticencias que han manifestado algunas instituciones, como la

⁴³ Sobre esta cuestión véase *supra* apartado I; para un resumen preciso de los principales problemas planteados por las cajas de ahorros en los últimos tiempos que han fundamentado esa desconfianza puede verse, por todos, ARIÑO, G. y GARCÍA, M., *Vindicación y reforma...*, cit., pp. 45 y ss.

Asociación Española de Fundaciones en cuanto a la procedencia de imponer a las fundaciones ordinarias la obligación de transformarse en fundaciones bancarias cuando concurren los requisitos previstos inicialmente en el Proyecto de Ley e incorporados finalmente a la Ley o el propio Consejo de Estado que, al analizar esta cuestión en relación con el Anteproyecto de Ley, puso de manifiesto la necesidad de completar el texto añadiendo una justificación expresa de la decisión de proyectar sobre las fundaciones constituidas al amparo de la Ley de fundaciones el régimen de las fundaciones bancarias, así como una contemplación más precisa de este supuesto en el articulado del Proyecto y la determinación específica de su régimen jurídico estableciendo las adaptaciones que se considerasen oportunas respecto de un texto que ha sido pensado para dar respuesta a los problemas planteados por la transformación de las cajas de ahorros.

Sin embargo, el texto final de la Ley no ha recogido fielmente estas sugerencias. Y es que, como señalábamos, las razones que justifican la extensión de la aplicación del régimen especial de control y supervisión que se impone en relación con la gestión de la participación que una fundación ostente en una entidad de crédito, no juegan en la misma medida en relación con las medidas de organización y funcionamiento de las fundaciones bancarias, que están claramente inspiradas y vienen motivadas exclusivamente por la finalidad de someter a un régimen interno más estricto y rígido a las fundaciones procedentes de la transformación de una caja de ahorros.

III. Régimen básico de las fundaciones bancarias según la Ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias

A continuación ofrecemos un análisis preliminar de las principales medidas previstas para las fundaciones bancarias en la Ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias, aprobada definitivamente por el Congreso de los Diputados tras una tramitación legislativa bastante predecible en la que se han introducido escasas, aunque en algunos casos significativas, modificaciones en el texto del Proyecto de Ley presentado originalmente⁴⁴. El análisis se limita

⁴⁴ La nueva Ley trae su origen en el Anteproyecto de Ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias que fue aprobado por el Consejo de Ministros y sometido a un proceso de audiencia pública con fecha 21 de enero de 2013, originando el Proyecto de Ley que fue presentado al Congreso de los Diputados el pasado 11 de Junio de 2013 y calificado el 18 de junio, encomendándose su aprobación a la Comisión de Economía y Competitividad con competencia legislativa plena (BOCG de 21 de junio de 2013). Tras el trámite de presentación de enmiendas y rechazo por el Pleno del Congreso de las enmiendas a la totalidad (en sesión celebrada el 17 de octubre de 2013), el Proyecto de Ley fue aprobado por la Comisión de

a los aspectos esenciales relativos a la configuración, organización y funcionamiento de las fundaciones bancarias y a la gestión de su participación en una entidad de crédito, quedando al margen por tanto otras cuestiones abordadas por la Ley como el tratamiento fiscal de estas entidades.

Con carácter general debe señalarse que la regulación correspondiente a las fundaciones bancarias contenida en la LCAFB, tiene carácter de norma básica en tanto constituye desarrollo de competencias legislativas que la Constitución Española atribuye al Estado con carácter exclusivo, con excepción de la norma relativa al número máximo de miembros del patronato⁴⁵. En consecuencia, la eventual normativa adoptada por una Comunidad Autónoma únicamente podrá afectar al régimen previsto para las fundaciones bancarias en lo que respecta a alterar el número máximo de miembros de su patronato (aumentado o disminuyendo el límite o, incluso, suprimiendo dicho límite), sin perjuicio de la posibilidad de desarrollo del régimen legal⁴⁶.

Aun cuando la valoración del nuevo régimen solamente podrá realizarse tras el examen detenido de las diferentes disposiciones que lo componen, puede adelantarse que, en su conjunto, supone una importante clarificación y una mayor concreción y desarrollo de la regulación aplicable a estas entidades respecto al régimen incompleto y fragmentario previsto para sus predecesoras, las fundaciones de carácter especial, en el Real Decreto-Ley 11/2010. Los objetivos de política jurídica y, en particular, la finalidad de salvaguardar la solvencia de las entidades de crédito no son cuestionables, aunque sí sean discutibles algunas de las opciones normativas incorporadas a la nueva Ley. A su vez, el nuevo régimen, no obstante su vocación de resultar aplicable a todas las entidades de naturaleza fundacional que ostenten un

Economía y Competitividad del Congreso en sesión celebrada el 4 de noviembre de 2013 y remitido al Senado para continuar su tramitación legislativa (BOCG, Serie A, de 6 de noviembre de 2013 y BOCG Senado, núm. 260, de 7 de noviembre de 2013, pp. 37 y ss), resultando aprobado por el Pleno del Senado celebrado el 16 de diciembre. La aprobación definitiva se produjo en el Pleno del Congreso de los Diputados celebrado el pasado 19 de diciembre. A lo largo del proceso legislativo, los diferentes Grupos Parlamentarios realizaron un buen número de propuestas de modificación concretadas, al margen de las enmiendas a la totalidad y las propuestas de veto, en las 144 enmiendas presentadas en el Congreso de los Diputados y las 105 presentadas en el Senado.

⁴⁵ Cfr. la disposición final décima LCAFB, sobre las normas relativas a la composición del patronato de las fundaciones bancarias véase *infra* apartado 3.3.

⁴⁶ Por el momento (junio de 2014), ya se ha adoptado normativa autonómica sobre fundaciones bancarias, al menos, en dos casos (Ley Foral 2/2014, de 17 febrero por la que se Regula los órganos rectores de determinadas fundaciones de Navarra y Ley 2/2014, de 18 de febrero, de medidas financieras y administrativas de la Comunidad Autónoma de Extremadura).

determinado porcentaje del capital de una entidad de crédito, aparece excesivamente vinculado al supuesto de fundaciones que provengan de la transformación de una caja de ahorros, que constituye el verdadero *leitmotiv* de la creación de esta nueva clase de fundaciones y de su regulación. Junto a ello, la dudosa eficacia de algunas de las medidas previstas y, sobre todo, la cuestionable articulación técnica de otras, impiden una valoración global positiva de la norma en su conjunto.

1. *Concepto de fundación bancaria. En particular, el cómputo conjunto de las participaciones correspondientes a fundaciones que actúen concertadamente*

A tenor del artículo 32 LCAFB, se entenderá por fundación bancaria *«aquella que mantenga una participación en una entidad de crédito que alcance, de forma directa o indirecta, al menos, un 10% del capital o de los derechos de voto de la entidad, o que le permita nombrar o destituir algún miembro de su órgano de administración»*. La definición que se ofrece parte de la naturaleza fundacional de la entidad y se destina a determinar los requisitos a los que se vincula la atribución de la calificación de «bancaria» a una entidad que previamente tiene naturaleza de fundación. No obstante, la lectura del artículo 32 de la Ley plantea diversos interrogantes y dudas de interpretación que generan dificultades para su aplicación.

El concepto de fundación bancaria se vincula a la concurrencia de dos presupuestos distintos y alternativos: uno relativo a la composición del patrimonio de la fundación en el sentido de que dentro de éste ha de incluirse la titularidad de un porcentaje de, al menos, el 10% del capital social de una entidad de crédito y otro vinculado, en principio, a su poder de decisión en relación con la composición del órgano de administración de una entidad de crédito, aunque también este segundo presupuesto parece conectarse con la titularidad de un determinado porcentaje de capital de una entidad de crédito. Por lo que respecta al primero de los requisitos, exigencia de al menos un 10% del capital o de los derechos de voto de una entidad de crédito, la nueva Ley introduce un cambio sustantivo en relación con la normativa anterior dado que a tenor de ésta, el deber de transformación en fundación de carácter especial se vinculaba a los supuestos en los que una caja de ahorros (o el conjunto de cajas de ahorros que actuasen concertadamente bajo el esquema de un sistema institucional de protección) dejase de ostentar el control en los términos del artículo 42 C de C de la entidad de crédito o redujese su participación de modo que no alcanzase el 25% de los derechos

de voto de ésta⁴⁷. Es decir, la entrada en vigor de la nueva Ley supone el cambio de un sistema en el que la caracterización como fundación especial se vinculaba a la reducción del porcentaje de participación por debajo de cierto límite sin fijación de ningún umbral mínimo, a otro en el que se toma en consideración la superación de un determinado porcentaje del capital o de los derechos de voto en los que se divide el capital de una entidad de crédito, lo que es coherente con la nueva orientación de la regulación aplicable a las fundaciones que ostentan porcentajes de participación en entidades de crédito⁴⁸ y permite superar algunas incoherencias o disfunciones del régimen anterior⁴⁹.

No obstante, la fórmula finalmente utilizada en la LCAFB no está exenta por completo de inconvenientes. En este sentido, se entiende por fundación bancaria aquella que «mantenga» un determinado porcentaje del capital (o de los derechos de voto) de una entidad de crédito, pero no se concreta a qué se hace referencia con esa idea de «mantenimiento» de una participación ni tampoco si ello se vincula al transcurso de algún lapso temporal. Por lo que respecta a la primera cuestión, aunque la expresión utilizada podría entenderse referida no solo a titularidad sino también a gestión o administración de una participación, parece que la fórmula utilizada en la LCAFB pretende referirse únicamente a la titularidad de un porcentaje de participación como requisito para adquirir la condición de fundación bancaria.

Por su parte, en relación con la eventual necesidad de que deba transcurrir algún lapso temporal durante el cual fuese necesario ostentar la titulari-

⁴⁷ Cfr. Real Decreto-Ley 2/2012, de 3 de febrero.

⁴⁸ Como señalábamos anteriormente, la regulación que se propone contempla fundamentalmente el establecimiento de un régimen de organización, funcionamiento y gestión de su participación para aquellas fundaciones que ostenten un determinado porcentaje del capital de una entidad de crédito, frente a la normativa anterior que se centraba fundamentalmente en fijar los requisitos a partir de los cuales surge el deber de una caja de ahorros de transformarse en fundación de carácter especial.

⁴⁹ La vinculación de la aplicación de una normativa especial sobre organización y funcionamiento a ciertas fundaciones en atención a que hayan reducido su participación en el capital de una entidad de crédito por debajo de cierto umbral sin establecer un límite mínimo y contemplando únicamente aquellas que provienen de la previa transformación de una caja de ahorros, tal y como sucedía bajo la vigencia del régimen anterior, planteaba ciertas disfunciones; así, no era comprensible porqué dicho régimen no se aplicaba a otras entidades, también de naturaleza fundacional, que podían tener porcentajes de capital significativos en una entidad de crédito pero que no provenían de la transformación de una caja de ahorros; ni tampoco porqué debía aplicarse un régimen especial de organización, funcionamiento y control a una fundación que, aunque procediese de la transformación de una caja de ahorros, podía tener un porcentaje insignificante del capital de una entidad de crédito y carecer por completo de cualquier influencia en la gestión de la misma.

dad de la participación, nada se indica en la Ley. El término «*mantenimiento*» hace referencia a una cierta continuidad o permanencia en la titularidad del porcentaje de participación requerido si bien, en tanto no se establece ningún requisito a este respecto, en principio habrá que entender que la condición de fundación bancaria se ostenta mientras se conserve la titularidad del porcentaje de participación determinado, es decir, que se adquirirá cuando el porcentaje de participación supere el umbral establecido y se perderá inmediatamente después de que la participación quede reducida a un porcentaje inferior. A este respecto, sin embargo, la LCAFB no ha previsto el procedimiento para la transformación de una fundación bancaria en una fundación ordinaria como consecuencia de la reducción del porcentaje de capital en la entidad de crédito por debajo del umbral establecido. Y esta cuestión tiene su importancia dado que la calificación como fundación bancaria conlleva una serie de consecuencias que afectan incluso al organismo responsable del control y supervisión de estas entidades⁵⁰ lo cual exigiría, al menos, que la pérdida de la titularidad del porcentaje de capital requerido fuese comunicada a los órganos competentes⁵¹. Hubiese sido por ello conveniente la previsión de márgenes temporales, particularmente para la adquisición de la condición de fundación bancaria, que permitiesen atender las situaciones en las que una fundación no bancaria haya podido adquirir un porcentaje de capital de una entidad de crédito que supere el umbral previsto en la Ley pero de manera únicamente transitoria o provisional⁵², en términos parecidos a los previstos en relación con las fundaciones que a la entrada en vigor de la

⁵⁰ En este sentido, por ejemplo, el protectorado de las fundaciones bancarias cuyo ámbito de actuación principal exceda el de una Comunidad Autónoma, corresponde al Ministerio de Economía y Competitividad, sin perjuicio de las facultades que se atribuyen al Banco de España fundamentalmente en relación con la gestión de la participación en el capital de la entidad de crédito (art. 45 LCAFB). De esta cuestión, que ha sido objeto de reforma muy recientemente, nos ocupamos posteriormente.

⁵¹ A su vez, el no cumplimiento de los requisitos a los que se vincula la calificación como fundación bancaria implicaría que la fundación no se vería obligada a cumplir las normas especiales establecidas en la LCAFB, tanto las relativas a la gestión de su participación en entidades de crédito como las relativas a la organización y funcionamiento de la entidad. Ello autorizaría a la fundación a modificar sus estatutos y alterar la composición de sus órganos de gobierno en el marco permitido por la normativa general de fundaciones; aunque, obviamente, también podría mantenerse el mismo marco estatutario en tanto éste se ajuste a las normas generales aplicables a las fundaciones ordinarias.

⁵² Tal y como se establece en el relación con el cumplimiento de ciertas obligaciones vinculadas a la adquisición de un determinado porcentaje del capital de una sociedad (cfr. en relación con la obligación de formular una oferta pública de adquisición de acciones por toma de control, el art. 7 RD 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores).

nueva Ley reúnan los requisitos previstos para ser calificadas fundaciones bancarias⁵³.

El segundo de los presupuestos mencionados en el artículo 32 LCAFB presenta en principio mayores dificultades de interpretación. En este sentido, se atribuye la condición de fundación bancaria a cualquier fundación que ostente una participación en el capital de una entidad de crédito, cualquiera que sea el porcentaje que la misma represente respecto del capital social o de los derechos de voto de la misma, siempre que «*le permita nombrar o destituir algún miembro de su órgano de administración*». A tenor de la redacción final de la Ley, por tanto, para la calificación como bancaria resulta indiferente que la fundación haya ejercido efectivamente su derecho y procedido al nombramiento o destitución de uno o varios de los miembros del consejo de administración de la entidad de crédito, dado que dicha calificación se vincula exclusivamente a la posibilidad de proceder al nombramiento o destitución de algún miembro del órgano de administración. Ello significa, por tanto, que según el criterio legal podría atribuirse la condición de bancaria a una fundación que, teniendo un porcentaje que permita designar un administrador, sin embargo no haya podido hacer uso de esta posibilidad, por ejemplo, por no existir vacantes en el órgano de administración de la entidad de crédito⁵⁴.

A este respecto, como es sabido, el nombramiento y destitución de los administradores de una sociedad anónima, sea o no bancaria, corresponde con carácter general a la Junta General que adoptará el acuerdo correspondiente por la concurrencia de la voluntad mayoritaria de sus socios (art. 214 de la Ley de Sociedades de Capital —en adelante, LSC—). Este principio de competencia a favor de la Junta General en relación con el nombramiento de administradores únicamente encuentra dos excepciones en el supuesto de que el órgano de administración se organice bajo la forma de Consejo de

⁵³ En este sentido, la disposición adicional primera, apartado 2, determina que las fundaciones que a la entrada en vigor de la Ley mantengan una participación en una entidad de crédito que permita calificarla como bancaria «*solo se transformarán en fundaciones bancarias en el caso de que incrementen su participación en la entidad de crédito y en el plazo de seis meses computados desde la fecha en que se produzca este incremento*». Como puede observarse, se ofrece un período transitorio de seis meses durante los cuales, a pesar de haber incrementado la participación, no se impone la obligación de transformarse en fundaciones bancarias. Posteriormente analizamos el significado y alcance de esta disposición.

⁵⁴ Lo cual conllevaría en todo caso la obligación de proceder al cumplimiento de las normas relativas a la organización y funcionamiento interno de la entidad y a la gestión de su participación en la entidad de crédito impuestas en la LCAFB, desde el momento en el que se disfrute de la posibilidad de proceder al nombramiento o destitución de un miembro del órgano de administración de ésta.

Administración: el nombramiento por cooptación realizado por acuerdo adoptado por el propio Consejo y el nombramiento por la minoría a través del sistema de representación proporcional⁵⁵. Por su parte, respecto a la destitución o cese de administradores no se establece ninguna excepción a la competencia de la Junta General, por lo que únicamente podrán proceder a la destitución de administradores los socios que representen el porcentaje de capital con derecho de voto necesario para la adopción del correspondiente acuerdo por la junta general⁵⁶.

A la vista de ello puede afirmarse que en una sociedad anónima todo socio con derecho de voto, sea cual sea el porcentaje de capital social que ostente, tiene la posibilidad de proceder al nombramiento o destitución de los miembros del órgano de administración, aunque para ello deba contar con la voluntad de otros socios. La norma prevista en el artículo 32 LCAFB no puede entenderse, por tanto, en sentido literal sino que será necesario interpretar que lo que se pretende es vincular la condición de fundación bancaria a la titularidad de un porcentaje de capital (o de derechos de voto) que permita proceder de forma autónoma e independiente al nombramiento o separación de, al menos, un miembro del órgano de administración, posibilidad que en principio se plantea únicamente en los supuestos en los cuales se ostenta un porcentaje de capital suficiente para ejercer el derecho a la designación de administradores por el sistema de representación proporcional previsto en el artículo 243 LSC⁵⁷. En este sentido, como hemos señalado, el artículo 32 de la nueva Ley no vincula la calificación como fundación bancaria separadamente a la titularidad de un porcentaje de capital de, al menos, el 10% del capital social de una entidad de crédito, de un lado, y a la posibilidad de nombrar o separar a algún miembro de su órgano de administración, de otro, sino a la titularidad de un porcentaje de capital que o bien alcance, al menos, el 10% del capital social de una entidad de crédito o bien permita el nombramiento o separación de algún miembro de su órgano de administración. Es decir, la posibilidad de proceder al nombramiento o

⁵⁵ Cfr. los artículos 214, 243 y 244 Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC).

⁵⁶ Ya sea directo (acuerdo de cese o separación de un administrador) o indirecto (por ejemplo, acuerdo de promover la acción social de responsabilidad contra un administrador, que conlleva su destitución o cese —art. 238.3 LSC—). Por esta razón, la vinculación de la calificación como fundación bancaria a la posibilidad de «destituir» a algún miembro del órgano de administración de la entidad de crédito dominada resulta ciertamente extraña y difícilmente comprensible.

⁵⁷ Como es sabido, a tenor del artículo 243 LSC, los socios que ostenten «una cifra del capital social igual o superior a la que resulte de dividir este último por el número de componentes del Consejo, tendrán derecho a designar los que, superando fracciones enteras, se deduzcan de la correspondiente proporción».

separación de algún miembro del órgano de administración como presupuesto para la calificación como fundación bancaria, ha de derivar del porcentaje del capital social (o de los derechos de voto) de una entidad de crédito ostentado por la fundación, lo que parece conducir únicamente a los casos en los que la fundación pueda proceder al nombramiento de un administrador en aplicación del sistema de representación proporcional⁵⁸.

De haber sido ésta la voluntad del legislador, quedarían al margen otras posibilidades en virtud de las cuales la fundación puede disfrutar de la posibilidad de proceder al nombramiento de algún miembro del órgano de administración de una entidad de crédito en tanto dicha circunstancia sería únicamente relevante cuando la misma se vinculase a la titularidad de un determinado porcentaje del capital social. Ello conduciría a no atribuir la condición de fundación bancaria, por ejemplo, a una fundación que ostentase un porcentaje de capital (o de derechos de voto) en una entidad de crédito insuficiente por sí solo para proceder al nombramiento o destitución de un miembro de su Consejo de Administración pero que se agrupase con otros accionistas hasta superar el porcentaje mínimo que permitiese el nombramiento de consejeros por el sistema de representación proporcional, o los casos en los que la posibilidad de proceder al nombramiento de un administrador derive de los compromisos asumidos en un pacto parasocial suscrito con otros accionistas y no del porcentaje de capital que ostente⁵⁹.

Este problema no se habría planteado si la formulación del concepto legal de fundación bancaria se hubiese vinculado a la titularidad de una participación significativa en el capital de una entidad de crédito, según los términos en los que ésta se define y computa en la normativa correspon-

⁵⁸ Esta interpretación se hubiese visto reforzada de haberse aprobado la enmienda núm.36 presentada en el Congreso de los Diputados al Proyecto de Ley, en la que se proponía concretar que la posibilidad de nombrar un administrador derivase de los derechos de voto de los que fuese titular la fundación (se proponía así la modificación del precepto introduciendo «o que le permita nombrar, mediante los derechos de voto de los que sea titular...»). La justificación de esta enmienda señalaba la finalidad de acomodar la redacción propuesta a supuestos análogos previstos en el artículo 42 del C de C.

⁵⁹ Esta deficiencia se hubiese corregido de haberse aprobado alguna de las enmiendas presentadas al Proyecto de Ley que proponía modificar el contenido del artículo 32 para añadir que, a efectos del cómputo de la participación que da lugar a la calificación como fundación bancaria, han de tomarse en consideración el porcentaje de capital (o de derechos de voto) que la entidad ostente «por sí sola o actuando de forma concertada con otras personas físicas o jurídicas» (enmienda núm. 132, presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados que, a pesar de provenir del grupo que ostenta la mayoría parlamentaria en ambas Cámaras, no fue aprobada dado que fue retirada en la reunión de la Comisión de Economía y Competitividad que aprobó el Proyecto de Ley —DS del Congreso de los Diputados, de 30 de octubre de 2013, p. 15—).

diente⁶⁰. No obstante, esta situación parece resolverse, al menos parcialmente y aun cuando sea de manera indirecta y asistemática, a través de la norma contenida en el artículo 43, apartado 2, LCAFB. En virtud de esta disposición, incluida en un precepto destinado a establecer las reglas que las fundaciones bancarias deben observar en la gestión de su participación en la entidad de crédito, «*a los efectos de este título, se entenderá como única participación la de todas las fundaciones, ordinarias o bancarias, que actúen de forma concertada en una misma entidad de crédito*»⁶¹. A tenor de esta norma, por tanto, parece que, en principio, si una fundación actúa concertadamente con otra u otras fundaciones en una misma entidad de crédito de modo que el porcentaje de capital de todas ellas supera el umbral mínimo del 10% del capital de dicha entidad o, cualquier que sea dicho porcentaje, les permite el nombramiento o destitución de al menos un miembro del órgano de administración, habría que calificar como bancarias a todas las fundaciones que actúen concertadamente. Esta interpretación, sin embargo, es dudosa dado que la propia disposición contempla el caso de actuación concertada con otras fundaciones «*ordinarias o bancarias*», lo cual pone de manifiesto que el legislador contempla la posibilidad de que una fundación pueda mantener su condición de fundación ordinaria (y, por tanto, no adquiriera la condición de fundación bancaria) a pesar de actuar concertadamente con otras fundaciones en relación con la gestión de su participación en una misma entidad de crédito y computarse como una única participación las correspondientes a todas las fundaciones que actúan concertadamente⁶².

⁶⁰ Cfr. el artículo 56 Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, tras la reforma realizada a través de la Ley 5/2009, y su normativa de desarrollo. De hecho, la justificación que la enmienda a que nos referimos en la nota anterior, en cuya virtud se perseguía aplicar «*analógicamente, el régimen de cómputo y definición de las participaciones significativas en entidades de crédito*», proporcionaba el criterio que debería haber inspirado la formulación legal del concepto de fundación bancaria.

⁶¹ Esta norma se contenía ya en el artículo 47.2 del Anteproyecto de LCAFB; sin embargo, en el Proyecto de Ley inicialmente presentado al Congreso de los Diputados y en el texto de éste aprobado por la Comisión de Economía y Competitividad del Congreso, el cómputo conjunto de las participaciones correspondientes a fundaciones que actuasen concertadamente se limitaba a los únicos efectos de aplicación de las normas contenidas en el Capítulo IV del Título II LCAFB (el art. 43.2 del Proyecto de Ley comenzaba señalando que «*a los efectos de este Capítulo...*»). Sólo la aprobación de la enmienda núm. 97 presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Senado, implicó la sustitución de la referencia al «Capítulo» por la de «Título», con lo que el cómputo conjunto de las participaciones debe aplicarse ahora en relación con la totalidad de las normas que regulan las fundaciones bancarias.

⁶² En esta misma idea incide el artículo 49 LCAFB, destinado a determinar el régimen fiscal aplicable a las fundaciones bancarias, cuyo apartado 2 dispone «*las fundaciones, ordinarias o bancarias, que actúen de forma concertada en una misma entidad de crédito ...*» lo que parece

Se plantea así, en consecuencia, una significativa duda interpretativa sobre el alcance de la norma contenida en el artículo 43.2 LCAFB. Su fundamento original derivado de la voluntad de aplicar a todas las fundaciones, ordinarias o bancarias, que actúen conjuntamente un mismo régimen jurídico en relación con la gestión de su participación en una entidad de crédito, no parece cuestionable. Pero la norma finalmente incorporada a la Ley es más ambiciosa dado que determina la aplicación al conjunto de fundaciones que actúan concertadamente de todas las disposiciones aplicables a las fundaciones bancarias, incluidas por tanto también las relativas a la atribución de la condición de tal⁶³. De este modo, es dudoso si una fundación ordinaria que actúa concertadamente con una fundación bancaria o con otras fundaciones ordinarias, de manera que la suma de la participación ostentada por todas ellas en el capital de la entidad de crédito supere el umbral de participación previsto en el artículo 32 LCAFB, deberá transformarse en fundación bancaria y cumplir por ello, no sólo las normas relativas a la gestión de su participación en la entidad de crédito, sino también las relativas a la organización y funcionamiento de la propia fundación. Y la cuestión es trascendente dado que esta situación puede producirse en varios casos pues, como consecuencia de las fórmulas de colaboración utilizadas por las cajas de ahorros para la gestión de su actividad financiera con carácter previo a su transformación en fundaciones de carácter especial, no es infrecuente que en el capital de las entidades de crédito que resultaron beneficiarias de la segregación de sus respectivos negocios financieros, participen varias fundaciones que actúan concertadamente y que, en la medida en que no ostentan individualmente el porcentaje de capital exigido, en principio no vendrían obligadas a transformarse en fundaciones bancarias sino en fundaciones ordinarias⁶⁴. Aten-

presuponer la posibilidad de que fundaciones ordinarias actúen concertadamente con fundaciones bancarias manteniendo dicha condición.

⁶³ En este sentido, la fundamentación que acompaña a la enmienda núm. 97, presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Senado, hace referencia expresa a esta cuestión al señalar que «el supuesto de actuación concertada de varias fundaciones en una entidad bancaria debe ser considerado no sólo a efectos de la elaboración de un protocolo de gestión de la participación financiera, sino en general con respecto a todas las disposiciones relativas a la condición de fundación bancaria y los requerimientos que de la misma se deriven». Debe advertirse que la referencia al «Capítulo» que contenía el artículo 43.2 del Proyecto de Ley antes de la aprobación de dicha enmienda, no determinaba únicamente la aplicación de las normas relativas a la elaboración de un protocolo de gestión (así hubiese sido si en lugar de «Capítulo» se hubiese hecho referencia a «artículo») sino también de las normas relativas a la elaboración de un plan financiero, dotación de un fondo de reserva y el resto de medidas previstas en relación con la gestión de la participación en la entidad de crédito.

⁶⁴ Es el caso, por ejemplo, de las cajas de ahorros que integraron el sistema institucional de protección de Banca Cívica y ahora participan en el capital social de Caixabank, o el de

diendo a su fundamentación y por tanto a su finalidad político-jurídica, parece que la norma deberá interpretarse en el sentido de que todas las fundaciones que participen en el capital de una entidad de crédito y actúen concertadamente en relación con la gestión de su participación en ésta, deberán transformarse en fundaciones bancarias si el conjunto de participaciones ostentadas por todas ellas supera los umbrales previstos en el artículo 32 LCAFB. No obstante, ello no resuelve la situación cuando una fundación actúe concertadamente con otros socios de la entidad de crédito que no ostenten naturaleza fundacional y cuya participación en el capital de ésta, por tanto, no se computaría conjuntamente con el que ostente aquélla.

Con todo, no es éste sin embargo ni el único ni probablemente el principal problema interpretativo que plantea el artículo 43.2 LCAFB. Junto a ello se plantea también el problema de definir qué ha de entenderse por «*actuación de forma concertada en una misma entidad de crédito*» a los efectos de aplicación de esta norma. En principio, parece que la norma no se refiere exclusivamente a los supuestos de ejercicio conjunto o compartido del control de la entidad de crédito (dado que no en todos los casos las fundaciones que actúen concertadamente ostentarán el control de la entidad de crédito) sino, de manera más general, a una coordinación de la actuación de dos o más fundaciones en relación con la gestión de su participación en la entidad de crédito derivada de un acuerdo entre ambas. Pero, ¿qué alcance o contenido ha de tener el acuerdo que vincule a dos o más fundaciones para que podamos considerar que éstas actúan de forma concertada en la entidad de crédito? Sin perjuicio de la dificultad de la cuestión, consideramos que, a estos efectos, por «*actuación concertada*» debe entenderse aquella que deriva de un acuerdo o convenio suscrito por las fundaciones en virtud del cual se regula el ejercicio del derecho de voto que corresponde a cada una de ellas en la Junta General de la entidad de crédito⁶⁵.

las cajas de ahorros que segregaron su negocio financiero a favor de Banco Cajatres y que, finalmente, han devenido accionistas de Ibercaja Banco.

⁶⁵ Esta definición se inspira en la delimitación de los pactos parasociales que deben ser objeto de publicidad a tenor de los artículos 530 y ss. LSC (en concreto, el art. 530 LSC, se refiere a los pactos que «*incluyan la regulación del derecho de voto en las Juntas Generales o que restrinjan o condicionen la libre transmisibilidad de las acciones*»). A este respecto, debemos tomar en consideración que, en no pocos casos, las entidades de crédito participadas son Sociedades Anónimas cotizadas en relación con las cuales entra en juego, por tanto, la aplicación de dicha regulación. En relación con ello, sin embargo, entendemos que no bastaría únicamente con un acuerdo que previese restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones dado que ello, en rigor, en tanto deje libertad para la determinación del sentido de ejercicio del derecho de voto, no puede considerarse como un mecanismo de actuación coordinada o concertada en la entidad de crédito. En cambio, un acuerdo que únicamente contemplase el

Finalmente, en relación con la delimitación del concepto de fundación bancaria debe también tomarse en consideración la norma contenida en la disposición adicional primera, apartado 2, LCAFB en cuya virtud «*las fundaciones que a la entrada en vigor de esta ley mantengan una participación en una entidad de crédito que alcance los niveles previstos en el artículo 32, solo se transformarán en fundaciones bancarias en el caso de que incrementen su participación en la entidad de crédito*». Es decir, a tenor de esta disposición, podrán existir fundaciones que ostenten porcentajes de capital en una entidad de crédito superiores al 10% o que les permita el nombramiento o destitución de un miembro del órgano de administración y que, sin embargo, no serán calificadas como fundaciones bancarias y, en consecuencia, no se verán sometidas a las reglas especiales previstas en la nueva Ley⁶⁶. Esta medida se refiere exclusivamente a las fundaciones ordinarias que, por tanto, no provienen de la previa transformación de una caja de ahorros, tratando así de reducir en la medida de lo posible el impacto que la aprobación de la Ley tendrá sobre su estructura y organización⁶⁷. En todo caso, esta norma plantea también problemas de coordinación con la establecida en el artículo 43.2 LCAFB que analizábamos anteriormente, resultando discutible si las fundaciones ordinarias a que se refiere la disposición adicional primera deberán transformarse en fundaciones bancarias cuando, sin aumentar el porcentaje de participación que

compromiso de acordar previamente el sentido de ejercicio del derecho de voto que corresponde a las entidades firmantes en la entidad de crédito, sí permitiría apreciar «actuación concertada», aunque dejase libertad a éstas para transmitir sus acciones o para adquirir otras que no queden sometidas a los compromisos asumidos en el pacto. En suma, en nuestra opinión, el elemento determinante para que exista actuación concertada debe ser que las fundaciones firmantes pierdan su autonomía para decidir el sentido de ejercicio del derecho de voto derivado de las acciones que ostenten en la entidad de crédito. La cuestión que se plantea a continuación es si debe ser en relación con cualquier asunto o materia que se plantee en la Junta General de la entidad de crédito o deberíamos identificar un núcleo mínimo de asuntos. En principio, nos inclinamos por considerar que valdría cualquier tipo de convenio sobre la determinación del sentido de ejercicio del derecho de voto sin que sea necesario que se concreten algunos asuntos en particular.

⁶⁶ El Grupo Parlamentario de Unión, Progreso y Democracia presentó en el Congreso de los Diputados una enmienda de supresión de este apartado 2 disposición adicional primera, con la justificación de que, de mantenerse el mismo, «el nuevo modelo sólo se aplicará en casos excepcionales y, en la práctica, seguirá predominando el anterior» (enmienda núm. 85), que fue finalmente rechazada.

⁶⁷ Como hemos señalado *supra*, según la normativa anteriormente vigente las cajas de ahorros que redujesen su participación en el capital de una entidad de crédito por debajo de cierto umbral, debían transformarse en fundaciones de carácter especial y, para éstas, el apartado 1 de la propia disposición adicional primera de la Ley ya prevé la transformación obligatoria en fundación bancaria si se cumplen los requisitos a los que se vincula dicha calificación.

ostentasen en el momento de entrada en vigor de la nueva Ley, alcancen acuerdos con otras fundaciones, ordinarias o bancarias, en cuya virtud pueda entenderse que existe una actuación concertada en la gestión de sus respectivas participaciones en el capital de la entidad de crédito, cuestión que, en principio, parece que debería resolverse afirmativamente⁶⁸.

2. *Caracterización de las fundaciones bancarias.*

El deber de transformación en fundación bancaria

A) *Caracterización de las fundaciones bancarias: fines, objeto y naturaleza*

El propio artículo 32 LCAFB, que contiene los requisitos para atribuir a una fundación la cualidad de «bancaria», establece también algunos elementos de caracterización en los que, de nuevo, vuelve a reflejarse la atención preferente a las fundaciones bancarias que son resultados de la transformación de una caja de ahorros. En este sentido, el apartado 2 de dicho precepto determina que la fundación bancaria «*tendrá finalidad social y orientará su actividad principal a la atención y desarrollo de la obra social y a la adecuada gestión de su participación en una entidad de crédito*»⁶⁹. Esta medida se comprende en relación con fundaciones bancarias que provengan de la transformación de una caja de ahorros, cuyo fin de interés general en tanto entidades de naturaleza fundacional viene constituido precisamente por el desarrollo de la llamada «obra benéfico-social»⁷⁰, pero carece por completo de sentido si tomamos en

⁶⁸ En este sentido, aun cuando en rigor no exista un aumento de la participación que ostentaba la fundación en el capital de la entidad de crédito, la obligación de cómputo conjunto de las participaciones correspondientes a todas las fundaciones que actúen concertadamente que impone el artículo 43.2 LCAFB, parece determinar que todas las fundaciones implicadas deban proceder a su transformación en fundaciones bancarias.

⁶⁹ También el artículo 45 LCAFB, relativo a la determinación de los órganos que realizarán las funciones de control y supervisión correspondientes al protectorado, establece que, en los casos en los que dichas funciones sean asumidas por el Ministerio de Economía y Competitividad, éste recabará un informe previo de las Comunidades Autónomas «*en las que la fundación bancaria desarrolle su obra social*», precisión que se mantendrá también de aprobarse definitivamente la modificación del artículo 45 como consecuencia de la aprobación de la Ley de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito (el nuevo art. 45.4, apartados b y c, de la Ley contienen esa referencia a la Comunidad Autónoma en la que la fundación bancaria desarrolle su obra social, lo cual pone de manifiesto que se toma en consideración únicamente las fundaciones que tienen su origen en la transformación de una caja de ahorros).

⁷⁰ A tenor del artículo 22 del RD 2290/1977, de 27 de agosto (incluido en su Capítulo II que no fue derogado por la Ley 31/1985, de 2 de agosto, sobre órganos rectores de las cajas de ahorros), por el que se regulan los órganos de gobierno y las funciones de las cajas de ahorros, estas entidades han de destinar sus excedentes a reservas o a la financiación de

consideración fundaciones bancarias que no tienen ese origen. Así, no se entiende por qué estas fundaciones deben orientar su actividad principal «a la atención y desarrollo de la obra social», que obviamente hace referencia a la finalidad benéfico-social para cuya consecución se constituían las cajas de ahorros, pues, como cualquier otra fundación, deberá orientar su actividad a la consecución de sus propios fines que puede ser el desarrollo de cualquier fin de interés general en los términos previstos en el artículo 3 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones (LF)⁷¹. La cuestión tiene trascendencia dado que el fin fundacional constituye elemento causal del negocio constitutivo de estas entidades y resulta determinante de aspectos sustantivos de su régimen jurídico⁷². En todo caso, la redacción del artículo 32.2 LCAFB, en tanto se refiere únicamente a la «*actividad principal*» sin excluir ni limitar la posibilidad de realizar otras actividades, permite considerar que las fundaciones bancarias, incluso aquellas que provengan de la transformación de una caja de ahorros, podrán dedicarse no solo al desarrollo de la obra

«obras benéfico-sociales propias o en colaboración, de modo que las mismas se orienten hacia la sanidad pública, la investigación, enseñanza y cultura o los servicios de asistencia social y que los beneficios de ellas derivados se extiendan especialmente al ámbito regional de actuación de la caja». Vid., también, el artículo 6.1 RDL 11/2010 que, como hemos señalado, por referencia a la actividad de las fundaciones de carácter especial que son fruto de la transformación de una caja de ahorros, establecía que se ocuparán «*de la atención y desarrollo de su obra benéfico-social*», precepto que claramente ha servido de inspiración para la redacción del mencionado artículo 32.2 LCAFB.

⁷¹ Sobre los fines de interés general que pueden ser perseguidos por una fundación *vid.* entre otros, GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., «Objeto y alcance de la Ley de fundaciones. Concepto de fundación. Fines y beneficiarios. Aplicación de la Ley y figuras especiales», en MUÑOZ MACHADO, S., CRUZ AMORÓS, M. y DE LORENZO GARCÍA, R. (dirs.), *Comentarios a las Leyes de fundaciones y de mecenazgo*, Madrid, 2005, pp. 9 y ss.; GONZÁLEZ CUETO, T., «Concepto de fundación», en BENEYTO PÉREZ, J. M.^a (dir.), *Tratado de Fundaciones*, Barcelona, 2007, pp. 146 y ss.; VERDERA SERVER, R., en OLAVARRÍA IGLESIAS, J. (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Valencia, 2008, pp. 111 y ss.; GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J. y PINEDO GARCÍA, F., «Consideraciones en torno al concepto y ámbito de aplicación», en DE LORENZO, R., PIÑAR, J. L. y SANJURJO, T. (dirs.), *Tratado de Fundaciones*, Pamplona, 2010, pp. 117-156;

⁷² Así, entre otros aspectos, los fines fundacionales delimitan la actuación del patronato en tanto éste estará obligado a cumplirlos (art. 14.2 LF) por lo que una actuación contraria a los mismos puede generar la responsabilidad de sus miembros (art. 17.2 LF); a su vez, predetermina el destino del patrimonio y sus rentas (a tenor del art. 23 LF, las fundaciones vienen obligadas a destinar efectivamente el patrimonio y sus rentas al cumplimiento de sus fines fundacionales) y dota de un régimen especial a la transmisión y gravamen de los elementos patrimoniales adscritos al cumplimiento de los fines fundacionales (art. 21 LF); e igualmente afecta a la propia existencia de la fundación, en tanto su cumplimiento o la imposibilidad de cumplimiento determina la extinción de ésta (art. 31 LF). Desde el punto de vista del control y supervisión de las actividades de las fundaciones, el protectorado ha de velar por el efectivo cumplimiento de los fines fundacionales (art. 35 LF) y se configura como causa de intervención temporal de la fundación la «*desviación grave entre los fines fundacionales y la actividad realizada*» (art. 42.1 LF).

benéfico-social y a la gestión de la participación en la entidad de crédito, sino también a otras actividades y fines⁷³ sin más límites que los existentes con carácter general para las fundaciones⁷⁴.

Más allá de esta cuestión, las fundaciones bancarias se configuran como fundaciones especiales a las que, en consecuencia, se aplica el régimen general de fundaciones salvo en lo expresamente previsto en su normativa específica. Así se desprende del artículo 33 LCAFB que se remite, con carácter supletorio, no a la normativa general de fundaciones como hacía el artículo 38 del Anteproyecto, sino específicamente bien a la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, general de fundaciones (LF) bien a la normativa autonómica que resulte de aplicación⁷⁵, por contraste a lo previsto en relación con las cajas de ahorros⁷⁶. La singularidad de las fundaciones bancarias que determina su configuración como fundaciones especiales radica en que de su patri-

⁷³ Frente a esta opción, el anterior RDL 11/2010 determinaba que las fundaciones de carácter especial *«centrarán su actividad en la atención y desarrollo de su obra benéfico-social, para lo cual llevarán a cabo la gestión de su cartera de valores»*, a lo que se añadía que *«auxiliariamente, podrá llevar a cabo la actividad de fomento de la educación financiera»* (art. 6, apartado 1, RDL 11/2010), lo cual parecía limitar el ámbito de actuación de estas fundaciones. Por lo que respecta al catálogo de posibles fines y a las limitaciones que con carácter general se imponen a la actividad de las fundaciones, véase el artículo 3 LF.

⁷⁴ No obstante, se flexibilizan también algunas de las normas aplicables con carácter general a las fundaciones en relación con el desarrollo de sus actividades. Así, a tenor de lo previsto en la disposición adicional tercera LCAFB, las fundaciones bancarias no están sujetas a los límites establecidos en el artículo 27 LF, que se refieren al porcentaje de los resultados que deben ser destinados al cumplimiento de los fines fundacionales y los criterios para el cálculo de los ingresos y los gastos (en concreto, a tenor de esta norma no aplicable a las fundaciones bancarias, las fundaciones deben destinar a la realización de los fines fundacionales el 70%, al menos, de los resultados de las explotaciones económicas que desarrollen y de los ingresos que obtengan por cualquier concepto, deducidos los gastos realizados para la obtención de tales resultados o ingresos, debiendo destinar el resto a incrementar bien la dotación o bien las reservas según determine su patronato).

⁷⁵ La aprobación de la enmienda núm. 38 presentada en el Congreso de los Diputados supuso la inclusión en este precepto de la referencia a la aplicación de la normativa autonómica sobre fundaciones que no constaba en el texto del Proyecto de Ley y que suscitaba un importante conflicto en relación con la distribución de competencias entre el Estado y las CCAA para la regulación de las fundaciones. Según el texto original del Proyecto de Ley parecía determinarse que las fundaciones bancarias se regirían supletoriamente en todo caso por la normativa estatal de fundaciones, con independencia por tanto de que en el territorio concreto en el que tuviesen situado su domicilio social existiese también una normativa autonómica sobre fundaciones.

⁷⁶ Efectivamente, a pesar de que el artículo 2.1 LCAFB atribuye carácter fundacional a las cajas de ahorros (*«las cajas de ahorros son entidades de crédito de carácter fundacional y finalidad social...»*), el apartado 3 de ese mismo precepto establece como normativa supletoria, al margen de la normativa autonómica sobre cajas de ahorros, lo dispuesto no en la LF sino en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC).

monio forma parte un determinado porcentaje del capital social de una entidad bancaria, que permite considerar que están implicadas de algún modo en su gestión. A este respecto debe subrayarse que la posibilidad de que una fundación participe en el capital de sociedades mercantiles ya se contempla en la vigente normativa general sobre fundaciones como medio para participar en cualquier actividad económica, sin que ello constituya motivo de aplicación de un régimen especial al margen del cumplimiento de algunos deberes específicos⁷⁷. Lo sustantivo en el supuesto de las fundaciones bancarias es que la participación es en el capital social de una entidad de crédito y, además, que el mismo alcanza un determinado volumen de modo que permite ejercer una cierta influencia en la gestión de ésta que puede llegar a ser determinante o de control. Es precisamente esta posibilidad de influencia en la gestión de una entidad de crédito la que justifica la aplicación de un régimen especial aunque, como hemos señalado anteriormente, en relación con las medidas previstas en la nueva Ley, se unen otros fines de política jurídica.

Conviene subrayar que la titularidad de un porcentaje del capital social de una sociedad mercantil no puede entenderse sin más como ejercicio indirecto de una actividad empresarial dado que ésta, en todo caso, será desarrollada por la sociedad mercantil y, en ningún caso, por el socio o socios titulares de las acciones o participaciones en las que se divida su capital social. Únicamente cuando el socio ostente el control de la sociedad puede admitirse que existe cierta aproximación al ejercicio indirecto de una actividad empresarial⁷⁸. En todo caso, frente a las cajas de ahorros cuya caracterización

⁷⁷ En este sentido, el artículo 24.2 LF determina que «*las fundaciones podrán participar en sociedades mercantiles en las que no se responda personalmente de las deudas sociales*» debiendo, en el caso de dicha participación sea mayoritaria, «*dar cuenta al Protectorado en cuanto dicha circunstancia se produzca*». Por su parte, respecto a la participación en sociedades mercantiles en las que deba responder personalmente de las deudas sociales, se establece que «*deberá enajenar dicha participación salvo que, en el plazo máximo de un año, se produzca la transformación de tales sociedades en otras en las que quede limitada la responsabilidad de la fundación*» (art. 24.3 LF). En general, el régimen contenido en la LF en relación con el ejercicio directo o indirecto de actividades económicas o empresariales por una fundación, no contempla con rigor y el debido detalle todas las distintas posibilidades que cabe plantear ni tampoco afronta con precisión los múltiples problemas que en estos casos pueden originarse (*vid.*, por todos, EMBID IRUJO, J. M., «Funcionamiento y actividad de la fundación...», cit., pp. 400 y ss).

⁷⁸ En estos casos aplicados al supuesto de fundaciones, la doctrina ha acuñado la expresión «fundación con empresa» (*vid.*, entre otros, EMBID IRUJO, J. M., «Funcionamiento y actividad de la fundación...», cit., p. 401) aunque, como también ha señalado otro sector de la doctrina, dicha denominación no sea suficientemente delimitadora frente a aquellos otros supuestos en los que la fundación es titular jurídica inmediata de la actividad empresarial (fundación-empresa), en los que también cabría utilizar dicha expresión (*vid.* PÉREZ ESCOLAR,

como fundaciones-empresa es aceptada sin discrepancias por la doctrina⁷⁹, las fundaciones bancarias por el simple hecho de ostentar un porcentaje de capital en una entidad de crédito no pueden caracterizarse como fundaciones-empresa, ni dotacionales ni fundacionales, dado que en sentido propio no desarrollan una actividad empresarial en nombre propio, en tanto el ejercicio de los derechos correspondientes a las participaciones que ostente en el capital social de una entidad de crédito, no constituye una actividad económica empresarial sino exclusivamente un acto de gestión del patrimonio fundacional⁸⁰. A su vez, como veremos posteriormente, en la LCAFB se adoptan determinadas medidas dirigidas a alejar a los gestores de la fundación bancaria de la gestión de la entidad de crédito en cuyo capital participan, lo que también dificulta que con carácter general pueda considerarse que las fundaciones bancarias desarrollan una actividad financiera de manera indirecta⁸¹.

M., *La actividad económica de las fundaciones...*, cit., p. 44). Por otros autores se diferencia entre las fundaciones-empresa, entendiéndose por tales aquellas que, teniendo su origen en una cesión patrimonial realizada por una empresa, obtienen sus recursos principalmente de los donativos que realiza esa misma empresa o de los rendimientos que le proporciona la participación en el capital de ésta, y las fundaciones-empresa, en las cuales la fundación es propietaria de la empresa y responsable de su actividad (*vid.* IGLESIAS PIE, M. y VERNIS, A., «Una aproximación a las fundaciones de empresa», en BENEYTO PÉREZ, J. M.³ (dir.), *Tratado...*, cit., pp. 859-904, en particular, pp. 863 y ss). No obstante, tampoco esta diferenciación parece suficiente para abarcar todas las posibilidades dado que, por ejemplo, en el caso de las fundaciones bancarias que proceden de cajas de ahorros no ha sido la empresa la que ha realizado la aportación patrimonial para la creación de la fundación sino ésta (fundación-caja de ahorros) la que, mediante segregación, ha separado la empresa que venía gestionando integrada en su patrimonio.

⁷⁹ Como señalábamos anteriormente, lo que se discute en relación con las cajas de ahorros no es si éstas se configuran como fundaciones-empresa sino si, dentro de esta categoría, deben considerarse como fundaciones-empresa dotacionales, funcionales o mixtas (*vid. supra* apartado 2.1).

⁸⁰ La categoría de las fundaciones-empresa, acuñada doctrinalmente pero que carece de un tratamiento legal específico, hace referencia a los supuestos en los que la fundación es titular directa e inmediata de la actividad empresarial, asumiendo las consecuencias patrimoniales positivas o negativas derivadas del ejercicio de dicha actividad (*vid.*, por todos, VALERO AGÚNDEZ, U., *La fundación como forma...*, cit., p. 139 y ss).

⁸¹ Bajo la vigencia de la normativa anterior, las cajas de ahorros podían ejercer su actividad financiera de manera indirecta a través de su participación en el capital de una entidad de crédito a favor de la cual habían segregado previamente su negocio financiero (*vid.*, en particular, el art. 5 Real Decreto-Ley 11/2010, que regula el ejercicio indirecto de la actividad financiera de las cajas de ahorros, o la propia disposición transitoria primera de la LCAFB que se refiere a estas cajas como «cajas de ahorros de ejercicio indirecto»). Sin embargo, el deber de transformación en fundación de carácter especial (antecedente de las actuales fundaciones bancarias) surgía cuando la caja de ahorros perdía el control de la entidad de crédito o reducía su participación por debajo de un límite (25% del capital de la entidad de

En cualquier caso, dado que las fundaciones bancarias no desarrollan directamente una actividad empresarial, tampoco cabe atribuirles la condición de entidades de crédito, aunque la LCAFB les someta a un régimen jurídico que prevé mecanismos de control próximos a los propios de las entidades de crédito. No obstante, las fundaciones bancarias, a pesar de no ostentar la condición de entidades de crédito, podrán mantener la denominación de la caja de ahorros de la que, en su caso, procedan incluyendo, por tanto, también los términos «caja de ahorros». Es más, dicha denominación también podrá ser mantenida por las fundaciones ordinarias que sean resultado de la transformación de una caja de ahorros, tal y como establece la disposición adicional sexta de la Ley⁸², con lo que la denominación de caja de ahorros deja de ser exclusiva de una determinada modalidad de entidad de crédito. Incluso, las entidades de crédito *«que hayan recibido, en todo o en parte, su actividad financiera de cajas de ahorros podrán utilizar en su actividad las marcas o nombres comerciales notorios o renombrados de dichas cajas de ahorros, siempre que sean titulares o cuenten con el consentimiento previo de la entidad titular de dichas marcas o nombres comerciales»* (disposición adicional decimoquinta LCAFB)⁸³.

Estas medidas contrastan con la previsión contenida en el artículo 28 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de disciplina e intervención de las entidades de crédito (LDIEC), en cuya virtud ninguna persona física o jurídica puede utilizar las denominaciones genéricas propias de las entidades de crédito ni otras que puedan inducir a confusión con ellas⁸⁴, prohibición cuya infracción

crédito) que permitía considerar que aquélla ya no ejercía una influencia determinante en el gestión de la entidad de crédito. Entre los objetivos de la nueva regulación se incluye conseguir que las fundaciones bancarias reduzcan su participación en el capital de las entidades de crédito (al menos, hasta niveles no mayoritarios) y también a alejar a éstas de la gestión de las entidades de crédito en cuyo capital participan (al respecto, véase *infra* el apartado 3.3).

⁸² Como veremos a continuación, cuando concurren los requisitos establecidos en el artículo 34 del Proyecto de Ley, las cajas de ahorros deberán transformarse obligatoriamente en fundaciones bancarias u ordinarias, según cumplan o no los requisitos previstos en el artículo 32 del Proyecto.

⁸³ Esta norma se introdujo en el Senado como consecuencia de la aprobación de la enmienda núm. 100, con la finalidad de incorporar a la nueva Ley la previsión que a este respecto ya se contenía en el artículo 5.2 Real Decreto-Ley 11/2010, en cuya virtud *«la entidad bancaria a través de la cual la caja de ahorros ejerza su actividad como entidad de crédito podrá utilizar en su denominación social y en su actividad expresiones que permitan identificar su carácter instrumental, incluidas las denominaciones propias de las cajas de ahorros de la que dependa»*.

⁸⁴ En concreto, el artículo 28, apartado 1, LDIEC determina que *«sin perjuicio de lo previsto en el Título V, ninguna persona física o jurídica, nacional o extranjera, podrá, sin haber obtenido la preceptiva autorización y hallarse inscrita en los correspondientes registros, ejercer en territorio español las actividades legalmente reservadas a las entidades de crédito o utilizar las denominaciones genéricas propias de éstas u otras que puedan inducir a confusión con ellas»*.

puede dar lugar a las sanciones previstas en el artículo 29 de esa misma Ley. La entrada en vigor de la LCAFB ha implicado, por tanto, introducir una excepción a dicha prohibición y proporcionar cobertura legal a la denominación asumida por las fundaciones de carácter especial constituidas al amparo de la vigente normativa como resultado de la transformación de una caja de ahorros⁸⁵, permitiendo en consecuencia que la denominación «caja de ahorros», que continua siendo la denominación genérica de un tipo o clase de entidades de crédito (art. 2 LCAFB), sea utilizada por otras modalidades de entidades de crédito (sociedades anónimas bancarias que hayan sido beneficiarias de la segregación de la actividad financiera de antiguas cajas de ahorros) y también por entidades que no ostentan la condición de entidades de crédito (fundaciones bancarias y fundaciones ordinarias que sean resultado de la transformación de una caja de ahorros).

Por otra parte, la LCAFB no resolvió inicialmente una cuestión especialmente delicada relativa a fijación de criterios precisos para concretar la legislación de fundaciones aplicable subsidiariamente (estatal o autonómica), así como para determinar el Protectorado y el Registro competentes, respectivamente, para la supervisión e inscripción de las fundaciones bancarias⁸⁶. A este respecto, el art. 45 LCAFB se limitaba a establecer que el Protectorado sería ejercido por el Ministerio de Economía y Competitividad en los casos de *«fundaciones bancarias cuyo ámbito de actuación principal exceda el de una Comunidad Autónoma»*, sin incluir criterios que permitiesen interpretar en qué casos ha de entenderse que el ámbito de actuación principal de la fundación bancaria excede el de una Comunidad Autónoma. A tratar de resolver esta cuestión se dirige la modificación del artículo 45 LCAFB incluida en la Disposición final décima del Proyecto de Ley de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito, de inminente aprobación definitiva por el Congreso de los Diputados, en cuya virtud se entiende que una fundación bancaria tiene un ámbito de actuación superior al de una Comunidad Autónoma *«cuando el 40 por ciento de la actividad de las entidades de crédito en*

⁸⁵ Es el caso, por ejemplo, de la Fundación Caja Castilla-La Mancha, de la Fundación Cajasol, de la Fundación Caja de Burgos, de la Fundación Caja de Ávila, de la Fundación Caja de Canarias o de la Fundación Especial Caja Rioja.

⁸⁶ Decimos que se trata de una cuestión especialmente delicada dado que, como era fácilmente imaginable, los gobiernos de algunas Comunidades Autónomas han tratado de proyectar sobre las fundaciones bancarias resultado de la transformación de cajas de ahorros, la influencia que ejercían en la designación de los miembros de los órganos de gobierno de las cajas de ahorros de las que dichas fundaciones proceden, para lo cual debe partirse de la previa sujeción de la fundación bancaria a la normativa autonómica y al Protectorado de la Comunidad Autónoma de que se trate.

las que participe directa o indirectamente, considerando la distribución territorial de los depósitos de sus clientes, se realice fuera de la Comunidad Autónoma en la que la fundación tiene su sede». El cumplimiento de dicho criterio no significa por sí mismo, sin embargo, que ya resulte aplicable la legislación estatal de fundaciones y que el Protectorado sea ejercido por el Ministerio de Economía y Competitividad sino que a ello ha de unirse, en todo caso, «que [las fundaciones] individualmente ostenten una participación directa o indirecta en la entidad o entidades de crédito de, al menos, un 10 por ciento del capital o de los derechos de voto o, teniendo un porcentaje inferior, la fundación bancaria sea su mayor accionista»⁸⁷.

Finalmente, en relación con la caracterización de las fundaciones bancarias, no parece que en España vaya a plantearse el debate que se suscitó en Italia sobre la naturaleza pública o privada de estas entidades⁸⁸. La jurisprudencia constitucional ha confirmado la naturaleza privada de las cajas de ahorros por lo que, en principio, no parece cuestionable que las fundaciones que sean resultado de la transformación de una caja de ahorros conservarán igualmente ese mismo carácter privado. Respecto al resto de fundaciones bancarias, dependería en principio de su origen y del carácter público o privado de su fundador⁸⁹ si bien, al igual que sucedía respecto a las cajas de ahorros cuya consideración como entidades de naturaleza jurídico-privada era independiente del carácter público o privado de su entidad fundadora⁹⁰, el régimen

⁸⁷ A estos efectos no bastaría, por tanto, para determinar la competencia estatal con ostentar un porcentaje de capital que, siendo inferior al 10 por ciento y no otorgando la condición de mayor accionista, permita el nombramiento de, al menos, un miembro del Consejo de Administración de la entidad de crédito (ello sería suficiente, conforme al art. 32 LCAFB, para la calificación como fundación bancaria pero no para determinar que el Protectorado competente será ejercido por el Ministerio de Economía y Competitividad).

⁸⁸ Sobre esta cuestión *vid.*, por todos, ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R., *Las fundaciones bancarias...*, cit., pp. 101 y ss.

⁸⁹ A tenor del artículo 44 LF se consideran fundaciones del sector público estatal aquellas fundaciones en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias: «a) que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración General del Estado, sus organismos públicos o demás entidades del sector público estatal» y «b) que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades». Para un análisis de este concepto *vid.*, entre otros, GONZÁLEZ-ANDRADE GÓMEZ, J., «Fundaciones de la Administración pública», en MUÑOZ MACHADO, S., CRUZ AMORÓS, M. y DE LORENZO GARCÍA, R., *Comentarios...*, cit., pp. 645-672.

⁹⁰ Tras la entrada en vigor del RD 2290/1977, de 27 de agosto, supuso el inicio del fin del debate sobre la naturaleza pública o privada de las cajas de ahorros que, hasta ese momento, había dividido a la doctrina en diferentes posiciones (quienes consideraban que las cajas de ahorros tenían naturaleza pública o privada en función del carácter de su fundador, quienes defendían que todas las cajas de ahorros tenían la misma naturaleza con independencia de su entidad fundadora y quienes subrayaban el carácter *sui generis* de las cajas de ahorros y eludían un pronunciamiento sobre esa cuestión). Ello se vio posteriormente confirmado

jurídico previsto para las fundaciones bancarias en la LCAFB y, en particular, las normas relativas a su estructura y organización, podrían ser suficientes para atribuir naturaleza privada a esta clase de fundaciones con carácter general.

B) *El deber de transformación en fundación bancaria*

La LCAFB prevé la creación de fundaciones bancarias por transformación de cajas de ahorros, de fundaciones de carácter especial (resultantes a su vez de la previa transformación de una caja de ahorros) o de fundaciones ordinarias. No se prevé expresamente, en cambio, la constitución de una fundación directamente como fundación bancaria, lo que sucedería en el supuesto de que el fundador dote a la fundación de un patrimonio que comprenda una participación en el capital de una entidad de crédito en los términos establecidos en el artículo 32 de la Ley⁹¹. La falta de previsión expresa de esta posibilidad explica que tampoco se adopte ninguna medida específica y, en particular, que no se prevea que la constitución de una fundación bancaria requiera la autorización previa del Banco de España, ni tampoco que haya que notificar su creación a este organismo lo cual, en atención al régimen previsto, hubiese sido muy conveniente⁹². En consecuencia, el proceso de constitución será el aplicable con carácter general a cualquier fundación ordinaria.

Respecto a la constitución de fundaciones bancarias por transformación, el régimen se encuentra disperso y escasamente coordinado. Así, el artículo 34 LCAFB contempla la transformación de cajas de ahorros, previo traspaso a otra entidad de crédito de todo su patrimonio afecto a su actividad financiera, a cambio de acciones de esta última, en los casos en los que se superen ciertos umbrales cuantitativos relativos a su volumen de activos y a su cuota de mercado⁹³. En este caso, la caja de ahorros se deberá transformar en fun-

en diversas ocasiones tanto por el Tribunal Supremo (*vid.*, entre otras, las SSTs de 26 de octubre de 1982, 3 de marzo de 1987, 2 de febrero de 1988 y 7 de diciembre de 1989) como por el Tribunal Constitucional (*vid.*, en particular, las SSTC 1/1982, 133/1989 y 160/1990).

⁹¹ No obstante, a esta posibilidad parece referirse indirectamente el artículo 45 LCAFB al establecer que al protectorado corresponderá «*velar por la legalidad de la constitución y funcionamiento de las fundaciones bancarias...*» (tras la reforma del art. 45 como consecuencia de la Ley de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito, se mantiene esta misma medida en el apartado 1 del art. 45 LCAFB).

⁹² Cfr. en particular el contenido del artículo 46 LCAFB sobre las funciones de supervisión que corresponden al Banco de España respecto de las fundaciones bancarias.

⁹³ En concreto, que el valor del activo total consolidado de la caja de ahorros, según el último balance auditado, supere la cifra de diez mil millones de euros o, que su cuota de mercado de depósitos de su ámbito territorial de actuación sea superior al 35% del total de

dación bancaria si, tras el traspaso de los activos, recibe el porcentaje de participación previsto en el artículo 32 y en fundación de carácter ordinario en caso contrario. Esta medida trata de evitar que las cajas de ahorros adquieran una excesiva relevancia en el mercado financiero y supone, por tanto, la fijación de un límite máximo a las posibilidades de crecimiento de estas entidades de crédito⁹⁴. No obstante, el deber de transformación no opera automáticamente dado que, en el caso de que la caja de ahorros cumpla alguno de los requisitos previstos puede evitar la transformación presentando un plan de retorno a la situación anterior (es decir, a una situación en la que no sea exigible su transformación en fundación bancaria u ordinaria) que debe ser autorizado por el Banco de España. Para completar el régimen se establece también un procedimiento para la transformación de las cajas de ahorros que contempla un plazo máximo de 6 meses desde que concurra cualquiera de los supuestos establecidos, produciéndose en caso de incumplimiento de dicho plazo, la disolución directa de todos los órganos de la caja de ahorros, la baja en el registro especial de entidades de crédito y la transformación automática en fundación bancaria u ordinaria⁹⁵.

Como supuesto especial respecto a la transformación de cajas de ahorros en fundaciones bancarias, la Ley contempla también la transformación de cajas de ahorros que, en el momento de su entrada en vigor, ejerzan su actividad como entidades de crédito indirectamente a través de una entidad de crédito, se encuentren o no incurso en ese momento en alguna de las causas que obligaban a dicha transformación según la normativa anterior (disposición transitoria primera LCAFB)⁹⁶. En el primer caso, es decir, si la

depósitos. Debe advertirse que, en el supuesto de que la entidad pertenezca a un grupo por aplicación de cualquiera de los criterios incluidos en el artículo 42 C de C, los umbrales señalados se aplicarán al balance y cuentas consolidadas y la obligación de transformación afectará a todas las cajas de ahorros del grupo, que deberán transformarse en tantas fundaciones como cajas existieran.

⁹⁴ Precisamente, como indicábamos anteriormente (*vid. supra* apartado I), el excesivo tamaño alcanzado por las cajas de ahorros combinado con las dificultades que estas entidades tienen para la captación de capital principal como consecuencia de su propia configuración institucional, ha sido una de las causas de los problemas que han sufrido estas entidades y que ha sido identificado como causa a su vez de la crisis financiera.

⁹⁵ A su vez, debe tenerse en cuenta que en la disposición adicional decimocuarta LCAFB se prevé que la transformación de una caja de ahorros en fundación bancaria no afecta al régimen aplicable a los instrumentos de deuda emitidos por aquella y que estén vigentes en el momento de proceder a la transformación, en tanto dichos instrumentos mantendrán hasta su vencimiento el régimen jurídico de las emisiones efectuadas por entidades de crédito.

⁹⁶ Como hemos señalado anteriormente, las causas que determinaban la obligación de transformación a las cajas de ahorros que ejercen su actividad financiera indirectamente a

caja de ahorros de ejercicio indirecto no se encuentra incurso en causa legal que haga exigible la transformación, el plazo para proceder a ésta se extiende hasta un año desde la entrada en vigor de la nueva Ley, plazo durante el cual continuará siendo aplicable el régimen sobre cajas de ahorros anterior a ésta⁹⁷. Aunque se prevea la posibilidad de que estas cajas de ahorros deban transformarse tanto en fundaciones bancarias como en fundaciones ordinarias, lo habitual en este caso será que la caja de ahorros deba transformarse en fundación bancaria, salvo que el proceso de transformación se vea acompañado de operaciones de modificación estructural de la entidad de crédito o de la transmisión total o parcial del porcentaje ostentado en el capital de ésta⁹⁸.

Por su parte, en el supuesto de que la caja de ahorros ya se encontrase incurso en causa legal de transformación con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley, se distinguen, a su vez, dos posibilidades en atención a que se hubiese iniciado o no el procedimiento de transformación. En el primer caso, es decir, si ya se hubiese iniciado el proceso de transformación en fundación bancaria u ordinaria, bien a iniciativa de la propia caja de ahorros bien como consecuencia de la aplicación de las normas que establecían la transformación forzosa en caso de incumplimiento del plazo previsto para proceder a ésta, continuarán dicho proceso sin que el mismo pueda exten-

través de otra entidad de crédito, se establecían en el artículo 6 Real Decreto-Ley 11/2010 y se refieren a la pérdida del control de la entidad de crédito en el sentido del artículo 42 C de C, reducción de su porcentaje de participación en el capital de ésta por debajo del 25% de los derechos de voto, renuncia a la autorización para actuar como entidad de crédito y otros supuestos de revocación de la autorización y determinación del deber de transformación en los planes de reestructuración o resolución de la caja de ahorros adoptados de conformidad con lo previsto en la Ley 9/2012, de 14 de noviembre.

⁹⁷ Básicamente, la Ley 31/1985, de 2 de agosto, de Regulación de las Normas Básicas sobre Órganos Rectores de las Cajas de Ahorros, y su normativa de desarrollo, así como, en su caso, las disposiciones aplicables del Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las cajas de ahorros, incluido su régimen fiscal, y el artículo 8.3.d) Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros. Estas cajas de ahorros, en consecuencia, no deberán adaptar sus estatutos ni la composición de sus órganos de gobierno a la regulación contenida en la propia LCAFB, ni tampoco proceder a la renovación de sus órganos de gobierno cuyos mandatos se entenderán prorrogados hasta la fecha de su transformación.

⁹⁸ En este sentido, si la caja de ahorros que ejerce indirectamente su actividad bancaria no incurre en causa de transformación en los términos establecidos en la normativa anterior será porque ostenta el control de la entidad de crédito en los términos del artículo 42 C de C o un porcentaje de al menos el 25% del capital de ésta, participación en todo caso superior a la prevista en el artículo 32 LCAFB como determinante de la atribución de la condición legal de fundación bancaria.

derse más allá de 3 meses desde la entrada en vigor de la nueva Ley⁹⁹. En el supuesto de que todavía no se hubiese iniciado el proceso de transformación, las cajas de ahorros contarán con el plazo que les reste de los 6 meses que prevé el artículo 35.2 LCAFB y que se computarán desde el momento en que hubiesen incurrido en causa de transformación.

Al margen de estos supuestos, se prevé también la obligación de transformación en fundación bancaria de las fundaciones ordinarias que, como consecuencia de la adquisición de una participación en una entidad de crédito, superen los porcentajes y requisitos previstos en el artículo 32 LCAFB. Para proceder a esta transformación se concede, igualmente, un plazo de 6 meses desde que se formalice la adquisición de la participación en el capital de una entidad de crédito que determine el cumplimiento de los requisitos señalados. Sin embargo, en este caso el incumplimiento del deber de transformación en el plazo previsto no dará lugar a la disolución de los órganos de la fundación y transformación automática sino directamente a *«la extinción de la fundación y la apertura del procedimiento de liquidación, que se realizará por el patronato de la fundación bajo el control del protectorado»* (art. 36.4 LCAFB). Esta medida, al margen de que supone una injustificada diferencia de trato respecto a las cajas de ahorros que incumplan su deber de transformación en fundaciones bancarias, implica la configuración del incumplimiento del deber de transformación como causa de extinción de la fundación en el sentido del artícu-

⁹⁹ En los casos en los que haya transcurrido el plazo de cinco meses desde el acaecimiento de la causa de transformación que se establecía en la normativa anterior, se habrá producido la disolución directa de todos los órganos de la caja de ahorros y la baja en el registro especial de entidades de crédito del Banco de España y el protectorado correspondiente habrá procedido al nombramiento de una comisión gestora de la fundación de carácter especial en los términos previstos en el artículo 6.2 Real Decreto-Ley 11/2010. Para evitar que pudiese interpretarse que, como consecuencia de la entrada en vigor de la nueva Ley, sería necesario comenzar de nuevo el proceso. En el Senado se introdujo una modificación en la disposición transitoria primera de la Ley para habilitar a las comisiones gestoras a completar el proceso de transformación. Sin embargo, para aclarar mejor este extremo hubiese sido conveniente precisar que se trata de las comisiones gestoras ya nombradas con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley dado que ésta también prevé el nombramiento de una comisión gestora en los casos de incumplimiento del plazo para la transformación de cajas de ahorros en fundaciones bancarias (art. 35.3 LCAFB). Por otra parte, la fijación de un plazo límite de tres meses es también problemática dado que, si se trata de cajas de ahorros que ya han perdido la condición de entidades de crédito y sus órganos han sido disueltos con nombramiento de una comisión gestora, pero cuyo proceso de transformación todavía no se ha completado (la comisión gestora no ha aprobado la modificación de los estatutos o la escritura de transformación no se ha inscrito en el Registro Mercantil), no se adivina cuáles pueden ser las consecuencias del incumplimiento del mencionado límite temporal.

lo 31, f) LF, cuya concurrencia determina la apertura de la fase de liquidación¹⁰⁰.

Este deber de transformación no se impone, sin embargo, a las fundaciones ordinarias que en el momento de entrada en vigor de la nueva Ley ostenten ya un porcentaje de capital superior al previsto en el artículo 32 de la Ley, salvo en el caso de que aumenten su participación en la entidad de crédito (disposición adicional primera, apartado 2, LCAFB). Esta medida trata de minimizar el impacto de la aprobación de la nueva Ley respecto de fundaciones ordinarias que pudieron haber adquirido una participación en el capital de una entidad de crédito en un momento en el que no se imponían especiales exigencias y que, tras el cambio normativo, se verían sometidas a un incisivo régimen que afectará, no sólo a la gestión de su participación en la entidad de crédito, sino también a su propia organización y funcionamiento internos. Esto significa, por tanto, que se admite la existencia de fundaciones ordinarias (no bancarias) que mantengan porcentajes de participación en una entidad de crédito superiores a los previstos en el artículo 32 LCAFB sin límite temporal alguno dado que, en tanto no aumenten dicha participación, no quedarán sometidas a las disposiciones especiales previstas en la nueva Ley¹⁰¹.

La modificación de esta disposición prevista en el Proyecto de Ley de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito, de inminen-

¹⁰⁰ En este aspecto la Ley de fundaciones (y, por extensión, la LCAFB que sigue su mismo planteamiento) adolece de cierta imprecisión técnica dado que la apertura del proceso de liquidación debería ser previa a la extinción de la fundación. Como señala VALERO AGÚNDEZ, U., *La fundación...*, cit., p. 455 y 456, la liquidación «responde a la necesidad de extinguir todas las relaciones jurídicas de la fundación, antes de que ésta se extinga»; por esta razón, la liquidación precede a la extinción (como señala la doctrina, durante el proceso de liquidación, la fundación conserva su personalidad jurídica por lo que, en sentido propio, no puede considerarse extinguida hasta que no finaliza dicho proceso).

¹⁰¹ La nueva Ley vincula el deber de transformación exclusivamente a que, tras su entrada en vigor, la fundación de que se trate incremente su participación en la entidad de crédito, aunque no se especifica si dicho deber sería exigible ante cualquier incremento de la participación de la fundación o únicamente en el supuesto de que se incremente la participación respecto del porcentaje que la fundación ostentase en el momento de entrada en vigor de la Ley (de interpretarse la norma en este segundo sentido, significaría que la fundación de que se trate podría disminuir su participación y posteriormente incrementarla sin que éste incremento active el deber de transformación en fundación bancaria salvo cuando superase el volumen de participación que la fundación ostentase en el momento de entrada en vigor de la nueva Ley). Igualmente, también parece que debería proceder a la transformación si, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley, aun cuando no aumente su participación en la entidad de crédito, alcance acuerdos con otras fundaciones ordinarias o bancarias que determinen su actuación concertada en relación con la gestión de su participación en la entidad de crédito.

te aprobación, supone la introducción de una medida que oscurece la interpretación de la disposición en su conjunto. En este sentido, se propone añadir un nuevo inciso al apartado 2 de la disposición adicional primera, en cuya virtud se amplía el plazo para la transformación en fundación bancaria a nueve meses cuando la fundación que a la entrada en vigor de la Ley mantenga una participación en una entidad de crédito que alcance los niveles previstos en el artículo 32 «*tenga su origen en una caja de ahorros*»¹⁰².

Finalmente, la disposición adicional primera, apartado 1, LCAFB contempla la transformación de las fundaciones de carácter especial resultantes de la previa transformación de una caja de ahorros al amparo de lo previsto en el artículo 6 del Real Decreto-Ley 11/2010. Respecto a éstas, se determina su deber de transformación, también en el plazo de 6 meses desde la entrada en vigor de la nueva Ley, en fundación bancaria si el porcentaje de capital que ostenten en una entidad de crédito supera el umbral previsto en el artículo 32 LCAFB o, en fundación ordinaria, en caso contrario, sin que simultáneamente se establezca ni un procedimiento para llevar a cabo la citada transformación ni tampoco las consecuencias del incumplimiento del plazo de transformación previsto. En relación con esta última cuestión resulta discutible, por tanto, si debemos entender aplicable analógicamente la solución prevista para las cajas de ahorros que incumplan su deber de transformación (disolución directa de los órganos de la caja y transformación automática en fundación bancaria u ordinaria, según corresponda) o la prevista para las fundaciones ordinarias que igualmente incumplan dicho deber (extinción de la fundación y apertura del procedimiento de liquidación) si bien, en la medida en que se trata de fundaciones que proceden de la previa transformación de una caja de ahorros, parece preferible inclinarse por la primera opción.

3. Estructura y organización de las fundaciones bancarias

A) Consideraciones generales. Órganos de la fundación bancaria, composición del patronato y otras normas de organización

La nueva Ley contiene un conjunto de medidas en relación con la estructura y organización de las fundaciones bancarias que están claramente diseñadas pensando en el supuesto de que la fundación provenga de la transformación de una caja de ahorros (o de una fundación de carácter especial

¹⁰² La duda se plantea porque las fundaciones que sean resultado de la transformación de una caja de ahorros con anterioridad a la entrada en vigor de la LCAFB tendrán la naturaleza de fundaciones de carácter especial que se rigen por el apartado 1 de la disposición adicional primera y no por su apartado segundo.

en la que previamente se hubiese transformado una caja de ahorros) y cuya finalidad, al margen de dotar a estas entidades de una estructura menos compleja que la de la entidad de origen¹⁰³, se orienta también con claridad a impedir que desde los órganos de la fundación bancaria pueda ejercerse una influencia determinante o excesiva sobre los órganos de la entidad de crédito en cuyo capital social participe aquella¹⁰⁴. Sin embargo, como hemos señalado anteriormente, esta nueva normativa es también aplicable a aquellas fundaciones que, sin provenir de la transformación de una caja de ahorros, reúnan algunos de los requisitos previstos en el artículo 32 LCAFB, en relación con las cuales la aplicación de estas medidas sobre estructura y organización, al margen de exigir su propia justificación, puede resultar fuertemente perturbadora¹⁰⁵.

Básicamente dichas normas se contienen en los artículos 37 a 42 LCAFB y, se concretan en disposiciones relativas a la composición del principal órgano de gobierno de la fundación, a los requisitos subjetivos que deben reunir sus miembros y a delimitar los cargos de presidente y secretario del mismo. Algunas de estas normas especiales son perfectamente prescindibles en tanto se limitan a reproducir preceptos o medidas aplicables con carácter general a todas las fundaciones. Así sucede, por ejemplo, con los artículos 40.4, 41 y 42.2 LCAFB relativos, respectivamente, al régimen de abono de gastos y retribución de los patronos y a los cargos de presidente y secretario del patronato, estos últimos con un contenido normativo ciertamente muy esca-

¹⁰³ Desde el punto de vista organizativo, la transformación de las cajas de ahorros en fundaciones de carácter especial tiene importantes consecuencias internas en tanto conlleva una significativa simplificación estructural de la entidad dado que la organización de las fundaciones es, en principio, menos compleja que la de las cajas de ahorros. En este sentido, en relación con su estructura, las cajas de ahorros a pesar de su naturaleza fundacional, se aproximan más a la estructura organizativa de las sociedades de capital y se separan, por tanto, de la organización de las fundaciones cuya organización se construye sobre la base de un órgano de dirección, gestión y control (el patronato), al que estatutariamente pueden añadirse otro u otros.

¹⁰⁴ Ninguna duda queda respecto al objetivo de política jurídica perseguido, que se ha puesto repetidamente de manifiesto en los debates parlamentarios que han tenido lugar con ocasión de la tramitación legislativa de la LCAFB, como tampoco de que ello obedece a la profunda desconfianza generada sobre una buena parte de los gestores de las cajas de ahorros (sobre esta cuestión véase este mismo apartado *infra*).

¹⁰⁵ Como indicábamos anteriormente (*vid. supra* el apartado anterior), la LCAFB impone la obligación de transformarse en fundación bancaria, a las fundaciones que en el momento de entrada en vigor de la Ley cumplan alguno de los requisitos previstos únicamente en el supuesto de que aumenten su porcentaje de capital en la entidad de crédito. Junto a éstas, también deberán transformarse en fundaciones bancarias aquellas fundaciones que, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley, adquieran el porcentaje de capital establecido en el artículo 32 de dicha Ley.

so y en todo caso ya incluido en el régimen general de fundaciones. En concreto, el artículo 40.4 LCAFB se limita a reproducir literalmente el contenido del artículo 15.4 LF y plantea, por tanto, las mismas cuestiones que suscita la interpretación y aplicación de este precepto¹⁰⁶, con una única diferencia que no parece especialmente significativa¹⁰⁷. Por su parte, el artículo 41 de la Ley dedicado al presidente se circunscribe a determinar que el patronato designará a un presidente de entre sus miembros, a quien corresponderá la máxima representación de la fundación, y cuyo régimen aplicable será determinado en los estatutos, sin añadir por tanto nada a la norma contenida en el artículo 13 del Reglamento de Fundaciones¹⁰⁸. En parecido sentido, el apartado 2 del artículo 42 LCAFB establece que el patronato nombrará un secretario, que podrá o no ser patrono, a quien corresponderá la certificación de los acuerdos del patronato, que es precisamente una de las funciones que el artículo 14 del Reglamento de Fundaciones atribuye al secretario del patronato de las fundaciones¹⁰⁹. Ninguna de estas normas añade, por tanto, contenido normativo significativo al régimen general de fundaciones ni, en consecuencia, contiene especialidades mínimamente relevantes respecto de éste.

En parecido sentido podría citarse el artículo 37 LCAFB, relativo a los órganos de gobierno, a cuyo tenor las fundaciones bancarias tendrán como órganos de gobierno «*el patronato, las comisiones delegadas de éste que prevean los estatutos, el director general y los demás que, en su caso, prevean sus estatutos de*

¹⁰⁶ En particular, *vid.*, entre otros, EMBID IRUJO, J. M., «Gobierno de la fundación (artículos 14 a 18)», en MUÑOZ MACHADO, S., CRUZ AMORÓS, M. y DE LORENZO GARCÍA, R. (dirs.), *Comentarios...*, cit., pp. 227-276, en particular, pp. 256 y ss.; SERRANO GARCÍA, I., «El patronato», en BENEYTO PÉREZ, J. M.^a (dir.), *Tratado...*, cit., pp. 507-585, en particular, pp. 563 y ss.; OLAVARRÍA IGLESIAS, J. y MARIMÓN DURÁ, R., en OLAVARRÍA IGLESIAS, J. (coord.), *Comentarios...*, cit., pp. 408 y ss.; PEÑALOSA ESTEBAN, I. y SANJURJO GONZÁLEZ, T., «Órganos de gobierno y relaciones con los poderes públicos», en DE LORENZO, R., PIÑAR, J. L. y SANJURJO, T. (dirs.), *Tratado...*, cit., pp. 195-252, en particular, pp. 223 y ss.

¹⁰⁷ En concreto, el artículo 15.4 LF admite que el fundador pueda incluir en los estatutos una previsión contraria al reconocimiento por el patronato de una retribución adecuada a aquellos patronos que presten a la fundación servicios distintos de los que implica el desempeño de las funciones que les corresponden como miembros del patronato, posibilidad que, sin embargo, no se contempla en el artículo 40.4 LCAFB.

¹⁰⁸ A este respecto, el artículo 13 del Reglamento de Fundaciones determina con mayor amplitud y concreción las funciones que corresponden al presidente del patronato.

¹⁰⁹ La doble posibilidad de que el secretario pueda o no ostentar la condición de patrono no supone tampoco novedad alguna pues constituye criterio unánime en relación con las fundaciones en general; *vid.*, por todos, SALELLES CLIMENT, J. R. y VERDERA SERVER, R., *El patronato de la fundación*, Pamplona, 1997, pp. 109-110, SERRANO GARCÍA, I., «El patronato», cit., p. 541, y PEÑALOSA ESTEBAN, I. y SANJURJO GONZÁLEZ, T., «Órganos de gobierno...», cit., p. 211.

acuerdo con la normativa general de fundaciones». Frente al régimen general aplicable a las fundaciones en el que también se prevé al patronato como máximo órgano de gobierno (cfr. art. 14 LF) así como la posibilidad de que estatutariamente puedan establecerse delegaciones de las competencias del patronato así como otros órganos (art. 16 LF), la única novedad que añade este precepto, posteriormente complementada con lo previsto en el artículo 42.1 de la Ley, se refiere a la necesaria existencia de la figura del director general, nombrado por el patronato y que asistirá a las reuniones del mismo con voz y sin voto.

La previsión de la figura del director general debe conectarse, de nuevo, con la consideración de la fundación bancaria como forma jurídica de una caja de ahorros que ha sido desprovista de la condición de entidad de crédito. A este respecto, las normas contenidas en la nueva Ley, al margen de reflejar la menor complejidad estructural de las fundaciones frente a las cajas de ahorros, como señalábamos anteriormente se orientan sobre todo a impedir una injerencia excesiva de los órganos de la fundación en la gestión de la entidad de crédito en cuyo capital participan y, por esta razón, partiendo de la existencia de la figura de director general en las cajas de ahorros sujetas al deber de transformación en fundaciones bancarias¹¹⁰, se pretende evitar que dicha injerencia pueda provenir de la actuación de quien ocupe este cargo. En este contexto se explica la previsión de la figura del director general como órgano de las fundaciones bancarias (art. 37 LCAFB), cuya regulación se dirige fundamentalmente a extender a éste el régimen de incompatibilidades previsto para los miembros del patronato. En este sentido, el segundo inciso del apartado 1 del artículo 42 LCAFB determina que *«el cargo de director general será incompatible con el de miembro del patronato, si bien estará sometido a los requisitos e incompatibilidades previstos en el artículo 40»* que, entre otras disposiciones, incluye la incompatibilidad de la condición de patrono (y, por tanto, también de la de director general) con el desempeño de cargos equivalentes en la entidad bancaria de la cual la fundación bancaria sea accionista, o en otras entidades controladas por el grupo bancario. En todo caso, fuera del ámbito de las fundaciones bancarias que sean fruto de la transformación directa o sucesiva de una caja de ahorros, la exigencia del nombramiento de un director general supone una separación no justificada

¹¹⁰ En este sentido, la LORCA incluye al director general entre los órganos de gobierno de las cajas de ahorros (cfr. arts. 1, 26 y 27 LORCA). Como consecuencia de ello, la totalidad de las cajas de ahorros que se han transformado en fundaciones de carácter especial y que, en su momento, deberán transformarse en fundaciones bancarias, cuentan entre sus órganos con la figura del director general.

respecto del modelo de organización previsto para las fundaciones en general, que contempla únicamente la existencia de un patronato y confía a la autonomía estatutaria de cada fundación la previsión de otros órganos de gobierno¹¹¹.

Al margen de estas disposiciones y de la contenida en el artículo 38 LCAFB destinada únicamente a encomendar al patronato de las fundaciones bancarias la responsabilidad de informar al Banco de España, en tanto el resto de su contenido reproduce normas generales aplicables a cualquier fundación¹¹², las medidas más sustantivas relativas a la estructura orgánica de las fundaciones bancarias respecto de las aplicables con carácter general a las fundaciones, se concretan en las relativas a la composición del patronato y en los requisitos e incompatibilidades del cargo de patrono (arts. 39 y 40 LCAFB, respectivamente), materias en las que de nuevo vuelve a ponerse de manifiesto la preferente atención del nuevo régimen al supuesto de fundación bancaria que es resultado de la transformación de una caja de ahorros¹¹³.

Así se manifiesta particularmente en relación con la composición del patronato que se configura, además, de manera imperativa. En este sentido, al margen de otros aspectos, el artículo 39 LCAFB delimita las categorías o grupos a los que necesariamente deben pertenecer los miembros del patronato de una fundación bancaria con evidente proximidad respecto de la composición de los órganos de gobierno de una caja de ahorros. Así, entre

¹¹¹ Sobre los problemas que plantea la existencia de una pluralidad de órganos en una fundación frente a la alternativa de mantener un único órgano que delegue parcialmente sus facultades *vid.*, por todos, EMBID IRUJO, J. M., «Gobierno de la fundación...», cit., pp. 241 y ss.

¹¹² A tenor del artículo 38 LCAFB, el patronato se configura como el «*máximo órgano de gobierno y representación de las fundaciones bancarias*», y se señala que su función principal consiste en «*cumplir los fines fundacionales y administrar con diligencia los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación*», una medida absolutamente paralela a la prevista en el artículo 14.2 LF. Junto a ello, el párrafo segundo del precepto determina que el patronato «*será también responsable del control, supervisión e informe al Banco de España*», lo que parece referirse al control y supervisión interna de la actividad de la fundación (el régimen de control de las fundaciones bancarias establecido en los arts. 45 a 47 de la propia Ley, atribuye la supervisión de las fundaciones bancarias al protectorado competente y al Banco de España), una función que también se desprende del régimen legal general aplicable a las fundaciones y que deriva de la consideración del patronato como máximo órgano de gobierno de la entidad. La única medida específica, por tanto, que se añade al régimen general es la de determinar que el patronato es el órgano encargado de facilitar al Banco de España los informes que sean exigibles en atención a lo previsto en su régimen especial.

¹¹³ Esta vinculación hubiese sido todavía más intensa de aceptarse algunas de las enmiendas propuestas en sede parlamentaria, como la núm. 26 presentada en el Congreso de los Diputados que proponía incluir entre los distintos grupos de los cuales debe realizarse el nombramiento de los miembros del patronato de una fundación bancaria, a «*personas o entidades representativas de los impositores y de los trabajadores de la caja de ahorros de procedencia*».

dichos grupos se incluyen «*personas o entidades fundadoras, así como las de larga tradición en la caja o cajas de ahorros de que proceda, en su caso, el patrimonio de la fundación bancaria*», «*las entidades representativas de intereses colectivos en el ámbito de actuación de la fundación bancaria o de reconocido arraigo en el mismo*» y las «*personas privadas ... que hayan aportado de manera significativa recursos a la fundación bancaria o, en su caso, a la caja de ahorros de procedencia*», una delimitación que recuerda a la prevista en alguna normativa autonómica en relación con la composición del patronato de las fundaciones de carácter especial que son fruto de la transformación de una caja de ahorros¹¹⁴. A su vez, en el marco de la propia limitación al número máximo de miembros con los que puede contar el patronato¹¹⁵, incorpora igualmente un límite al número de patronos representantes de administraciones públicas y entidades y corporaciones de derecho público (que no podrán superar el 25% del número total de miembros) paralelo al que se impone en relación con la composición de los órganos de gobierno de las cajas de ahorros¹¹⁶. Esta rígida delimitación de los grupos de procedencia de los miembros del patronato de una fundación

¹¹⁴ En concreto, el artículo 64 del Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de marzo, a través del cual se aprueba el Texto Refundido de la Ley de cajas de ahorros de Cataluña, determina la composición del patronato de las fundaciones de carácter especial resultantes de la transformación de una caja de ahorros definiendo nuevos grupos vinculados o relacionados con la fundación, sin referencia por tanto a los grupos de interés representados en los órganos de gobierno de la caja. En concreto, dicha norma determina que, en relación con la composición del patronato, «*debe procurarse que los patronos de la fundación especial sean entidades y personas relevantes en tareas culturales, científicas, benéficas, cívicas, económicas o profesionales en los ámbitos en que se pretenda desarrollar la obra social*» y se añade que, en particular, «*los patronos deberían pertenecer a los siguientes grupos vinculados o relacionados con la fundación especial: a) personas jurídicas, públicas o privadas, fundadoras o de larga tradición en el gobierno de la caja de ahorros, o entidades públicas de base territorial con presencia en esta; b) personas jurídicas privadas que realizan actividades de mecenazgo y aportan recursos a la entidad; c) personas jurídicas públicas o privadas que promuevan actividades similares a las que son objeto de la fundación especial o relacionadas con estas y que puedan aportar conocimiento y sinergias en el ámbito de actuación de la fundación y de las actividades o los programas que pretendan cumplirse y d) personas físicas de reconocido prestigio propuestas por los demás grupos del patronato*».

¹¹⁵ En este sentido, el artículo 39.1 LCAFB fija en quince el límite máximo al número de miembros del patronato (frente al número máximo de 20 que se establecía en el Anteproyecto), una norma que como señalábamos anteriormente no tiene carácter básico y que, por tanto, podrá ser modificada por la normativa autonómica que desarrolle la nueva regulación (*vid.* disposición final primera, apartado 2, g, LCAFB).

¹¹⁶ Cfr. el artículo 2.3 LORCA y el artículo 4.3.b) de la propia LCAFB que contiene exactamente la misma limitación en relación con la composición de la asamblea general de las cajas de ahorros. En orden al cómputo de este límite, entendemos que habrán de tomarse en consideración todos los patronos representantes de administraciones públicas y de entidades o corporaciones de derecho público, cualquiera que sea la categoría o grupo de patronos en el que se integren.

bancaria, estrechamente vinculada a la propia composición de los órganos de gobierno de una caja de ahorros o de la fundación de carácter especial resultante de la transformación de una caja de ahorros, carece de justificación cuando se contempla el supuesto de fundaciones que ostentan el porcentaje de capital previsto en el artículo 32 LCAFB sin haber disfrutado en ningún momento de la condición de caja de ahorros¹¹⁷. Junto a ello, se exige que en la composición del patronato se prevea la incorporación de, al menos, un representante de cada uno de los grupos determinados, con algunas matizaciones¹¹⁸. A partir de estas reglas, la distribución concreta de patronos pertenecientes a cada uno de los grupos de representación se confía a la autonomía estatutaria, sin perjuicio de la normativa autonómica adoptada a este respecto en desarrollo del régimen legal¹¹⁹.

En todo caso, la nueva regulación viene a resolver un importante problema planteado por la normativa anterior, fragmentaria e incompleta, que hasta su entrada en vigor ha disciplinado la transformación de las cajas de ahorros en fundaciones de carácter especial. En este sentido, la regulación anterior no definía con claridad y precisión la composición del patronato de la fundación una vez producida la transformación, indicándose en algunas normas autonómicas de manera genérica que el patronato de la fundación debía estar compuesto por un conjunto de miembros que representasen a los mismos grupos que tenían representación en los órganos de gobierno de la caja de ahorros transformada y en la misma proporción¹²⁰. La aplicación de

¹¹⁷ En relación con éstas, atendiendo a la importancia de la participación en el capital de una entidad de crédito, tendría sentido la exigencia de que al patronato se incorporen personas que posean conocimientos y experiencia específicos en materia financiera, pero no la del resto de grupos de procedencia.

¹¹⁸ *Vid.* artículo 39.3 LCAFB que matiza la presencia de miembros pertenecientes al grupo de personas privadas, físicas o jurídicas, que hayan aportado de manera significativa recursos a la fundación bancaria o, en su caso, a la caja de ahorros de procedencia, en el sentido de que sea posible identificar una aportación significativa dentro de los quince años anteriores a la constitución del patronato. Por su parte, la presencia de representantes del grupo de personas que posean conocimientos y experiencia específicos en materia financiera será determinada por las normas de desarrollo de la Ley y, en cualquier caso, será «representativa y creciente en función del nivel de participación en la entidad de crédito que corresponda» (art. 39.3 LCAFB).

¹¹⁹ A este respecto, también podrá ser designado como patrono de la fundación bancaria la propia entidad de crédito participada, que podría integrarse como representante del grupo de «personas privadas, físicas o jurídicas, que hayan aportado de manera significativa recursos a la fundación bancaria o, en su caso, a la Caja de Ahorros de procedencia».

¹²⁰ Cfr., por ejemplo, el artículo 21 bis Ley de cajas de ahorros de Castilla y León, aprobada por Decreto Legislativo 1/2005, de 21 de julio, según la redacción dada por la disposición final 2.1 de la Ley 4/2012, de 16 de Julio, o el artículo 16 ter, apartado 3 Ley 15/1999,

este tipo de normas planteaba importantes problemas interpretativos dado que, la pérdida de la condición de entidad de crédito y la segregación del negocio bancario a favor de una entidad de crédito, provocaba que perdiese sentido mantener la representación de grupos de interés vinculados al desarrollo de una actividad financiera como son los impositores de las cajas de ahorros, los trabajadores o empleados de entidades de crédito en las que la fundación pueda ostentar un porcentaje de participación o las corporaciones municipales donde dicha entidad de crédito tenga abierta una oficina o sucursal¹²¹.

Esto no significa, sin embargo, que la aplicación de la nueva normativa esté exenta de dudas interpretativas que se plantean, particularmente, en torno a la delimitación de los distintos grupos que han de estar representados en el patronato de las fundaciones bancarias¹²². En este sentido, la mayor

de 16 de diciembre, de cajas de ahorros de Andalucía, según la redacción dada por el artículo único de la Ley 6/2011, de 2 de noviembre.

¹²¹ Las cajas de ahorros son entidades financieras con un ámbito territorial de actuación preferente, en tanto su propia creación responde, entre otros fines, a contribuir al desarrollo económico y social de su ámbito territorial de actuación. Por el contrario, las entidades de crédito a cuyo favor se haya realizado la segregación de la actividad financiera de la caja de ahorros a cambio de un porcentaje de participación en su capital social, revestirán la forma de sociedades anónimas bancarias cuya actuación no se limita a un específico ámbito territorial pues estas entidades se crean con vocación de ejercer su actividad en el mercado financiero en general, sin limitación a zonas geográficas concretas. De este modo, en el supuesto de que la caja de ahorros haya segregado su negocio financiero a favor de una entidad de crédito, que además puede reunir a su vez los negocios financieros de otras cajas de ahorros, que viniese ya operando en la zona de implantación de aquella y cuyo ámbito de actuación no se circunscriba ni siquiera preferentemente a una zona territorial determinada, se producirá la dilución de los grupos de interés vinculados inicialmente a cada una de las cajas de ahorros, dilución que se intensificará conforme avance el proceso de integración de todas las entidades (reducción y reorganización de plantilla, reordenación de sucursales de la entidad,...), tal y como ha ocurrido en varios casos en nuestro país. Se hace así difícil determinar cuáles deben ser los trabajadores o empleados de la entidad de crédito que deberían ostentar representación en los patronatos de las fundaciones de carácter especial resultantes de la transformación de las diferentes cajas de ahorros, o los municipios en los cuales dicha entidad de crédito tiene abiertas oficinas o sucursales que igualmente habrían de ostentar representación en dichos órganos o, en fin, la selección del grupo de impositores que habrían de elegir a sus representantes en los respectivos patronatos. A su vez, en los supuestos de transformación de la caja de ahorros por pérdida del control de la entidad de crédito a través de la cual venía desarrollando de modo indirecto su actividad financiera, la fundación de carácter especial resultante de la transformación carecerá de instrumentos jurídicos para recabar la colaboración de la entidad de crédito, imprescindible si se mantiene la representación de grupos de interés ligados, no a la fundación, sino a la propia entidad de crédito como son los impositores o los trabajadores y empleados de ésta.

¹²² El artículo 39 del Proyecto de Ley especificaba que todos los grupos mencionados en su apartado 3 debían estar representados en el patronato de la fundación, corrigiendo así

parte de los grupos se delimitan de manera difusa «*entidades representativas de intereses colectivos de reconocido arraigo*», «*personas independientes de reconocido prestigio profesional en materias relacionadas con el cumplimiento de los fines sociales*», y en algunos casos reflejan vinculación entre fundaciones bancarias y cajas de ahorros «*personas o entidades ... de larga tradición en la caja o cajas de ahorros de que proceda, en su caso, el patrimonio de la fundación bancaria*», «*personas privadas ... que hayan aportado de manera significativa recursos a la fundación bancaria o, en su caso, a la caja de ahorros de procedencia*»¹²³.

Por otra parte, las normas sobre organización y funcionamiento de las fundaciones bancarias previstas en la LCAFB se completan con medidas en materia de gobierno corporativo y transparencia. A este respecto se prevé que las fundaciones bancarias harán público, con carácter anual, un informe de gobierno corporativo que deberán comunicar al protectorado correspondiente (art. 48.1 LCAFB). Igualmente, sin perjuicio de remitir la delimitación concreta de su contenido, estructura y requisitos de publicidad a las disposiciones que a este respecto adopte el Ministerio de Economía y Competitividad, se establece el contenido básico que debe tener el informe, con una determinación de indicaciones que pone de manifiesto que la principal finalidad de éste no es dar a conocer la estructura de gobierno interno de la fundación bancaria sino, más bien, su actuación en relación con la gestión de la participación que ostenta en la entidad de crédito así como aquellas circunstancias que puedan afectar a una gestión sana y prudente de la propia entidad de crédito. Finalmente, la regulación se completa con un riguroso

a sugerencia del Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley, que no contenía previsión alguna a este respecto. Sin embargo, el reducido número de miembros del patronato (15) y el amplio conjunto de grupos de procedencia que deberían tener presencia en su seno, hacía muy dificultoso el cumplimiento de esta medida. Por esta razón, alguna de las enmiendas presentadas al Proyecto de Ley en el Congreso de los Diputados proponían que la exigencia obligatoria de la presencia de miembros procedentes de los distintos grupos se limitase únicamente a los previstos en los apartados d) y e) del artículo 39.3 del Proyecto (cfr. la enmienda núm. 134, presentada por el Grupo Parlamentario Popular), que fueron aprobadas e incorporadas al Proyecto. Sin embargo, en la fase final de la tramitación legislativa, en la sesión del Pleno del Senado en el que se aprobó el texto del Proyecto se Ley, se incorporó una enmienda transaccional que amplía el número de grupos que deben estar presentes en todo caso en el patronato a los expresados en los apartados a), b), d) y e) y también en el grupo c) pero en este último caso «*siempre que fuera posible identificar una aportación significativa dentro de los quince años anteriores a la constitución del patronato*», con lo que la norma finalmente incorporada a la LCAFB se aproxima bastante a la original contenida en la versión inicial del Proyecto de Ley.

¹²³ Éste último grupo abre la posibilidad de que las propias entidades de crédito en cuyo capital participan las fundaciones, puedan asumir la condición de patronos de ésta, sin perjuicio de la aplicación de la normas sobre incompatibilidad para el cargo de patrono.

régimen sancionador para el supuesto de incumplimiento de la obligación de elaboración o publicación del informe de gobierno corporativo o de existencia en dicho informe de omisiones o datos falsos o engañosos (art. 48, apartados 3 y 4, LCAFB).

- B) *Requisitos para adquirir la condición de patrono de una fundación bancaria. En particular, la incompatibilidad entre el cargo de patrono y el ejercicio de cargos equivalentes en la entidad de crédito*

Las normas contenidas en la LCAFB relativas a la organización y funcionamiento de las fundaciones bancarias que mayor controversia han planteado, son las referidas a los requisitos para adquirir la condición de patrono y, muy particularmente, la incompatibilidad de ésta con el desempeño de cargos equivalentes en la entidad de crédito de la cual la fundación bancaria sea accionista, o en otras entidades controladas por el grupo bancario (art. 40, apartado 3, LCAFB). En este sentido, los patronos deberán reunir los requisitos de honorabilidad comercial y profesional en los términos que se establezcan en la normativa de desarrollo y poseer los conocimientos y experiencias específicos para el ejercicio de sus funciones (art. 40, apartados 1 y 2 LCAFB), mientras que, los patronos designados entre personas con conocimientos y experiencia específicos en materia financiera, deberán cumplir los requisitos exigidos a este respecto a los miembros de los órganos de administración y cargos equivalentes en bancos (arts. 17.2 y 40.2 LCAFB).

Con carácter general, se aplican las mismas causas de incompatibilidad previstas para los miembros del Consejo de Administración de una caja de ahorros¹²⁴, otra medida que pone de manifiesto que el legislador está contemplando prioritariamente el supuesto de fundaciones bancarias procedentes de la transformación de una de estas entidades. Adicionalmente, el cargo de patrono es también incompatible con el desempeño de cargos equivalentes en la entidad de crédito de la cual la fundación bancaria sea accionista, o en otras entidades controladas por el grupo bancario (art. 40.3 LCAFB)¹²⁵.

¹²⁴ De este modo, el cargo de patrono de la fundación bancaria es incompatible con el de cargo político electo, cargo ejecutivo en partido político, asociación empresarial o sindicato, alto cargo de la administración general del Estado, la administración de las Comunidades Autónomas y la administración local, así como de las entidades del sector público, de derecho público o privado, vinculadas o dependientes de aquéllas (arts. 40, apartado 3, y art. 3, apartados 3 y 4 LCAFB).

¹²⁵ Este régimen de incompatibilidad se aplica únicamente a los miembros del patronato por lo que no afectará al secretario del patronato de la fundación en el supuesto de que éste no ostente simultáneamente la condición de patrono (posibilidad que contempla el art. 42, apartado 2, LCAFB).

Esta última medida constituye uno de los principales instrumentos para evitar que la fundación bancaria pueda ejercer una influencia excesiva en el seno de la entidad de crédito de la que es accionista, dando cumplimiento así a los compromisos asumidos por el Gobierno de España en el MoU suscrito con la Comisión Europea a que antes hicimos referencia¹²⁶. Sin embargo, resulta cuestionable si dichos compromisos obligaban a prever una medida tan restrictiva como la contenida en el artículo 40.3 de la Ley, que impide que un miembro del patronato de una fundación bancaria (de cualquier fundación bancaria y no únicamente de aquéllas que sean el resultado de la transformación de una caja de ahorros) pueda ostentar simultáneamente el cargo de miembro del Consejo de Administración de la entidad de crédito en la que aquélla ostenta un porcentaje de capital, que puede llegar a ser incluso mayoritario, o de cualquiera de las sociedades que integran su grupo «controladas por el grupo bancario»¹²⁷. Obviamente no se impide que la fundación bancaria pueda participar en el nombramiento de miembros del Consejo de Administración de la entidad de crédito¹²⁸, lo que sería directamente inaceptable, sino que un patrono pueda simultanear el ejercicio de ese cargo con el de consejero en la entidad de crédito o de sus entidades dependientes.

A este respecto, se ha señalado que esta prohibición constituye una «severa injerencia en el Derecho de propiedad de la fundación bancaria al restringir su capacidad para elegir a sus representantes en el Consejo de Administración del banco participado», que, en la medida en que no cuente con una justificación objetiva y razonable vinculada a motivos de interés general que resulten acreditables, constituiría «una medida desproporcionada que

¹²⁶ Vid. *supra* apartado I.

¹²⁷ Como señalábamos anteriormente, entre los compromisos asumidos por nuestro país como consecuencia de la suscripción del MoU se incluye la previsión de medidas «para adoptar requisitos de incompatibilidad para los órganos de gobierno de las antiguas cajas de ahorros y los bancos comerciales bajo su control» (subapartado 23, último punto, MoU); a su vez, la Nota Técnica del FMI sobre Reforma de las cajas de ahorros españolas subraya la necesidad de distinguir mejor las funciones de propiedad y de gestión del banco y los efectos derivados de la intervención pública en el proceso de designación de los miembros de los órganos rectores de las cajas (parágrafo 30). Como puede verse, los compromisos impuestos se limitan a exigir que se prevean requisitos de incompatibilidad más rigurosos pero no exigen necesariamente que se establezca una prohibición en los términos previstos en la Ley, aunque obviamente deba reconocerse que la medida adoptada cubre sobradamente los compromisos asumidos. La cuestión es si también cabría cumplir dichos compromisos con una medida que resultase menos incisiva.

¹²⁸ Antes al contrario, como hemos señalado anteriormente, el artículo 32 LCAFB incluye la posibilidad de nombramiento o destitución de un administrador de la entidad de crédito entre los criterios para atribuir el carácter de fundación bancaria.

incurriría en una discriminación constitucionalmente prohibida»¹²⁹. A su vez, además de que esta medida no venga expresamente exigida en sus propios términos por los compromisos asumidos por nuestro país frente a instituciones internacionales, se argumenta que resultaría contradictoria con la recomendación que se realiza en relación con el gobierno corporativo de sociedades cotizadas (cualidad que reúnen muchas entidades de crédito) de que los consejeros externos dominicales constituyan, junto a los consejeros independientes, una amplia mayoría de los miembros del Consejo de Administración¹³⁰. Todo ello se plasma en la sugerencia de flexibilizar el régimen previsto restringiendo el ámbito de la incompatibilidad señalada al desempeño de cargos ejecutivos en la entidad bancaria realizada sobre el texto del Anteproyecto y repetidas durante la tramitación legislativa del Proyecto de Ley que, sin embargo, no ha sido recogida en el texto final de la Ley¹³¹.

La única medida de flexibilización de esta norma ha sido la incorporación al texto final de la Ley de una disposición transitoria destinada a suavizar el impacto que la entrada en vigor de la Ley podía provocar sobre la composición de los órganos de administración de las entidades de crédito en cuyo capital participan fundaciones de carácter especial o cajas de ahorros que deberán transformarse en fundaciones bancarias dado que, en la generalidad de los casos, los miembros del patronato de la fundación (o de la caja de ahorros todavía no transformada que ejerce indirectamente su actividad fi-

¹²⁹ Cfr. el Informe al Anteproyecto de Ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias emitido por la Confederación Española de Cajas de Ahorros (CECA).

¹³⁰ Sin embargo, la norma contenida en el Anteproyecto, reproducida posteriormente en el Proyecto de Ley e incorporada finalmente a la LCAFB, no se contrapone a esta recomendación de gobierno corporativo dado que la misma se limita a impedir que los patronos de la fundación bancaria puedan ocupar el cargo de miembros del consejo de administración de entidades bancarias pero no impide ni excluye que la fundación, en tanto socio de la entidad de crédito, pueda designar a otros representantes en dicho órgano, que obviamente tendrían la consideración de consejeros dominicales.

¹³¹ En este punto coinciden los informes al Anteproyecto de Ley realizados por la Confederación Española de Cajas de ahorros, CNMV y Consejo de Estado. Con un razonamiento similar se presentaron diversas enmiendas al Proyecto de Ley, tanto en el Congreso como en el Senado, dirigidas a restringir la incompatibilidad de los patronos de las fundaciones bancarias, bien limitando la misma al ejercicio de cargos ejecutivos en la entidad de crédito (*vid.* las enmiendas núms. 41 y 84 presentadas respectivamente en el Congreso y en el Senado por el Grupo Parlamentario Vasco), bien excluyendo dicha causa de incompatibilidad en relación con los patronos de las fundaciones bancarias que deben ser elegidos entre personas que posean conocimientos y experiencia específicos en materia financiera (*vid.* enmiendas núms. 112 y 27 presentadas respectivamente en el Congreso y en el Senado por el Grupo Parlamentario Socialista y la enmienda núm. 69 presentada en el Senado por el Grupo Parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya), según la posibilidad que también contemplaba en su Informe la CECA.

nanciera a través de la entidad de crédito) forman parte del Consejo de Administración de la entidad de crédito y de sociedades o entidades pertenecientes a su grupo empresarial, desempeñando en algunos casos funciones ejecutivas. La medida consiste en admitir temporalmente la compatibilidad de todos o algunos de los consejeros afectados con ciertas limitaciones, en particular, se excluye la posibilidad de simultanear el ejercicio de funciones ejecutivas en el banco y en la fundación, se limita al 25% el porcentaje máximo de miembros del Consejo de Administración de la entidad de crédito que pueden ser patronos de la fundación y, finalmente, se limita también el período durante el cual la compatibilidad es admisible como máximo hasta el 30 de junio de 2016¹³².

Esta norma transitoria plantea diversas cuestiones de interés. Ante todo, puede apreciarse una cierta falta de armonía entre la disposición transitoria que está elaborada desde la perspectiva de la composición del órgano de administración de la entidad de crédito (que es lo que realmente importa al legislador en tanto se trata de evitar una excesiva injerencia de los patronos de la fundación en la gestión de ésta) y la norma general establecida en el artículo 40.3 LCAFB, que contempla la cuestión desde la perspectiva del régimen de incompatibilidad de los patronos de las fundaciones bancarias. Al margen de ello, la disposición transitoria no contempla, ni por tanto incluye en su ámbito de aplicación, la participación de patronos de fundaciones bancarias en el órgano de administración de sociedades o entidades integradas en el grupo empresarial de la entidad de crédito en cuyo capital participen, en relación con lo cual la incompatibilidad se mantiene de modo absoluto desde la fecha de entrada en vigor de la nueva Ley, ni tampoco los casos en los que en el Consejo de Administración de la entidad de crédito participen miembros de los patronatos de diferentes fundaciones bancarias que no actúen concertadamente, lo que podría plantear problemas de aplicación de más difícil solución¹³³.

¹³² La disposición transitoria segunda se incorporó a la LCAFB como consecuencia de la aprobación de la enmienda núm. 103 presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Senado, cuya justificación indicaba lacónicamente «*mejora técnica*». Inicialmente, la limitación de la compatibilidad se extendía hasta el tiempo restante en el momento de entrada en vigor de la Ley para agotar el mandato en curso y, en todo caso, como máximo hasta el 30 de junio de 2016. La reforma introducida en la disposición transitoria segunda por la Ley de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito, de inminente entrada en vigor, ha flexibilizado y simplificado la norma estableciendo únicamente el límite temporal del 30 de junio de 2016.

¹³³ En este sentido, el porcentaje del 25% se fija en relación con «*consejeros compatibles*», es decir, supondrá el número máximo de miembros del Consejo de Administración de una entidad de crédito que puedan ostentar simultáneamente la condición de patronos de fundaciones bancarias que participen en su capital.

El cómputo del porcentaje máximo de miembros «compatibles» también plantea algunas dudas interpretativas. Así, aun cuando no se especifica, entendemos que el porcentaje máximo del 25% deberá computarse respecto de la totalidad de miembros del Consejo de Administración de la entidad de crédito y no únicamente sobre el número de miembros no ejecutivos y, a su vez, sobre el número total de miembros del Consejo de Administración, con independencia de que en el momento de entrada en vigor de la Ley existan plazas vacantes o no cubiertas. Por otra parte, tras la modificación prevista con la entrada en vigor de la Ley de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito, parece que, si se produce el cese o terminación anticipada del cargo declarado compatible antes del 30 de junio de 2016, podría continuarse manteniendo la compatibilidad de otro consejero¹³⁴.

Ciertamente, al margen de este mejorable régimen transitorio, la norma finalmente incorporada al artículo 40.3 LCAFB parece excesivamente rígida y solo justificada por la voluntad de apartar a los antiguos gestores de las cajas de ahorros, de la gestión de las entidades de crédito a favor de las cuales segregaron sus respectivos negocios bancarios. Contemplada fuera de este contexto y aplicada a los patronos de fundaciones bancarias que no provengan de la transformación de una caja de ahorros, pierde sentido y se manifiesta como una injerencia quizás excesiva e innecesaria que, además, puede resultar escasamente eficaz dado que no impide que la fundación bancaria pueda designar a otros representantes y ejercer, a través de éstos, una influencia en la gestión de la entidad bancaria que es precisamente lo que se trata de evitar. De hecho, frente a la rigidez con la que se trata a los miembros del patronato (y al director general) la norma prevista no impide, en cambio, que la propia fundación bancaria adquiera la condición de miembro del Consejo de Administración de la entidad de crédito¹³⁵, sin perjuicio de que parece que en tal caso no cabría designar como representante de aquélla a ningún miembro de su patronato¹³⁶, ni tampoco que la fundación designe a otros miembros del Consejo de Administración en su representación. Es más,

¹³⁴ Con el texto inicial de la disposición transitoria segunda LCAFB debía entenderse lo contrario dado que en dicha disposición la compatibilidad se limitaba al período restante de duración del cargo (y, como máximo, hasta el día 30 de junio de 2016).

¹³⁵ Como tampoco se impide que la entidad de crédito pueda asumir la condición de patrono de la fundación bancaria (cfr. el art. 39.3.c LCAFB y las consideraciones realizadas *supra* en relación con la composición del patronato). En este caso, aunque el tenor literal de la Ley no lo impida, entendemos que la entidad de crédito no podría designar a un miembro de su Consejo de Administración como representante para el ejercicio de su cargo de patrono en la fundación bancaria.

¹³⁶ En este sentido, la incompatibilidad se establece entre el cargo de patrono y «el desempeño de cargos equivalentes en la entidad bancaria» lo que parece que también cubriría el su-

ni siquiera se prevé la aplicación de este régimen de incompatibilidad al secretario del patronato que no ostente simultáneamente la condición de patrono, posibilidad que contempla el artículo 42.2 LCAFB¹³⁷. De este modo, en función del porcentaje de capital que ostente la fundación bancaria, sus representantes podrían incluso suponer la mayoría de los miembros del Consejo de Administración de la entidad de crédito; y no parece que la influencia de la fundación bancaria en la gestión de la entidad de crédito vaya a ser menor por el hecho de que su representación sea ostentada por personas designadas a tal efecto que no ostenten la condición de patronos de la fundación ni la de director general. En suma, demasiada injerencia en el ámbito de autonomía de la fundación para conseguir escasos resultados si la voluntad de los miembros de su patronato es influir en la gestión de la entidad de crédito.

No obstante, en relación con ello deben también tomarse en consideración los estudios que ponen de manifiesto que, en los casos de compañías controladas por fundaciones, la «distancia» entre los órganos de gestión de la fundación y el órgano de administración de la compañía controlada, mejora los resultados económicos de ésta dado que aumenta la intensidad, claridad y objetividad con la que los gestores de la fundación, que en último extremo ostentan el control de la compañía participada, se centran en la rentabilidad de ésta¹³⁸. Ante todo estos estudios, que también confirman que las sociedades controladas por fundaciones no son menos rentables que las controladas por otro tipo de inversores, se centran en el análisis de aquellos casos en los que una fundación ostenta el control de una sociedad lo cual, como hemos señalado anteriormente, no siempre ocurrirá en las fundaciones bancarias¹³⁹, y parten de la comparación entre dos modelos muy distantes de relación

puesto en el que el patrono actúe como representante de la fundación bancaria administradora.

¹³⁷ Como veíamos anteriormente, esta norma contempla la designación de un secretario del patronato «*que podrá ser o no patrono*» sin que al mismo se extienda el régimen de incompatibilidad previsto para los patronos (como, en cambio, si se prevé para el director general en el apartado 1 de ese mismo precepto).

¹³⁸ *Vid.*, en particular, el trabajo de HANSMANN, H. y THOMSEN, S., «Managerial Distance and Virtual Ownership: The Governance of Industrial Foundations», *ECGI Finance Working Paper* núm. 372, julio de 2013, del que se hace eco el Prof. Jesús Alfaro en su blog (*vid.* la entrada «Sociedades cotizadas controladas por una fundación», <http://derechomercantiles.ana.blogspot.com.es>, 28 de octubre de 2013).

¹³⁹ El porcentaje de participación en la entidad de crédito exigido para atribuir la condición de fundación (10% del capital social o aquel que permita nombrar o destituir a un miembro del Consejo de Administración de ésta) no es indicativo de la existencia de una situación de control. No obstante, con la transformación de las cajas de ahorros que han mantenido el control de las entidades de crédito a favor segregaron su negocio finan-

entre las fundaciones y sus sociedades controladas que reflejan, a su vez, la distinta orientación de la actividad y objetivos de la fundación¹⁴⁰. Entre ambos extremos, la coincidencia absoluta de los miembros del patronato de la fundación con los miembros del Consejo de Administración de la sociedad controlada y la separación absoluta sin coincidencia alguna entre los miembros de ambos órganos de gestión, se plantean diferentes grados o niveles de separación o distancia que se conectan también con la diferente orientación de la actividad de la fundación y su situación en relación con el control de la sociedad participada¹⁴¹. Por esta razón, la imposición de uno u otro modelo a las fundaciones bancarias que, desde este punto de vista (orientación de su actividad y relación con el control de la entidad de crédito participada) pueden ser muy heterogéneas¹⁴², resulta poco satisfactorio, máxime si se toma en consideración que el fundamento de la opción legislativa no ha sido tanto conseguir un aumento de la rentabilidad de la entidad de crédito, cuanto la desconfianza y el recelo que derivan de la amarga experiencia reciente, provocada por la gestión de algunos negocios financieros a través de entidades fundacionales como las cajas de ahorros. En todo caso, es indiscutible que la constatación de los efectos positivos derivados de la separación entre los órganos de gestión de la fundación respecto a los órganos de gestión de la

ciero, surgirán supuesto de fundaciones bancarias que ostenten un porcentaje mayoritario del capital o el control de la entidad de crédito.

¹⁴⁰ El estudio citado sitúa en los extremos de la comparación, de un lado, aquellos casos en los que existe una absoluta coincidencia entre los miembros del patronato de la fundación y los miembros del Consejo de Administración de la sociedad controlada y, de otro, aquellos otros casos en los que no existe coincidencia alguna entre los miembros de una y otra entidad. En el primer caso, la fundación y la sociedad controlada forman parte de una misma organización que opera de un modo idéntico a si la sociedad fuese en sí misma una entidad no lucrativa. En el segundo caso, sin embargo, la fundación ostenta únicamente una parte del capital de la sociedad controlada y generalmente ostenta también porcentajes de participación en otras sociedades o entidades presentando, por tanto, una actividad más diversificada (*vid.* HANSMANN, H. y THOMSEN, S., «Managerial Distance...», cit., pp. 10 y ss).

¹⁴¹ En este sentido, la situación es diferente si comparamos fundaciones cuyo patrimonio está compuesto exclusivamente (o en su mayor parte) por la participación en una única sociedad de la que obtienen los recursos para el cumplimiento de sus fines sociales y que, a su vez, ostentan la totalidad (o un porcentaje muy mayoritario) del capital social de la sociedad controlada, con aquellas otras fundaciones que han diversificado sus actividades participando en diferentes sociedades con distintos porcentajes o niveles de participación en cada una de ellas.

¹⁴² Entre las fundaciones bancarias podremos distinguir aquellas que provienen de la transformación de una caja de ahorros y aquellas otras que no y, dentro del primer grupo, las que ostentan un porcentaje mayoritario del capital social o el control de la entidad de crédito y las que, por el contrario, aun teniendo porcentajes significativos del capital social (individualmente o actuando de forma concertada con otras fundaciones bancarias u ordinarias), sin embargo no forman parte del núcleo de control de la entidad de crédito.

entidad de crédito, particularmente si se proyectan sobre la rentabilidad de ésta, constituye un incentivo para promover la implantación de esta medida, aunque no creemos que estas consideraciones hayan influido en modo alguno en su fundamentación.

C) *Otros aspectos del estatuto jurídico de los miembros del patronato*

Por lo que respecta a otros aspectos del estatuto jurídico de los miembros del patronato, al margen de las cuestiones que se regulan de manera idéntica al régimen previsto para las fundaciones con carácter general a las que nos hemos referido anteriormente¹⁴³, destaca el establecimiento de un límite máximo a la duración del cargo de patrono que se aplica únicamente a los patronos designados por su condición de «*personas independientes de reconocido prestigio profesional*» en las materias relacionadas con el cumplimiento de sus fines sociales o en sectores, distintos del financiero, en los que la fundación bancaria tenga inversiones relevantes (art. 40.5 LCAFB). A este respecto, la nueva Ley no impone un límite máximo a la duración del mandato de patrono, por lo que se aplicará el régimen previsto en la normativa general de fundaciones que, a este respecto, tampoco prevé una duración determinada lo que permite interpretar que el cargo de patrono puede tener cualquier duración e, incluso, carácter indefinido o vitalicio¹⁴⁴. Sin embargo, de un lado, se encomienda a los estatutos de las fundaciones bancarias la regulación de «*los procesos de designación de los patronos y el número y duración de sus mandatos*» y, de otro, la limitación que se impone a determinados patronos, se concreta en prohibir el ejercicio del cargo «*más de dos mandatos consecutivos y, en todo caso, por un plazo superior a 12 años*», medidas ambas que parecen presuponer que el cargo de patrono ha de tener una duración determinada. En rigor, no obstante, la determinación de la duración del cargo se confía por la Ley a los estatutos de la fundación bancaria, sin imponer ninguna regla concreta por lo que, cumpliendo los límites previstos para los patronos pertenecientes al grupo señalado, cabrá cualquier regulación estatutaria de esta materia.

Por otra parte, la Ley establece el carácter irrevocable del nombramiento de los patronos que, por tanto, únicamente podrán ser removidos de sus cargos en los casos de incompatibilidad sobrevenida, pérdida de cualquiera de

¹⁴³ Cfr. *supra* apartado a), específicamente en relación con el abono de gastos y retribución de los miembros del patronato (art. 40.4 LCAFB).

¹⁴⁴ *Vid.*, entre otros, SALELLES CLIMENT, J. R. y VERDERA SERVER, R., *El patronato...*, cit., p. 164; SERRANO GARCÍA, I., «El patronato», cit., p. 569; OLAVARRÍA IGLESIAS, J. y MARIMÓN DURÁ, R., en OLAVARRÍA IGLESIAS, J. (coord.), *Comentarios a la Ley...*, cit., p. 408; PEÑALOSA ESTEBAN, I. y SANJURJO GONZÁLEZ, T., «Órgano de gobierno...», cit., p. 210.

los requisitos exigidos para la designación o acuerdo de separación acordado por el patronato si se apreciara justa causa (art. 40.5 LCAFB). La norma se refiere a la «revocación» del nombramiento, es decir, a la «remoción» o «separación» de los patronos en relación con lo cual se limita la autonomía estatutaria de la fundación en el sentido de que no podrán preverse otras causas de separación de patronos distintas a las contempladas en dicho precepto y, en particular, no podrá preverse la libre revocabilidad¹⁴⁵. Pero ello no implica que no resulten aplicables otras causas de cese o terminación del cargo de patrono contempladas en el artículo 18 LF (entre otras, muerte o declaración de fallecimiento, así como extinción de la persona jurídica; incapacidad o inhabilitación de acuerdo con lo establecido en la Ley; cese en el cargo por razón del cual fueron nombrados miembros del patronato; renuncia del patrono; resolución judicial que acoja la acción de responsabilidad por los actos mencionados en el apartado 2 del art. 17 LF¹⁴⁶). Es decir, entendemos que la norma contenida en el artículo 40.5 LCAFB no constituye un régimen especial frente al régimen general contenido en el artículo 18 LF, sino únicamente la limitación de la autonomía estatutaria de la fundación para la previsión de causas de cese o separación de los patronos por lo que, en consecuencia, además de las causas específicamente contempladas en aquél, los patronos de las fundaciones bancarias cesarán en su cargo por las establecidas en el artículo 18.2 LF, sin que puedan preverse otras causas o motivos de separación en los estatutos de la fundación.

¹⁴⁵ Como señala la doctrina, precisamente la previsión de causas de cese o separación de los patronos es una materia especialmente propicia para que despliegue todos sus efectos la autonomía fundacional (*vid.* SALELLES CLIMENT, J. R. y VERDERA SERVER, R., *El patronato...*, cit., p. 155; EMBID IRUJO, J. M., «Gobierno de la fundación...», cit., p. 267; OLAVARRÍA IGLESIAS, J. y MARIMÓN DURÁ, R., en OLAVARRÍA IGLESIAS, J. (coord.), *Comentarios a la Ley...*, cit., pp. 460-461). No obstante, en la doctrina se ha discutido la admisibilidad de la previsión de una cláusula estatutaria que reconozca al patronato el cese anticipado de un patrono sin que concurra justa causa (*vid.*, por todos, SALELLES CLIMENT, J. R. y VERDERA SERVER, R., *op. cit.*, p. 169) si bien, la mayor parte de la doctrina se pronuncia a favor de su validez (*vid.*, por todos, SERRANO GARCÍA, I., «El patronato», cit., p. 573 y EMBID IRUJO, J. M., *op. cit.*, pp. 271-272).

¹⁴⁶ A este respecto, el artículo 35.2 LF atribuye legitimación al protectorado para el ejercicio de la acción de responsabilidad prevista en el artículo 17.2 y para instar el cese de los patronos en el supuesto contemplado en el artículo 18.2 d) LF. Sobre las causas de cese o separación de los patronos de una fundación *vid.*, entre otros, SALELLES CLIMENT, J. R. y VERDERA SERVER, R., *El patronato...*, cit., p. 165 y ss.; SERRANO GARCÍA, I., «El patronato», cit., pp. 570 y ss.; EMBID IRUJO, J. M., «Gobierno de la fundación...», cit., pp. 267 y ss.; OLAVARRÍA IGLESIAS, J. y MARIMÓN DURÁ, R., en OLAVARRÍA IGLESIAS, J. (coord.), *Comentarios a la Ley...*, cit., pp. 462 y ss.; PEÑALOSA ESTEBAN, I. y SANJURJO GONZÁLEZ, T., «Órgano de gobierno...», cit., pp. 208 y ss.

4. *Reglas de actuación de las fundaciones bancarias en relación con la gestión de su participación en una entidad de crédito*

El núcleo central de las normas contenidas en la nueva Ley en relación con las fundaciones bancarias viene constituido, junto a las reglas sobre organización y funcionamiento, por las disposiciones relativas a la gestión de la participación que la fundación ostenta en el capital de una entidad de crédito. La finalidad de estas disposiciones, como indica su propia Exposición de Motivos, es la de que las fundaciones bancarias, a las que se considera «actores significativos del sistema crediticio español», actúen con «los niveles de profesionalidad, independencia, transparencia y eficiencia máximos, sin que en ningún caso se pueda poner en peligro la solvencia de las entidades en las que participan». No obstante, la propia Exposición de Motivos señala también un objetivo final o mediato de estas normas que consistiría en promover que las fundaciones bancarias reduzcan progresivamente su participación en las entidades de crédito en la perspectiva de completar el proceso de reestructuración del sistema financiero español¹⁴⁷. Es decir, según se desprende de estas afirmaciones, los redactores de la Ley consideran que el proceso de reestructuración del sistema financiero no estará concluido hasta que las fundaciones bancarias reduzcan sus porcentajes de capital en entidades de crédito.

A esos efectos se prevé un conjunto de normas de aplicación escalonada en función del porcentaje de participación ostentado por la fundación bancaria en el capital de la entidad de crédito, junto a otras medidas de gobierno corporativo y transparencia que se imponen a todas las fundaciones bancarias. En particular, por lo que respecta a aquéllas, se establecen obligaciones específicas para las fundaciones cuyo porcentaje de capital sea igual o superior al 30% o que les permita el control de la misma en aplicación de cualquiera de los criterios del artículo 42 C de C y, adicionalmente respecto a éstas, otras para aquellas cuya participación sea igual o superior al 50% del capital de la entidad de crédito o que les permita el control de ésta en los términos previstos en el artículo 42 C de C¹⁴⁸. En este último caso se prevén,

¹⁴⁷ Con ello se hace referencia a la finalidad de las normas previstas en el MoU, subapartado 23, a través del cual el Gobierno español asumió el compromiso de adoptar medidas, antes de finales de noviembre de 2012, para aclarar la función de las cajas de ahorros en su calidad de accionistas de entidades de crédito y para, en último término, «reducir su participación en las mismas hasta un nivel no mayoritario».

¹⁴⁸ La definición de los escalones de regulación prevista en la Ley resulta algo confusa y podría haberse mejorado previendo, de un lado, el conjunto de obligaciones que se imponen a las fundaciones bancarias que ostenten el control de la entidad de crédito (cuyo porcentaje de capital sea igual o superior al 50% o les permita el control en los términos del artículo 42 C de C) y, de otro lado, cuáles de dichas obligaciones deben ser también cumplidas

además, medidas relativas a la adopción del acuerdo de distribución de dividendos en la entidad de crédito en cuyo capital participe dicha fundación bancaria.

En relación con la aplicación de estas medidas, como señalábamos anteriormente, el artículo 43.2 LCAFB determina que deberá procederse al cómputo conjunto de las participaciones que pertenezcan a las fundaciones que actúen concertadamente en relación con una misma entidad de crédito, una situación que se puede plantear en diversas entidades de crédito en las que, como consecuencia de los procesos de segregación e integración de los negocios financieros de varias cajas de ahorros en algunos casos previamente vinculadas por un sistema institucional de protección, se han suscrito pactos de sindicación para el ejercicio de los derechos de voto correspondientes a las participaciones ostentadas por cada una de ellas en la entidad de crédito¹⁴⁹. En este caso, las obligaciones deberán cumplirse de forma conjunta por todas las fundaciones que actúen concertadamente, lo que exigirá que previamente se pongan de acuerdo sobre el contenido de los diversos documentos que han de elaborarse y sobre el cumplimiento del resto de exigencias (protocolo de gestión, plan financiero y, en su caso, plan de diversificación de inversiones y gestión de riesgos y dotación de un fondo de reserva), así como que su aprobación se someta a los órganos de gobierno de todas ellas. El cumplimiento de algunas de las obligaciones impuestas plantea, no obstante, dudas interpretativas como tendremos ocasión de analizar posteriormente.

Las medidas previstas para las fundaciones bancarias cuyo porcentaje de capital sea igual o superior al 30% del capital de una entidad de crédito o que les permita el control de la misma en aplicación de los criterios previstos en el artículo 42 C de C, se concretan en la obligación de elaborar un protocolo de gestión de su participación y un plan financiero (arts. 43 y 44, apartados 1 y 2, LCAFB)¹⁵⁰. El protocolo de gestión deberá incorporar, al menos, los criterios básicos de carácter estratégico que rigen la gestión de la

por las fundaciones bancarias que ostenten un porcentaje igual o superior al 30% del capital sin que simultáneamente ostenten el control de la entidad.

¹⁴⁹ Al respecto, véase *supra* el apartado 3.3.a).

¹⁵⁰ La Ley únicamente contempla el supuesto de que dicho porcentaje de capital sea ostentado directamente por la entidad de crédito. Sin embargo, el artículo 32 de esta misma Ley, establece los requisitos para calificar a una fundación como bancaria, vincula dicha calificación a la tenencia de un porcentaje de capital que alcance, de forma directa o indirecta, el umbral establecido. Justamente a evitar esta diferencia se dirigía la enmienda núm. 136, presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, que proponía la modificación de este precepto para comprender también los supuestos en los cuales dicho porcentaje de capital se ostente por actuar en concierto con otras personas físicas o jurídicas; no obstante, la enmienda fue retirada durante el debate del Proyecto de Ley en la Comisión de Economía

participación de la fundación bancaria, las relaciones entre el patronato de la fundación y los órganos de gobierno de la entidad de crédito y los criterios generales para la realización de operaciones entre ambas¹⁵¹. Algunos aspectos del contenido del protocolo de gestión establecido en la Ley resultan técnicamente imprecisos. En este sentido, se exige que en el protocolo se hagan constar «los criterios que rigen la elección de consejeros, quienes deberán respetar los principios de honorabilidad y profesionalidad previstos en el art. 3.2 de esta Ley»; se refiere la norma a la elección de miembros del Consejo de Administración de la entidad de crédito participada, cuyos criterios derivarán de la normativa aplicable en función de su naturaleza jurídica (usualmente, sociedades anónimas) y del régimen estatutario de la propia entidad de crédito por lo que, de un lado, parece que en el protocolo deberán hacerse constar los criterios que apruebe la fundación bancaria para la propuesta o nombramiento de miembros del Consejo de Administración de la entidad de crédito en su representación y, de otro, resulta técnicamente poco preciso, que se exija que éstos deban cumplir los requisitos de honorabilidad y profesionalidad propios de las cajas de ahorros cuando deberían cumplir los requisitos subjetivos exigidos en atención al régimen propio de la entidad de crédito¹⁵². Por otra parte, el protocolo de gestión debe ser elaborado por la fundación bancaria «en el plazo de dos meses desde su constitución»¹⁵³ y remitido al Banco de Espa-

y Competitividad (DS del Congreso de los Diputados, núm. 450, de 30 de octubre de 2013, p. 15).

¹⁵¹ Sin perjuicio de esta formulación general, la Ley establece que el contenido mínimo del protocolo de gestión será especificado por el Banco de España (art. 43.3).

¹⁵² No obstante, esta imprecisión resulta irrelevante dado que los requisitos de honorabilidad y profesionalidad exigidos a los miembros de los órganos de gobierno de las cajas de ahorros en tanto entidades de crédito son los mismos exigidos a los miembros de los órganos de administración de los bancos (el art. 3.2 LCAFB determina a este respecto que los vocales del Consejo de Administración de las cajas de ahorros, entre otros cargos, «deberán reunir los requisitos de honorabilidad, experiencia y buen gobierno exigidos por la legislación aplicable a estos efectos a los miembros del órgano de administración y cargos equivalentes de los bancos»).

¹⁵³ El momento de inicio del cómputo del plazo previsto en el artículo 43.1 LCAFB es claramente cuestionable, fundamentalmente porque lo relevante para la aplicación de la obligación de elaborar un protocolo de gestión no es que la fundación se constituya como fundación bancaria (lo que en la mayor parte de los casos sucederá por transformación) sino que su participación alcance el porcentaje establecido (igual o superior al 30% o que permita el control de la entidad); es decir, el plazo debería computarse, no desde que se «constituya» la fundación bancaria sino desde que ésta ostente dicho porcentaje (que podrá ser el momento inicial de su constitución, generalmente por transformación, o un momento posterior si inicialmente la fundación ostentaba un porcentaje inferior pero, con posterioridad a ello, lo incrementa). A su vez, debería haberse contemplado igualmente la posibilidad de que el porcentaje de capital establecido se ostente por la fundación bancaria actuando en concierto con otras personas físicas o jurídicas (que no sean fundaciones bancarias u ordinarias) en los términos señalados anteriormente. El cómputo del plazo también plantea cuestiones

ña para su aprobación, organismo que lo valorará atendiendo en particular a la influencia de la fundación bancaria en la gestión sana y prudente de la entidad de crédito participada y aplicando los criterios establecidos en el régimen de participaciones significativas previsto en la LDIEC (art. 43.1 LCAFB).

Parece, por tanto, que la exigencia de la elaboración de un protocolo de gestión concreta y amplía las obligaciones que recaen sobre quienes pretendan adquirir una participación significativa en el capital de una entidad de crédito. A este respecto, en los artículos 57 y ss. LDIEC se establecen determinadas obligaciones en los casos de adquisición o incremento de la participación en el capital de una entidad de crédito de modo que, como resultado de ello, se superen ciertos umbrales cuantitativos, obligaciones que básicamente se refieren a la comunicación previa y solicitud de autorización al Banco de España que, a su vez, deberá examinar la propuesta sobre la base de los criterios establecidos en el artículo 58.1 LDIEC. Estos mismos criterios serán los que deberá aplicar el Banco de España al valorar el protocolo de gestión elaborado por la fundación bancaria, junto al criterio específico previsto en el artículo 43.1 LCAFB. En este contexto y frente a lo establecido en relación con la elaboración de un plan financiero, no se prevén las consecuencias específicas derivadas del incumplimiento de la obligación de elaborar un protocolo de gestión o de la no aprobación por el Banco de España del protocolo presentado por una fundación bancaria, por lo que es discutible si serán de aplicación los efectos previstos a este respecto en la LDIEC, para el caso de oposición a la operación de adquisición o aumento del porcentaje de participación en una entidad de crédito¹⁵⁴. En todo caso, la nueva normativa prevé que el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones deri-

especiales en los casos en los que varias fundaciones actúen concertadamente dado que éstas deberán cumplir de manera conjunta sus obligaciones en relación con la gestión de su participación en la entidad de crédito; por ello, parece que en estos casos debería computarse a partir de la fecha de inscripción de la constitución (generalmente por transformación) de la fundación bancaria que se realice en último lugar entre todas las que actúen concertadamente.

¹⁵⁴ La LCAFB se remite a la LDIEC únicamente a efectos de la aplicación de los criterios para la valoración del protocolo de gestión y, a su vez, las medidas contempladas en el artículo 59 LDIEC se vinculan al incumplimiento de la obligación contenida en el artículo 57.1 de esa misma Ley. Menor dificultad presenta, en cambio, la aplicación de la norma prevista en el artículo 62 LDIEC, en cuya virtud *«cuando existan razones fundadas y acreditadas respecto de que la influencia ejercida por las personas que posean una participación significativa en una entidad de crédito pueda resultar en detrimento de la gestión sana y prudente de la misma, que dañe gravemente su situación financiera, el Ministro de Economía y Hacienda, a propuesta del Banco de España, podrá adoptar alguna o algunas de las siguientes medidas: a) Las previstas en los párrafos a) y b) del artículo 59, si bien la suspensión de los derechos de voto no podrá exceder de tres años; b) Con*

vadas del Capítulo IV de la Ley (en el que se incluyen las relativas a la gestión de la participación que la fundación ostente en una entidad de crédito) tendrá con carácter general la consideración de infracción muy grave (art. 47 LCAFB)¹⁵⁵.

Junto al protocolo de gestión, la fundación bancaria (o fundaciones bancarias que actúen concertadamente) que ostente un porcentaje de capital igual o superior al 30% del capital de una entidad de crédito o que le permita el control de la misma conforme al artículo 42 C de C, tendrá que presentar *anualmente* un plan financiero y someterlo a la aprobación del Banco de España, «en el plazo máximo de tres meses desde la constitución de la fundación bancaria»¹⁵⁶. En este plan habrá de determinarse la manera en que la fundación hará frente a las posibles necesidades de capital en que pudiera incurrir la entidad de crédito participada y los criterios básicos de su estrategia de inversión en entidades financieras¹⁵⁷. La cuestión más discutible en relación con el contenido de este plan es la relativa a la indicación de la manera en la que se hará frente a las necesidades de capital de la entidad de crédito participada dado que ésta es una decisión que, en su caso, corresponderá adoptar a la propia entidad de crédito. Se trataría, por tanto, de anticipar cuáles serían las medidas que en su caso propondría la fundación bancaria para que fuesen adoptadas por la entidad de crédito, teniendo en cuenta a este respecto que en relación con algunas de las posibles medidas, en particular, con el aumento de capital de la entidad de

carácter excepcional, la revocación de la autorización. Además, se podrán imponer las sanciones que procedan según lo previsto en el Título I de esta Ley».

¹⁵⁵ Aunque no se especifique parece que debe entenderse que se trata de infracciones muy graves en el sentido establecido en la normativa sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito (art. 4 LDIEC) y que, por tanto, su comisión se sancionará en los términos establecidos en ésta (arts. 8 y ss. LDIEC). Así parece deducirse de la remisión al procedimiento sancionador previsto en la LDIEC que se contiene en el propio artículo 47 LCAFB.

¹⁵⁶ Sobre las cuestiones que plantea la fórmula utilizada en la Ley para determinar la fecha de inicio del cómputo del plazo, véase este mismo apartado *supra*. En relación con la elaboración y presentación a aprobación del Banco de España del plan financiero se plantea, no obstante, una cuestión adicional. Como hemos señalado, la Ley establece, de un lado, que el plan financiero deberá presentarse «anualmente» al Banco de España y, de otro, que deberá hacerse en el plazo de tres meses desde su constitución. Obviamente ha de entenderse que esta última exigencia va referida al primer plan financiero que ha de presentar la fundación bancaria; a partir de ello, es cuestionable si la fundación deberá presentar un nuevo plan tras el vencimiento del plazo de un año desde que se presentó el plan anterior o al inicio/finización de cada ejercicio económico así como en los casos en los que no se introduzcan modificaciones, cabrá simplemente solicitar la ratificación del plan presentado el año anterior.

¹⁵⁷ El contenido mínimo del plan financiero será establecido por el Banco de España y deberá contemplar, al menos, los extremos señalados en el artículo 44.4 de la Ley.

crédito, se imponen limitaciones en función del volumen de participación que ostente la fundación bancaria¹⁵⁸. Y ello al margen de los problemas que el cumplimiento de esta medida puede plantear en los casos de actuación concertada de varias fundaciones bancarias¹⁵⁹.

Por su parte, en el caso de fundaciones bancarias cuya participación sea igual o superior al 50% del capital de una entidad de crédito, o que le permita el control de ésta por aplicación de cualquiera de los criterios establecidos en el artículo 42 C de C, el plan financiero deberá venir acompañado de un plan de diversificación de inversiones y de gestión de riesgos y de la dotación de un fondo de reserva, así como de cualesquiera otras medidas que el Banco de España considere necesaria para garantizar una gestión sana y prudente de la entidad participada y su capacidad para cumplir las normas de ordenación y disciplina que le sean aplicables (art. 44.3 LCAFB). El plan de diversificación persigue evitar, fundamentalmente, que la fundación pueda presentar una excesiva concentración de riesgo para lo cual se confía al Banco de España la fijación, según los criterios que contempla la propia Ley, de los porcentajes máximos del patrimonio de la fundación que ésta podrá invertir en activos emitidos por una misma entidad. En la medida en que el patrimonio de estas fundaciones venga constituido fundamentalmente por la participación que ostente en el capital de la entidad de crédito, parece una previsión razonable que trata de evitar que, en la búsqueda de rentabilidad, estas fundaciones puedan asumir riesgos excesivos, sin perjuicio de que ello poco tenga que ver con la gestión, solvencia y asunción de riesgos por parte de la entidad de crédito participada¹⁶⁰.

La constitución de un fondo de reserva plantea, en cambio, importantes inconvenientes. Del tenor literal final de la Ley se deduce que el fon-

¹⁵⁸ Sobre esta cuestión véase este mismo apartado *infra*.

¹⁵⁹ En este caso deberá elaborarse un único plan financiero que parece que deberá contener la manera en que las fundaciones harán frente a las posibles necesidades de capital (que no tendrá por qué ser la misma en todos los casos) y los criterios básicos de su estrategia de inversión en entidades financieras (que tampoco tendrá por qué coincidir en todas las fundaciones que actúen concertadamente).

¹⁶⁰ De nuevo el tratamiento conjunto de las fundaciones que actúen concertadamente plantea aquí dudas interpretativas. Así, el plan de diversificación de inversiones y gestión de riesgos deberá elaborarse conjuntamente por todas las fundaciones bancarias (y adjuntarse como anexo al plan financiero) pero no se especifica si los compromisos deben ser asumidos conjuntamente por todas las fundaciones o se ha de tratar de compromisos individuales, ni tampoco si en relación con la aplicación de los porcentajes máximos sobre el patrimonio total habrá de tomarse en consideración el patrimonio total conjunto de todas las fundaciones bancarias que actúen de manera concertada o el patrimonio total de cada una de ellas separadamente.

do de reserva debería constituirse en el seno de la fundación bancaria accionista así como que esta exigencia persigue, no solo mejorar la financiación de la entidad de crédito en situaciones de dificultad, sino también promover que las fundaciones reduzcan su porcentaje de participación en el capital de las entidades bancarias¹⁶¹. Sin embargo, la creación de este fondo de reserva resulta ciertamente problemática por diferentes motivos. Ante todo, supone dispensar un tratamiento claramente discriminatorio a ciertos accionistas de entidades de crédito frente al que le se dispensa con carácter general al resto. Las entidades de crédito están sometidas al cumplimiento de rigurosas normas de solvencia con independencia de cuál sea la composición de su accionariado, normas que obviamente también tendrán que cumplir las entidades de crédito controladas por fundaciones bancarias. Por ello es discutible que, en relación con éstas, deban complementarse las normas de solvencia. A su vez, tampoco es claro cómo debería disponer la fundación bancaria del fondo de reserva para dotar de recursos propios a la entidad de crédito cuya solvencia se vea amenazada, particularmente si tenemos en cuenta las restricciones que se establecen para la participación de estas fundaciones en el aumento del capital social de la entidad (disposición adicional octava LCAFB) así como que el objetivo final de las normas especiales que se imponen es precisamente que las fundaciones reduzcan su participación en el capital de las entidades de crédito.

Por otra parte, esa medida puede suponer, paradójicamente, un debilitamiento patrimonial de la entidad de crédito dado que la fundación bancaria, teniendo en cuenta que su principal fuente de financiación podría ser precisamente el rendimiento que obtenga de su participación en el capital de la entidad de crédito, se verá incentivada a ejercer su influencia en la entidad de crédito en orden a obtener el máximo de recursos posibles de ésta, que le permitan atender al cumplimiento de sus fines y a la dotación del fondo de reserva. A su vez, disminuirá los fondos que la fundación puede utilizar para el cumplimiento de sus fines (para aquellas fundaciones que sean el resultado de la transformación de una caja de ahorros, el desarrollo de la obra social y para las demás, el cumplimiento del fin de interés general para el que hayan sido constituidas) lo que reducirá el beneficio social que de ello deriva. Y finalmente plantea también la duda de cómo debería constituirse y dotarse el fondo en el supuesto de que el porcentaje de capital exigido o el

¹⁶¹ Como señalábamos anteriormente, así se recoge expresamente en la exposición de motivos que acompaña a la Ley y así se asumió entre los compromisos derivados del MoU suscrito por nuestro Gobierno (condicionalidad núm. 20).

control de la entidad de crédito sea ostentado por varias fundaciones que actúen concertadamente¹⁶².

Estos inconvenientes han fundamentado las propuestas de supresión del fondo de reserva¹⁶³ o, en su defecto, de constitución del mismo en el seno de la propia entidad de crédito y no en la de las fundaciones accionistas¹⁶⁴. En relación con ello, la nueva Ley únicamente permite prescindir de la constitución y dotación de un fondo de reserva en los casos en los que se incorpore al plan de diversificación un programa de desinversión que incluya las medidas a aplicar por la fundación (o fundaciones bancarias que actúen concertadamente) para reducir su participación en el capital de la entidad de crédito a porcentajes que no confieran su control (art. 44, apartado 3, LCAFB), lo que pone de manifiesto que la creación del fondo constituye una medida que trata de resultar incómoda para las fundaciones bancarias, cuya finalidad es no sólo atender las necesidades de recursos propios de las entidades de crédito participadas, sino también presionar a éstas para que reduzcan sus porcentajes de participación por debajo de los niveles de control.

En todo caso, la nueva Ley no contempla las consecuencias del incumplimiento de la obligación de constituir y dotar un fondo de reserva, al contrario que en relación con el plan financiero, cuya omisión o insuficiencia para garantizar una gestión sana y prudente de la entidad de crédito, determina que el Banco de España pueda requerir a la fundación bancaria *«la presentación y puesta en marcha de un plan de desinversión en la entidad de crédito»* y la imposición de *«la obligación de no incrementar su participación a ni-*

¹⁶² En este caso, a tenor del artículo 43.2 LCAFB, las obligaciones deberán cumplirse de forma conjunta, lo que plantea la duda de si el fondo de reserva deberá constituirse en una de las fundaciones, en varias o en todas ellas y en su caso como se articularía su dotación. En principio, parece que el criterio más razonable sería entender que todas las fundaciones deberían constituir un fondo de reserva proporcional a su porcentaje de participación en relación con el correspondiente al resto de las fundaciones que actúen concertadamente. Ahora bien, en tanto la Ley no impone ningún criterio concreto, cabrán también otras alternativas con el límite de que todas las fundaciones deberán contribuir a la dotación del fondo.

¹⁶³ Así se proponía, por ejemplo, en la enmienda núm. 31 presentada por el Grupo Parlamentario de la Izquierda Plural en el Congreso de los Diputados, o en las enmiendas núms. 19 y 61 presentadas en el Senado, respectivamente, por el Grupo Parlamentario Mixto y el Grupo Parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya.

¹⁶⁴ En este sentido pueden verse las enmiendas núms. 4, 113 y 120 presentadas en el Congreso de los Diputados, respectivamente, por el Grupo Parlamentario Vasco, el Grupo Parlamentario Socialista y el Grupo Parlamentario Catalán, o las enmiendas núms. 28 y 70, presentadas en el Senado respectivamente por los Grupos Parlamentarios Socialista y Entesa pel Progrés de Catalunya.

veles de control» (art. 44.5 LCAFB)¹⁶⁵ o también el incumplimiento del programa de desinversión presentado como alternativa a la dotación de un fondo de reserva (art. 44.3 LCAFB)¹⁶⁶. No obstante, como señalábamos anteriormente y en la medida en que esta medida se prevé dentro del Capítulo IV de la Ley, entrará en juego el régimen sancionador contemplado en su artículo 47 en cuya virtud, el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones incluidas en dicho Capítulo será considerado como infracción muy grave, entendemos, que de las previstas en el artículo 4 de la LDIEC.

Las normas sobre gestión de la participación en la entidad de crédito también comprenden los límites que se imponen a la participación de las fundaciones bancarias en aumentos de capital. A este respecto, el límite se impone a las fundaciones bancarias que ostenten un porcentaje de capital igual o superior al 50% o que les permita el control de la entidad de crédito en los términos previstos en el artículo 42 C. de Co., y consiste en la prohibición de ejercicio de *«los derechos políticos correspondientes a aquella parte del capital adquirido que les permita mantener una posición igual o superior al 50% o de control»*, sin perjuicio de la posibilidad de autorización por el Banco de España en los casos en los que la entidad de crédito se encuentre en alguno de los procesos de actuación temprana, reestructuración o resolución previstos en la Ley 9/2012, de 14 de noviembre (disposición adicional octava LCAFB). La formulación del límite, que se ha suavizado notablemente respecto a su previsión original¹⁶⁷, sigue resultando contradictoria con la exigencia de un fondo de reserva en la fundación destinado a cubrir las necesidades de capital que pueda presentar la entidad de crédito¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Frente a lo previsto en el Anteproyecto de Ley en el que estas posibilidades se preveían con carácter alternativo, en el texto final de la Ley se ha optado por establecer su carácter cumulativo si bien, ambas parecen excluirse recíprocamente (si se impone un plan de desinversión no parece necesario impedir que se adquiera o que no se incremente la participación a niveles de control).

¹⁶⁶ En este sentido, el incumplimiento del programa de desinversión autoriza al Banco de España para exigir a la fundación bancaria la presentación, en el plazo máximo de veinte días, de una modificación del plan financiero que incluya la constitución de un fondo de reserva, sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre infracciones y sanciones previstas en el artículo 47 LCAFB.

¹⁶⁷ La disposición adicional quinta del Anteproyecto de Ley, establecía una prohibición de adquirir acciones del capital social de la entidad de crédito controlada de forma que les permitiese incrementar el porcentaje de participación en el capital que tuviesen al tiempo de entrada en vigor de la Ley, que posteriormente se matizó en el Proyecto de Ley admitiendo su excepción por el Banco de España en determinados supuestos (disposición adicional octava).

¹⁶⁸ En todo caso, según el tenor literal de la norma, la prohibición afecta exclusivamente a los derechos políticos derivados de las acciones adquiridas por las fundaciones bancarias

Finalmente, como medida también dirigida a evitar una despatrimonialización de la entidad de crédito, se refuerzan los requisitos para la adopción del acuerdo de distribución de dividendos en las entidades de crédito controladas por una fundación bancaria (disposición adicional décima LCAFB). También esta medida se ha suavizado y se ha limitado a los casos en los que la fundación bancaria ostente un porcentaje igual o superior al 50% del capital de la entidad de crédito o su control en los términos previstos en el artículo 42 C de C. El reforzamiento de los requisitos consiste en la exigencia de un quórum especial para la constitución de la Junta General y de una mayoría reforzada de, al menos, dos tercios del capital presente o representado en la junta para la adopción del acuerdo¹⁶⁹. Por lo que respecta al *quórum* de constitución, esta exigencia tendrá una escasísima repercusión dado que resulta aplicable fundamentalmente en los casos en los que la fundación bancaria ostente un porcentaje del 50% del capital de la entidad de crédito¹⁷⁰. En cambio, la mayoría exigida sí puede plantear problemas y merece, por ello, una valoración diferente¹⁷¹. En este sentido, la fijación de una mayoría elevada e independiente del porcentaje de participación a la reunión, en tanto dificulta la adopción del acuerdo de distribución de beneficios, podría desincentivar la inversión en la entidad de crédito sin que, por otra parte, se ma-

como consecuencia de su participación en un aumento de capital de la entidad de crédito participada y no se refiere, por tanto, a los derechos políticos de las participaciones que ya ostenten las fundaciones bancarias en el momento de entrada en vigor de la Ley ni tampoco a los que deriven de acciones adquiridas al margen de un proceso de aumento de capital.

¹⁶⁹ En concreto, la disposición adicional décima LCAFB determina que los acuerdos de distribución de beneficios en estos casos «*estarán sujetos al quórum de constitución reforzado establecido en el art. 194*» LSC y «*deberán adoptarse por mayoría de, al menos, dos tercios del capital presente o representado en la junta*».

¹⁷⁰ El artículo 194 LSC establece un *quorum* reforzado de constitución consistente en la concurrencia de accionistas presentes o representados que, en primera convocatoria, posean al menos el 50% del capital social con derecho a voto y, en segunda, únicamente el 25%. En los casos en los que la norma resulta aplicable, probablemente el *quorum* exigido en primera convocatoria probablemente pueda alcanzarse con la única asistencia de la fundación bancaria a la reunión de la Junta General.

¹⁷¹ La propia disposición adicional décima LCAFB autoriza a que esta mayoría pueda reforzarse en los estatutos sociales de la entidad participada, no sabemos si fruto de una ironía del legislador dado que, al margen de que esta posibilidad ya existe con carácter general para todas las Sociedades Anónimas (y, por tanto, también para las sociedades anónimas bancarias en cuyo capital participen fundaciones bancarias), no parece que en los casos contemplados por la norma (en los que la fundación bancaria ostenta un porcentaje de capital superior al 50% del total o suficiente para atribuirle el control de la entidad), la fundación bancaria que ostenta el control de la entidad de crédito vaya a hacer valer su influencia para dificultar todavía más la adopción del acuerdo de distribución de dividendos que, en la generalidad de los casos, será la principal sino la única fuente de recursos para la propia fundación.

nifieste como una medida estrictamente necesaria para preservar la solvencia de la entidad de crédito, particularmente si tomamos en consideración las facultades que tiene atribuidas el Banco de España para el control y supervisión de la política de dividendos de las entidades de crédito¹⁷².

Bibliografía

- ARAGÓN MEDINA, J., BEDIA PÉREZ, P., MARTÍNEZ LÓPEZ, J. M.^a y MORENO BAQUERO, C., *El papel de las cajas de ahorros en la promoción del tejido productivo y la cohesión social*, Madrid, 2005.
- ARAGÓN REYES, M., GARCÍA VILLAVERDE, R., y SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *El régimen jurídico de las cajas de ahorros*, Madrid, 1991.
- ARIÑO, G., «Sobre la semejanza de las cajas españolas a las italianas en su proceso de reforma», *Cuadernos de información económica*, núm. 228, mayo-junio 2012.
- ARIÑO, G. y GARCÍA, M., *Vindicación y reforma de las cajas de ahorros. Juicio al Banco de España*, Pamplona, 2013.
- BENEYTO PÉREZ, J. M.^a (dir.), *Tratado de fundaciones*, Barcelona, 2007.
- CABRA DE LUNA, M. A. y FRAGUAS GARRIDO, B., *¿Qué son y qué quieren ser las fundaciones españolas?: una aproximación a sus roles y su futuro en el marco europeo*, Madrid, 2005.
- CALS I GÜELL, J., *El éxito de las cajas de ahorros. Historia reciente, estrategia competitiva y gobierno*, Barcelona, 2005.
- CASARES MARCOS, A. B., *Cajas de ahorros: naturaleza jurídica e intervención pública*, Valencia, 2003.
- *La historia de las cajas de ahorros: origen y evolución*, León, 2000.
- CASTELLÓ MUÑOZ, E., *El liderazgo social de las cajas de ahorros*, Madrid, 2005.
- CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE CAJAS DE AHORROS, *Comentarios al Anteproyecto de Ley de Cajas de ahorros y Fundaciones Bancarias*, Febrero 2013.

¹⁷² Aun cuando el porcentaje finalmente exigido se concreta en los dos tercios de los accionistas presentes o representados frente a la mayoría de tres cuartos prevista en el Anteproyecto, mantienen su vigencia las observaciones que en este aspecto realizó en su Informe el Consejo de Estado que, además de señalar que esta medida penalizaría a los accionistas minoritarios desincentivando la inversión futura así como el riesgo de que pudiera ser utilizada por inversores «activistas» (que persiguen obtener rentabilidad económica a través de la influencia en la adopción de decisiones en la entidad), hace referencia a los mecanismos de que dispone el Banco de España para supervisar y controlar la política de dividendos de las entidades de crédito (art. 43 Ley de ordenación bancaria de 31 de diciembre de 1946, el art. 76 del Real Decreto 216/2008, de 15 de febrero, de recursos propios de las entidades de crédito o la norma 118.^a de la Circular 3/2008, de 22 de mayo, del Banco de España).

- DE GUINDOS, L., MARTINEZ-PUJALTE, V. y SEVILLA, J. (dirs.), *Pasado, presente y futuro de las cajas de ahorros*, Pamplona, 2009.
- DE LORENZO, R., PIÑAR, J. L. y SANJURJO, T. (dirs.), *Tratado de Fundaciones*, Pamplona, 2010.
- EMBID IRUJO, J. M., «Notas sobre la naturaleza jurídica de las cajas de ahorros», *Documentación Laboral*, núm. 46, 1995, pp. 13 a 36.
- «Gobierno de la fundación (artículos 14 a 18)», en MUÑOZ MACHADO, S., CRUZ AMORÓS, M. y DE LORENZO GARCÍA, R. (dirs.), *Comentarios...*, cit., pp. 227 a 276.
- «Funcionamiento y actividad de la fundación (artículos 23 a 27)», en MUÑOZ MACHADO, S., CRUZ AMORÓS, M. y DE LORENZO GARCÍA, R. (dirs.), *Comentarios...*, cit., pp. 357 y ss.
- GARCÍA-ANDARADE GÓMEZ, J., «Objeto y alcance de la Ley de fundaciones. Concepto de fundación. Fines y beneficiarios. Aplicación de la Ley y figuras especiales», en MUÑOZ MACHADO, S., CRUZ AMORÓS, M. y DE LORENZO GARCÍA, R. (dirs.), *Comentarios a las Leyes de fundaciones y de mecenazgo*, Madrid, 2005, pp. 9-64.
- GONZÁLEZ CUETO, T., «Concepto de fundación», en BENEYTO PÉREZ, J. M.^a (dir.), *Tratado...*, cit., pp. 135 a 178.
- GONZÁLEZ MORENO, J. M., *Naturaleza y régimen jurídico de las cajas de ahorros*, Madrid, 1983.
- HANSMANN, H. y THOMSEN, S., «Managerial Distance and Virtual Ownership: The Governance of Industrial Foundations», *ECGI Finance Working Paper* núm. 372, julio de 2013.
- HIDALGO ROMERO, R., «Hacia la desaparición de las cajas de ahorros: la transformación de las cajas de ahorros en fundaciones de carácter especial», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2012.
- HIDALGO ROMERO, R. y PIAZZA DOBARGNES, L., «Consideraciones preliminares sobre la regulación proyectada de las fundaciones bancarias», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2012, pp. 27-36.
- HIDALGO ROMERO, R. y PINEDA MARTINEZ, A., «Consideraciones sobre la posibilidad de ejercicio indirecto de la actividad de Monte de Piedad por una Caja de Ahorros a través de un Banco», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2012.
- IGLESIAS PIE, M. y VERNIS, A., «Una aproximación a las fundaciones de empresas», en BENEYTO PÉREZ, J. M.^a (dir.), *Tratado...*, cit., pp. 859-904.
- LA CASA GARCÍA, R., *La fundación-empresa*, Madrid, 2009.
- MARDOMINGO COZAS, J. y SÁNCHEZ MONJO, M., «La transformación de las cajas de ahorros en fundaciones de carácter especial», *RDMV*, núm. 12, 2013, pp. 169-184.
- MARÍN LÓPEZ, J. J., «Fundación, sociedad mercantil y actividad empresarial (Algunas consideraciones al hilo de la RDGRN de 26 de noviembre de 1996)», *RdS*, núm. 10, 1998, pp. 318-338.

- MUÑOZ MACHADO, S., CRUZ AMORÓS, M. y DE LORENZO GARCÍA, R. (dirs.), *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y Mecenazgo*, Madrid, 2005.
- OLAVARRÍA IGLESIAS, J. (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Valencia, 2008.
- PEÑALOSA ESTEBAN, I. y SANJURJO GONZÁLEZ, T., «Órganos de gobierno y relaciones con los poderes públicos», en DE LORENZO, R., PIÑAR, J. L. y SANJURJO, T., *Tratado...*, cit., pp. 195-252.
- PÉREZ ESCOLAR, M., *La actividad económica de las fundaciones: tensiones legislativas e interés general*, Pamplona, 2008.
- POUS DE LA FLOR, M.^a P., *Las fundaciones. Aspectos jurídicos y fiscales: planificación de actividades y comunicación*, Madrid, 2010.
- ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R., *Las fundaciones bancarias: de cajas de ahorros a sociedades de capital: la experiencia italiana*, Granada, 2003.
- *El reparto de competencias en materia financiera en la doctrina del Tribunal Constitucional: especial consideración a las cajas de ahorros*, Pamplona, 2008.
- SALELLES CLIMENT, J. R. y VERDERA SERVER, R., *El patronato de la fundación*, Pamplona, 1997.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «De nuevo y hasta cuándo, ¿qué son las cajas de ahorros? (Comentario a la STS de 17 de enero de 2006)», *RDBB*, núm. 103, 2006, pp. 281-299.
- «Anteproyecto de Ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias», *RDBB*, núm. 129, 2013, pp. 324-325.
- SCARAMUZZI, F., «Las fundaciones en el sector bancario italiano», *Boletín económico del ICE*, núm. 2768, del 27 de enero al 2 de febrero de 2003, pp. 17-20.
- SERRANO CHAMORRO, M.^a E., *Las fundaciones: dotación y patrimonio*, Pamplona, 2010.
- SERRANO GARCÍA, I., «El patronato», en BENEYTO PÉREZ, J. M.^a (dir.), *Tratado...*, cit., pp. 507-585.
- UREÑA SALCEDO, J. A., *La influencia pública en las cajas de ahorros*, Madrid, 2005.
- VALERO AGÚNDEZ, U., *La fundación como forma de empresa*, Valladolid, 1969.
- VICENT CHULIÁ, F., «Sistemas institucionales de protección (SIP) y reestructuración bancaria, como derecho paraconcursal», *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, núm. 13, 2010, pp. 27 y ss.
- VV.AA., *Asociaciones y Fundaciones*, XI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Murcia, 2005.
- VV.AA., *Tendencias legislativas y tercer sector. Los modelos español e italiano*, Santiago de Compostela, 2005.

Las *Private Foundations* en EE.UU.: una categoría fiscal

Marta Montero Simó

Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario
Universidad Loyola Andalucía

Juan-Cruz Alli Turrillas

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Nacional de Educación a Distancia

SUMARIO: I. QUÉ SON Y CÓMO SON LAS *PRIVATE FOUNDATIONS*: 1. *Introducción: clarificando el contenido*. 2. *La «Private Foundation» americana: cómo, cuándo y por qué surge*: A) El volumen de fundaciones privadas en los EE.UU. actuales. B) Su origen histórico y las condiciones en que se desarrollaron: a) El origen remoto comparado entre Inglaterra y el Continente. b) El origen y desarrollo inicial en los EE.UU. c) Nacimiento de la «fundación» americana moderna. C) La aparición conceptual de la «fundación privada». 3. *Concepto, naturaleza y clasificación de la fundación privada americana*: A) El concepto y la naturaleza de la fundación privada. B) Clasificación de fundaciones privadas. C) Las nuevas figuras filantrópicas derivadas de la responsabilidad social de las empresas.—II. LA REGULACIÓN FISCAL DE LAS *PRIVATE FOUNDATIONS*: 1. *Las Private Foundations como entidades fiscalmente exentas*. 2. *Las sanciones impuestas por incumplimiento de sus obligaciones mediante excise taxes*: A) *Excise taxes* impuestas por incumplimientos relativos a autocontratación. B) Requisitos relativos a la distribución de beneficios y *excise taxes* como medida disuasoria ante la no distribución del patrimonio de estas entidades. C) La *excise tax* impuesta por superar los límites de participación en otras entidades (*excess business holding*). D) Inversiones que ponen en riesgo a la *Private Foundation* (*jeopardizing investments*). E) La *excise tax* por incurrir en gastos prohibidos. 3. *Pérdida del estatus de Private Foundation*. 4. *Deducibilidad de las donaciones efectuadas a las Private Foundations*.—III. CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

I. Qué son y cómo son las *Private Foundations*

1. *Introducción: clarificando el contenido*¹

Con frecuencia nos ocurre que tendemos a identificar lo que nominalmente se nos presenta de modo idéntico o al menos similar; es el efecto conocido, entre los traductores, como el de los «falsos hermanos»².

Este es el caso del término que denomina «fundaciones» y en particular cuando éstas se adjetivan de «privadas». Así, al leer o escuchar el nombre inglés-americano *Private Foundation*, podemos pensar que están hablando, simple y llanamente, de nuestra «fundación» que indebidamente solemos calificar como «fundación privada», en gran medida en oposición al malhadado concepto «fundación pública» que hemos traído a nuestro ordenamiento de un modo equívoco e impropio³.

Pero la (nuestra) fundación *privada* —en esto nos detendremos— no es exactamente «privada»; como tampoco la (nuestra) fundación *pública* es, estrictamente, pública. El sentido de *público* como proveniente de los poderes públicos, es decir de la Administración pública: creada y/o dependiente de tales, no es aquí una cualidad de uso adecuado. Tal sentido, por otro lado, está muy alejado del que se deriva conceptualmente de la adjetivación como «público» que se otorga en los EE.UU.

En todo caso, la fundación, en sí misma, es en nuestro ordenamiento una institución única y en gran medida unívoca. De tal manera que esas calificaciones que damos nosotros como «pública» o como «privada», solamente confunden su estricta naturaleza. La fundación solamente debería quedar adjetivada —y no de un modo muy ajustado, jurídicamente hablando— como «privada» o como «pública» estrictamente por razón de la o las persona o

¹ Los autores quieren agradecer la oportunidad que nos ha brindado la Asociación Española de Fundaciones, especialmente en la persona de Dña. Isabel Peñalosa, al coordinador de la obra, D. José Luis Piñar y la Editorial Iustel para participar en esta publicación con el resultado de sus respectivas investigaciones. En el caso de Juan-Cruz Alli, se trata de en parte de los resultados obtenidos durante el año sabático concedido por la UNED del pasado curso académico 2012/2013 como *Visiting Professor* en *Fordham University Law School*.

² Advertencia preliminar: Hemos conservado, prácticamente en todos los casos, la denominación *Private Foundation* (y *Public Charity*) para referirnos a las «fundaciones» americanas que estamos estudiando; daremos cuenta de la razón de todo ello en los siguientes epígrafes. También hemos conservado las mayúsculas en todos estos términos (y en otros como *Trust*, *Corporation*, etc.) por seguir el criterio general de los estudios americanos al respecto.

³ J.-C. ALLI TURRILLAS, *Fundaciones y Derecho administrativo*, Marcial Pons, 2010, pp. 461-466.

personas jurídicas que la constituyen y por el régimen jurídico de creación o constitución-creación⁴.

En fin, estrictamente hablando una fundación es, por su propia naturaleza, una institución que no es propiamente ni pública ni privada. O, mejor dicho, es pública y privada a un tiempo. Constituye una institución que es un elemento de conexión entre ambos, digámoslo así, sectores: el público y el privado. Es, como se ha señalado, *una institución privada para un fin público*⁵. La fundación es, así, el principal vector jurídico —en nuestro caso el más consolidado históricamente— en el modernamente denominado «tercer sector» (también «sector no lucrativo» y «sector voluntario» en otros países). Ocurre que este sector, como se ha puesto de relieve, carece, en sí mismo de una naturaleza jurídica precisa, siendo, más bien, una denominación social y económica, no por ello exenta de interés en absoluto⁶.

Pues bien, volviendo a hilo conductor, el término *Private Foundation* americano suele, con frecuencia, llevar a varias confusiones:

La primera confusión, de más grueso trazo, podría ser que esta institución es la denominación única de la «fundación» americana en general; no habría más tipo que éste. Evidentemente, enseguida surge una gran duda: ¿por qué existe, entonces, todo el complejo «*Non Profit Sector*» (en adelante NPS) que las incluye y, en cierto sentido, las absorbe en un todo más complejo?

La segunda sería su posible semejanza a nuestra fundación (privada), antes descrita, en contraste con las «fundaciones públicas». Así pues la *Private Foundation* es la fundación privada americana equiparable a la nuestra; en tanto que la *Public Charity* —de la que luego hablaremos— sería el equivalente a nuestra «fundación pública». Adelanto que tal traducción conceptual es un profundo error, además por partida doble.

La tercera, más fina, es que estamos ante su forma prototípica y casi única, en la medida en que todas las demás formas derivarían de ésta. Dicho de modo teórico o conceptual la *Private Foundation* es «la» fundación americana por antonomasia (aunque existieran otras formas; lo cual, muchas veces, como efecto colateral de esta confusión, hace que ni se plantee).

⁴ Para todo ello, J.-C. ALLI TURRILLAS, *Fundaciones y Derecho administrativo*, cit., *in toto*.

⁵ Esta idea subyace en nuestra mejor dogmática sobre el tema, como por ejemplo en: U. VALERO AGÚNDEZ, *La fundación como forma de empresa*, Universidad de Valladolid, 1969, entre otros.

⁶ J. L. PIÑAR MAÑAS, «Tercer Sector, sector público y fundaciones», en *Revista Española del Tercer Sector* núm. 1 (octubre-diciembre 2006), pp. 15-37.

Finalmente, una cuarta confusión, ya más limitada al ámbito jurídico, sería su aceptación —al ponerla en relación con la fundación española, o la *fundazione* italiana, o la *fondation* francesa, o la *stiftung* alemana— como una figura o institución con plena naturaleza jurídica (pues la nuestra lo es)⁷.

Adelantaré algo de manera breve, la fundación privada americana no es, estrictamente equiparable a la nuestra, pues no estamos hablando en los mismos términos conceptuales y jurídicos; aunque sí, en cierto sentido, metafísicos. Tampoco es su molde único, pues hay otros, como la *Public Charities*, entre otros. Ni siquiera es el prototipo, al menos histórico, de su «fundación». Ni tampoco es el más importante en términos numéricos. Finalmente, y estrictamente hablando, no se trata de institución jurídica digamos «completa».

No obstante todo ello, la *Private Foundation* se ha convertido, desde su aparición relativamente tardía, en el epitome del «mundo fundacional» americano. O, si se prefiere, es una suerte de prototipo —genotipo, incluso— de todas las demás formas de tipo fundacional (también en el extranjero). Lo cual es especialmente llamativo para ser una figura que aparece tardíamente y sobre la base de otras instituciones. Esto es así, apunto, porque ha recogido en sí la emergencia y desarrollo de lo que se denominara «caridad» y ahora altruismo, así como el nacimiento de una filantropía de amplio espectro y grandes cifras, acompañada de una construcción teórica, económica y social. Y todo ello dentro de un siglo, el xx, en el que EE.UU. se ha convertido en un Imperio, también en este ámbito. Aunque esto no hubiera sido posible sin una base anterior filantrópica e institucional «no lucrativa» muy poderosa.

* * *

Pues bien, todas estas son las dudas y confusiones que vamos a tratar de resolver, en primer lugar y como paso previo a estudiar el régimen jurídico básico de la *Private Foundation* americana. Así, en primer lugar, el trabajo versará sobre todo esto que ha sido expuesto: si es o no es una institución única. Si, siéndolo o no siéndolo, es la institución prototípica de todas ellas. Si es un término jurídico o no. Y, finalmente, si es equiparable, y en qué forma, al nuestro.

He de advertir, no obstante, que esta posible confusión no se produce únicamente en nuestro país o en nuestro ordenamiento, sino que trasciende a él, pues se encuentran confusiones similares en otros lugares como Alema-

⁷ J.-C. ALLI TURRILLAS, *La fundación, ¿una casa sin dueño? Gobierno, responsabilidad y control público de fundaciones en Inglaterra, EE.UU., Alemania y Francia*, Iustel, 2012, pp. 685-690.

nia, Francia e incluso en Inglaterra; como veremos brevemente⁸. Por eso será necesario hacer varias precisiones comparadas. En segundo lugar, como se ha advertido, este trabajo recorrerá los aspectos básicos y capitales de su régimen jurídico general o sustancial y de la compleja fiscalidad.

2. *La Private Foundation americana: cómo, cuándo y por qué surge*

A) *El volumen de fundaciones privadas en los EE.UU. actuales*

Lo primero que llama la atención son las impresionantes cifras del conjunto del sistema fundacional americano, situadas a años luz, en términos absolutos y comparados, de las cifras del sector fundacional en cualquier país de Europa⁹.

Según los últimos datos disponibles en la página del *National Centre for Charitable Statistics (NCCS)*, *Urban Institute*, que hace digeribles los datos brutos del *Internal Revenue Service* (Autoridad fiscal federal, o IRS en adelante), existían en 2009 unas 120.810 «fundaciones privadas», según esta división de acuerdo con el montante de los bienes totales que tienen (2009)¹⁰:

Cifras que, no obstante, el Almanaque que publica, de manera ya más elaborada, tal instituto sobre datos más filtrados por Estados, años y registros del IRS, señala que el número de fundaciones privadas en EE.UU. es de 97.435 (y 956.738 *Public Charities*). Lo cual tiene sentido si no se computan las que llevan dos años sin realizar el F-990 en el IRS; sumándoles el crecimiento de estos tres años¹¹.

⁸ De hecho, el Estatuto europeo de fundaciones ha tratado de unificar un cierto concepto de fundación para toda Europa. Para ello se basó en un informe que pone de relieve las diferencias conceptuales entre todos los países de la UE. Del estudio final se deriva, bajo mi punto de vista, que estamos ante una institución de esencia *común*, pero con grandes diferencias en su *existencia*, debido a la realidad histórica de la fundación en cada país. Tal esencia común es la que ha permitido llegar al punto de presentar un estatuto común. *The Feasibility full report for the EU Commission on a European Foundation Statute*, CSI-Heildeberg Universität-Max Planck Institute, 2009. European Foundation Centre Task Force, *Foundations in the European Union*, Brussels, 2008 (www.efc.eu). K. J. HOPT, W. RAINER WALZ, T. VON HIPPEL y V. THEN, *The European Foundation. A New Legal Approach*, Cambridge University Press, 2003.

⁹ Por más, en este sentido, que el primer informe citado en la nota anterior lo quiera negar (en parte porque compara solamente las *Private Foundations*; sin incluir a las *Public Charities* como parte del conjunto «fundacional» (que no del *non profit sector*, en su conjunto): J.-C. ALLI TURRILLAS, *La fundación, ¿una casa sin dueño?...*, cit., pp. 687-690.

¹⁰ Para un estudio más completo de todo el sector, en términos sociológicos y actuales: L. M. SALOMON, *The State of Non Profit America*, Brookings Institution Press, Washington DC, 2012.

¹¹ Se ha producido un decremento en el número de fundaciones privadas en este Registro por varios motivos: Primero porque desde 2009 el IRS está realizando un estudio de

Total Asset Level	Number	Number Filing With IRS in Past 2 Years	Total Revenue	Total Assets
1-Under \$1 mil	58,538	55,591	3,298,926,031	15,363,736,867
2-\$1-10 mil.	29,453	27,625	7,781,948,867	73,466,872,946
3-\$10-25 mil.	3,174	3,132	5,215,044,056	48,813,229,630
4-More than \$25 mil.	2,558	2,531	27,525,260,093	444,933,691,884
5-No 990-PF in past 2 years	27,087	0	0	0
Total	120,810	88,879	43,821,179,047	582,577,531,327

Fuente: IRS Business Master File 04/2010 (with modifications by the National Center for Charitable Statistics at the Urban Institute)

Tales datos son, de por sí, muy interesantes. Pero aún lo son más si los ponemos en relación con otros que los acompañan. Los cuales, además, nos ayudaran a las ulteriores aclaraciones conceptuales y jurídicas.

— El primero es que las *Private Foundations* se encuentran en el apartado 501(c)3 del Código fiscal (IRC) junto con las *Public Charities*. Todas ellas, en cifras de 2013, constituyen un conjunto de un millón seis mil organizaciones (excluimos otras que no son de tal tipo, que constituyen cerca de medio millón adicional). Por lo tanto, estas alrededor de cien mil instituciones tipo fundación privada constituirían en torno al 6-7% del total de las organizaciones no lucrativas exentas, en mayor o menor medida, de tributación ante la autoridad fiscal (el IRS). Tal cifra, no obstante, se ha incrementado en los últimos años de un modo notable, pues las *Private Foundations* han ido acrecentándose dentro de las cifras globales de entes no lucrativos. Lo cual nos interesa como dato a tener en cuenta para el tema de las deducciones fiscales.

— El segundo que las *Private Foundations* se clasifican, de acuerdo con el IRS, en dos tipos: las donantes y las operativas; estas últimas son relativamente pocas y se asemejan —luego trataremos de modo teórico todas estas

fundaciones registradas y actividad, para ir eliminado aquellas que han desaparecido, o dando de bajas aquellas que no cumplen con los tests que veremos. Segundo por el arreglo de 2008 del *Advance Ruling Process* y la eliminación del *Public Support Test* como primer paso, que hace que sea más fácil caer bajo el paraguas «*Public Charity*» que «*Private Foundation*» (antes era al contrario). Esto ha producido una reducción paulatina, que todavía no ha acabado. A. S. BLACKWOOD y K. L. ROEGER, *Applications for 501(c)3 Tax Exempt Status Declining: Recession or Rule Changing?*, Urban Institute, January 2013. www.urbaninstitute.org

cuestiones— a las *Public Charities*. Son, pues, un híbrido entre ambas, un camino intermedio que, de algún modo, recoge elementos de ambas. No obstante haremos algunas clarificaciones algo más abajo¹²:

	1998		2008		
501(c)(3) Private Foundations	70,480	6.1%	115,340	7.5%	63.6%
Private Grantmaking (Non-Operating) Foundations	67,625	5.8%	110,099	7.2%	62.8%
Private Operating Foundations	2,855	0.2%	5,241	0.3%	83.6%

El segmento de las fundaciones privadas mueve, como puede verse, una importante cantidad de dinero, tanto en términos del patrimonio y dotación que tiene, como del montante de dinero que destina a los fines y objetivos que promueve a través de los proyectos que apoya de otros tipos de fundaciones y organizaciones no lucrativas (o de los que ella misma preste en el caso de ser una fundación prestadora). Podría resumirse su posición, sin perjuicio de posteriores matizaciones, como un «canal» de dinero entre personas físicas o jurídicas y estructuras organizativas que prestan bienes públicos¹³.

B) *Su origen histórico y las condiciones en que se desarrollaron*

a) El origen remoto comparado entre Inglaterra y el Continente

Apuntado *grosso modo* el volumen general de las fundaciones privadas, parece preciso señalar cómo surgió este fenómeno peculiar, antes de llegar al momento en que esta figura se convierte en una institución particular y, así, acabar con su formalización jurídica, sustantiva y fiscal. A continuación se expondrá su régimen general y, finalmente, los aspectos fiscales más importantes y las novedades producidas.

Puede decirse que el concepto «fundación» es un eterno fantasma que ha vagado por el ordenamiento jurídico anglosajón, tanto con el término latino *fundatio* como con su traducción *foundation*. Este concepto ha circulado por

¹² <http://nccs.urban.org/statistics/>

¹³ No en vano se han definido, de modo algo sardónico, como «*a large body of Money completely surrounded by people who want some*». D. MACDONALD, *The Ford Foundation: the Men and the Millions* (publicado originariamente en 1955), Transaction Publishers, reedición de 2011, p. 3.

caminos paralelos tanto al nuestro, como a otros que han ido apareciendo en las páginas precedentes y seguirán apareciendo en las que vengan. Curiosamente, la ausencia de una identidad jurídica «fundación» tan fuerte como la nuestra —pese a que su sector sea enormemente más fuerte en términos reales— ha derivado en conceptualizaciones vagas pero tremendamente poderosas, como toda la teorización del «sector no lucrativo».

Estrictamente, puede decirse que el término «fundación» quedó circunscrito a tres conjuntos de instituciones, relacionados con todo lo que estamos examinando pero no formando, cada uno, conceptos estrictos. El primero es ciertas instituciones históricas de carácter «caritativo» (*Eleemosynary Corporations*; equivalentes a nuestras *pías causas*). El segundo a las instituciones clásicas educativas de tipo universitario, normalmente tipo «consorcios público-privados», en particular algunas en Inglaterra (muchas veces llamadas *institutions*). Y, en tercero, a la mera acción de fundar o establecer algo en su sentido más operativo *fundatio percipiens* y *fundatio incipiens*. Ambos son términos romanos utilizados en la formación de las fundaciones antiguas previamente a la consolidación de figuras de origen germánico y sajón, como el *feoffe*, los *uses* y otras fórmulas de origen normando ¹⁴.

En efecto, hubo *fundaciones* en la Inglaterra previa a su «desaparición» jurídico-política, y su conversión en la *Charity* bajo el *Common Law*, y por mor de la Reforma Anglicana, que tuvo efectos extraordinarios sobre este sector¹⁵. Algunas de tales fundaciones, creadas bajo Carta regia o eclesiástica, se mantuvieron y aún se mantienen: *Colleges*, Universidades, algunos Hospitales¹⁶. Pero aún estando en la base histórica de la *Charity*, las fundaciones en realidad se desgajaron de ésta nueva figura que, puede decirse, se constituye formalmente a partir del siglo xvii¹⁷. Si se prefiere, dicho de otra manera, los mismos o parecidos elementos básicos de filantropía, caridad, deseo de perdurar, ánimo no lucrativo, prestación de bienes de «interés general», que han dado lugar —no sin una profunda crisis durante la Ilustración y el siglo xix— a la *fundación* moderna en los países de régimen civil (Francia, España, Italia y, en cierta medida, Alemania), en Inglaterra se unieron y convergieron, por

¹⁴ J. WARBURTON, *Tudor on Charities*, 9.^a ed., Sweet & Maxwell, London, 2003, párrafos 10-068 y 10-069. Más en general para la evolución histórica, muy difusa. R. HELMHOLZ y R. ZIMMERMANN, *Itinera fiduciae. Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998, en especial los estudios de las pp. 111-171.

¹⁵ Proceso explicado en J.-C. ALLI TURRILLAS, *La fundación, ¿una casa sin dueño?...*, cit., pp. 47-55.

¹⁶ J. WARBURTON, *Tudor on Charities*, cit., párrafos 10-068 y 10-069.

¹⁷ G. JONES, *History of the Law of Charity 1535-1827* (1969), Cambridge University Press, reimpression 2008, *in toto*.

caminos muy complejos —eclosionados tres siglos antes a la Revolución francesa durante la Reforma anglicana— en otra forma social paralela a nuestra *Fundación*, denominada *Charity*¹⁸.

Todas aquellas instituciones previas, cuyo estudio omitimos, se consolidaron tempranamente en una institución social e incluso política, pero no jurídica, llamada *Charity*. Tal institución era un patrimonio dotado de un fin de interés general, estrictamente caritativo, no religioso —pues es la Reforma anglicana la que les da carta de naturaleza «secular»—, dirigida por un «patronato» y autorizado-supervisado por la autoridad pública. Bajo tal régimen se soslayó la legislación anti-amortizatoria que también existía en Inglaterra¹⁹. Pero en sí misma la *Charity*, aunque ordenada por una norma tan temprana como el Estatuto Elizabeth de usos caritativos de 1601, carece de forma jurídica, siendo una institución social.

Precisamente por tal ausencia de abstracción en una figura jurídica única, el sistema anglosajón utilizó el «gran invento» que fue el *vector* jurídico del *Trust* para dotarla de vida jurídica —y, por lo tanto, su gobierno lo realizan los *trustees*—²⁰, y posteriormente en el siglo XIX el de la *Corporation*. Es impresionante contemplar —pero se aleja de nuestro propósito— el itinerario vital del *Trust* y la *Charity* en Inglaterra, y cómo éste transcurre de modo paralelo, pero no coetáneo, con la *fundación* y la caridad-filantropía en el continente²¹.

En tanto tal institución se consolidó en una Inglaterra preocupada por la beneficencia, la educación y la prestación de determinados servicios sociales

¹⁸ Para ello, G. JONES, *History of the Law of Charity 1535-1827*, cit., *in toto*.

¹⁹ *Feoffes y uses*, instrumentos jurídicos muy antiguos de trazado histórico difícil, mezcla de instituciones normandas, germánicas y sajonas, influidas —en los diversos lugares, además, por los que habían ido pasando— por el Derecho romano, como fórmulas de proteger los bienes de la nobleza, su traslación y enajenación, y de algunas órdenes religiosas —los Franciscanos, por ejemplo, para evitar tener la posesión, prohibida por sus *Statuta*, de tener bienes— y soslayar las prohibiciones de amortización y perpetuidades (manos muertas) establecidas en el *Common Law*; encauzadas por la vía de los Tribunales de la *Chancery* (eclesiásticos, dicho sea grosso modo) y de la *Equity*, que se aliaron con la caridad para acabar dando lugar a la institución *Charity: Trust* caritativo con posibilidad de vincular perpetuamente bienes, una suerte de fiducia-fideicomiso anglosajón, similar a nuestra fundación, pero que es una peculiaridad del *Common Law (& Equity Law)*, protegido ya por los tribunales ordinarios y estatuido por Ley (*Elizabeth Act of Charitable Uses*, 1601).

²⁰ «*The greatest feat that men of our race (had) performed in the field of jurisprudence*», dirá F. W. Maitland (citado en R. HELMHOLZ y R. ZIMMERMANN, «Views of *Trust and Treuhand: An Introduction*», en *Itinera fiduciae...*, cit., p. 34 (nota 34). Figura incomprensible para Gierke y para los códigos continentales hasta tiempos muy recientes (*ibidem*, p. 27).

²¹ A ello espero poderle dedicar un estudio más preciso en un breve tiempo, puede verse: R. HELMHOLZ y R. ZIMMERMANN, *Itinera fiduciae...*, cit., *in toto*.

a lo largo de los siglos xvii al xix, en la mayor parte de los países continentales existen aún multitud de instituciones que bajo tales elementos —un patrimonio destinado a un fin y gobernado heterónomamente por un patronato— encubren fines públicos y privados, por resumirlo de algún modo²². De ahí que en el siglo xix, en Francia, Italia, España y algunos Estados de Alemania se produzca una eclosión antiamortizatoria que acabe con la práctica desaparición de unas y otras durante el siglo xix. Hecho que ya había ocurrido en Inglaterra bajo el reinado de Enrique VIII y la legislación sobre «usos [*uses* en aquel momento es la forma jurídica primitiva que da lugar al *Trust*] caritativos» establecido por el Estatuto de la Reina Isabel I²³.

También hubo otra importante diferencia con el Continente —muy unida a todo lo anterior—, la teorización de la «personalidad jurídica». Esta doctrina, desarrollada desde el Derecho romano, especialmente durante la tardía Edad media y eclosionada durante tal siglo durante codificación civil y la pandectística alemana²⁴, permitió que, finalmente, se reconociera de un modo u otro una institución que condensa tales características, que repito, patrimonio *privado* dotado (por un fundador), para un fin de «interés general», gobernado por un «patronato» heterónimo y, en gran medida, supervisado por los poderes públicos de un modo u otro. Como tal goza de autonomía y, sobre todo, forma parte del conjunto de instituciones dotadas de «personalidad jurídica» propia y autónoma. Las fundaciones, como son parte de las *universitas rerum*, frente a las *universitas personarum* o asociaciones.

Aquí —en España, Francia, Italia y en cierta medida Alemania— al final del siglo xix y comienzos del siglo xx de un modo más o menos fuerte, apareció una institución cartesiana —«clara y distinta»— denominada «fundación» (*fondazione, fondation, stiftung, fundación*). En todos estos casos (re)nació durante el siglo xix y xx una institución jurídica a la vez que social y económica. Finalmente, de un modo mejor o peor, sucesivos códigos civiles las reconoceran o aceptarán tácitamente en todos estos lugares. En Francia, por

²² Para entender, precisamente, tal situación: la heteronomía de la fundación en su ser histórico, debe leerse F. TOMÁS Y VALIENTE, «Estudio previo», en VV.AA., *Comentarios a la Ley de fundaciones y de incentivos fiscales*, ELE & Marcial Pons, 1995; y, de manera más extensa C. MALUQUER DE MOTES, *La fundación como persona jurídica en la Codificación civil: de vinculación a persona (estudio de un proceso)*, Publicaciones de la Universidad de Barcelona, 1983, *in toto*.

²³ W. K. JORDAN, *Philanthropy in England 1480-1660. A study of the Changing Pattern of English Social Aspirations*, Allen & Unwind, 1959.

²⁴ S. PANIZO ORALLO, *Persona jurídica y ficción. Estudio de la obra de Sinibaldo de Fieschi (Inocencio IV)*, EUNSA, Pamplona, 1975; y F. de CASTRO Y BRAVO, *La persona jurídica*, 2.ª edición, Civitas, Madrid, 1991, ambos en su totalidad.

su particular historia, no re-aparecerán legalmente de modo definitivo ¡hasta la Ley de Mecenazgo de 1987!²⁵

Dado su pragmatismo, la ausencia de esa teorización tan fina sobre la «persona jurídica» de los ordenamientos anglosajones produjo —no obstante su solidez y gran entereza— una institución de tipo «fundacional» muy diferente a la nuestra. Es una institución social que necesita de diversas formas jurídicas para su existencia (*Trust, Corporation, Association*), u otras. No tiene, pues, personalidad jurídica propia; sino que ésta es, cuando existe —pues el *Trust* no la tiene— está mediada por esa otra forma jurídica. El lado más positivo de todo ello es que la responsabilidad se ciñe mucho mejor a las personas que las dirigen. De ahí el desarrollo tan notable y certero de los deberes fiduciarios de los *Charity boards* de *trustees* o de los directivos de la Corporación que se ha desarrollado en el ordenamiento inglés y americano²⁶.

Podría, dado todo lo indicado, preguntarse lo siguiente ¿es que no existía con anterioridad a la codificación tal institución «fundacional»? No y sí. Esta institución es la formalización jurídica de una serie de elementos que provienen de la unión, tardía, de formas jurídicas del Derecho romano y de la caridad cristiana. Y esto aquí como allí. Con la decantación de los «usos privados» y el desprendimiento del lastre «amortizado» durante la larga marcha que viene desde la Revolución francesa —aunque con encontronazos larvados tiempo antes²⁷— hacia su nacimiento contemporáneo, la figura se decanta y fragua la institución «fundación» tal y como hoy la conocemos, su nombre; su identidad jurídica; sus características principales; y, sobre todo, el fin de «interés general» al que está atada de manera muy clara entre nosotros. Por eso puede afirmarse que el concepto, con todo lo que lleva consigo, «fundación» y su naturaleza jurídica es un fruto tardío de final del siglo XIX y comienzos del XX²⁸.

En Inglaterra, como apuntaba, por caminos distintos, tal decantación se había producido ya durante la reforma anglicana; lo cual unido a su muy

²⁵ Tal y como puede (no) verse en el estudio más completo sobre las fundaciones en Francia, comparándolas con otros países, hasta tiempos muy recientes M. POMEY, *Traité des fondations d'utilité publique*, PUF, 1.ª ed., 1980.

²⁶ Y sobre lo cual el estudio más completo, además en términos comparados, es: HOPT, K. J. y T. V. HIPPEL (dirs.), *Comparative Corporate Governance of Non-profit Organizations*, Cambridge University Press, 2010; y la parte correspondiente de cada capítulo en J.-C. ALLI TURRILLAS, *La fundación, ¿una casa sin dueño?*, cit.

²⁷ J.-C. ALLI TURRILLAS, *Fundaciones y Derecho administrativo*, cit., pp. 76-94.

²⁸ C. MALUQUER DE MOTES, *La fundación como persona jurídica en la Codificación civil...*, cit., *in toto*.

diferente régimen jurídico dió lugar a su peculiar forma «fundacional», la *Charity*. En todo caso en ambos lugares, también con formas muy distintas se consolidó, de un modo u otro, un progresivamente más intenso sistema de vigilancia público que ha sido fundamental para entender esta institución como un híbrido público-privado²⁹.

b) El origen y desarrollo inicial en los EE.UU.

Los Estados Unidos recibieron herencias de prácticamente todas las tradiciones antes descritas; pero especialmente de la británica, si bien muy adaptada a su desarrollo histórico y geográfico³⁰. Es decir, a ellos llega principalmente la *Charity*, el *Trust* caritativo —la forma británica de nuestra fundación—, con todo su estilo. También llegaron, de un modo no tan fuerte, las Leyes anti-amortizatorias³¹. No obstante, varios factores cruciales otorgan al modelo americano, desde el principio, unas características muy singulares.

El primero es la ausencia de poderes públicos y de una suerte de embrionario «Estado social» como el que se venía apuntando en Inglaterra desde el siglo XVIII. Tampoco se reprodujo el peculiar liberalismo que europeo del siglo XIX, que acaba en el modelo del *welfare state* del siglo XX.

El segundo, la manera en que se independizó y constituyó como País autónomo, lo cual unido a su tamaño, las distancias y la dispersión, tuvo varios efectos. De un lado un recelo hacia una excesivamente interventiva autoridad pública en asuntos que no fueran, digamos, «soberanos» —y aún en ellos—; de otro, a modo de envés, la necesidad de auto-prestarse comunitaria y autónomamente tales «servicios públicos» (educación, sanidad, beneficencia, etc.). Todo ello lo apreció con clarividencia Tocqueville en su famoso libro *La Democracia en América* y en lo que tanto tiene que ver las diversas olas religiosas e inmigratorias, muy marcadas por las comunidades primigenias,

«En el nombre de Dios, clamaron por: (1) el derecho de existir (2) el derecho a auto-organizarse (3) el derecho a cuidar de sus propios vecinos, y (4) el derecho

²⁹ J. J. FISHMAN, *The Faithless Fiduciary And the Elusive Quest for Nonprofit Accountability 1200-2005*, Carolina Academic Press, 2007, pp. 35-222.

³⁰ L. M. FRIEDMAN, *A History of American Law*, Touchstone Books, Simon & Schuster, 2.^a ed., 1985; y también puede verse su evolución general en G. A. BILLIAS, *Law and Authority in Colonial America*, Barre publishers, New York, 1965.

³¹ P. D. HALL, *The Statute of Charitable uses and the English Origins of American Philanthropy*, en <http://www.hks.harvard.edu/fs/phall/01.%20Charitable%20uses.pdf>

a establecer y defender sus ideas públicamente. Lo cual tuvo un decisivo impacto en la Historia Occidental»³².

El Tercero, la importancia popular, social y constitucional del derecho a la libertad individual, en especial de expresión; la cual fuerza una importante libertad asociativa en defensa de tal libertad y de los derechos de prestación tal y como cada quien prefiera³³. Esto está muy unido a un enorme libertad religiosa y multi-confesionalidad, debida a variedad de credos (y pese a un comienzo histórico no exento de problemas). Todo ello produjo un «muro de separación» en la intervención pública sobre la sociedad en general. Y que tal «no intervención» sea no tanto negativa como positiva; todo es aceptado y apoyado por la vía indirecta de la exención fiscal que implica una profunda y activa no-interferencia (pero no de la subvención, más bien colateral). Se entiende y acepta que de tales libertades, expresión, asociación y religión, deben estar apoyada por una gran libertad económica³⁴. Lo cual quiere decir, a la postre, beneficios fiscales, no tasación de estas actividades³⁵.

Todo ello dio lugar, junto con otros muchos factores que sería tedioso recoger a un imparable fenómeno que atravesó el siglo XIX con una gran fuerza y se consolidó en el siglo XX de un modo muy llamativo³⁶. Jurídicamente la situación es, en cierto modo, muy similar a la británica. La «fundación» se convertirá, pues, tanto una institución jurídica, en un fenómeno socio-político. Las formas jurídicas son —frente a una más conservadora Gran

³² M. STACKHOUSE, «Religion and the Social Space for Voluntary Institutions», en *Faith and Philanthropy in America* (R. Wuthnow & V. A. Hodgkinson), Jossey-Bass, San Francisco, 1990, p. 25.

³³ Y que F. FUKUYAMA señala, precisamente, como una de las bases del *Trust*, sustento importantísimo de la sociedad moderna occidental, *Trust: The Social Virtues and the Creation of Prosperity*, Free Press, New York, 1995. Para, en particular, la base de libertad que tiene el sistema fundacional americano, puede verse D. M. SCHIZER, «Subsidizing Charitable Contributions: Incentives, Information, and the Private Pursuit of Public Goals», en *Tax Law Review* núm. 62 (2009), pp. 221 en adelante.

³⁴ Ideas derivadas de F. FUKUYAMA, *Trust: The Social Virtues and the Creation of Prosperity*, cit., *in toto*; y B. R. SIEVERS, *Civil Society, Philanthropy and the Fate of Commons*, Tufts University Press, 2010.

³⁵ Esto explica la gran libertad fundacional, los beneficios fiscales que tuvo durante todo el siglo XIX —aún antes de que hubiera un verdadero sistema fiscal federal progresivo (que aparece en 1917)— y las tensiones y el rechazo que produjo, inicialmente, la gran reforma de 1969 (reforma, no obstante, que todos están de acuerdo que ha acabado fortaleciendo enormemente al sector) T. C. REEVES (ed.), *Foundations Under Fire*, Cornell University Press, Ithaca, 1970.

³⁶ Para la historia general O. ZUNZ, *Philanthropy in America: A History*, Princeton University Press, 2012. W. I. TRATTNER, *From Poor Law to Welfare State. A History of Welfare State in America*, The Free Press, 2.ª ed., 1979. K. D. MCCARTHY, *American Creed. Philanthropy and the Rise of Civil Society 1700-1865*, University of Chicago Press, 2003. Todos ellos en su totalidad.

Bretaña y por un inicial rechazo a sus formas (principalmente el *Trust*)³⁷—: Sociedades Mercantiles tipo *Corporation*, otras formas sociales de tipo asociativo (aunque también el *Trust*)³⁸. En todo caso se trata de formas jurídicas que permiten ceñir muy bien la responsabilidad del gobierno de la institución; cuestión siempre presente en el Derecho anglosajón para el cual la ficción jurídica «persona jurídica» es un sistema evasor de la responsabilidad personal.

Pese a la simplificación de lo expuesto, durante siglo XIX las «fundaciones» americanas también sufrieron sus más o menos pequeñas crisis de esencia y existencia. Pero en ningún momento son realmente puestas en duda como lo fueron entre nosotros desde la Enciclopedia hasta bien entrado el siglo XIX (por no decir más adelante). Sus «fundaciones» se convirtieron desde muy pronto en una parte esencial del entramado social, aunque su naturaleza no esté del todo clara al comienzo, son *charities*, *eleemosnary institutions*, a veces simplemente *Charitable Corporations*, *Charitable Trusts*, *Non Profit Organizations*, etc.³⁹. No hay una figura única ni unívoca, ni en su nombre, ni en su naturaleza. Esto se debe, en gran medida, a la ausencia —en gran medida voluntaria; es decir, buscada o al menos conseguida merced a la historia jurídica del *Common Law*⁴⁰— de un nivel de abstracción tan fuerte como el europeo-continental. Lo cual, por ejemplo, hace que no exista la teorización de la «persona jurídica» ni la «fundación» como ente jurídico concreto (a la vez que abstracción conceptual)⁴¹. No obstante el fenómeno es imparable en tamaño y prestaciones ya desde entrado el siglo XIX.

Esta «variedad» institucional ha tenido muchas consecuencias ancladas en los hechos descritos, la gran «libertad» formativa y constitutiva, en fines, formas, medios, la multiplicidad de instituciones, fines, fórmulas, etc., según el

³⁷ H. S. MILLER, *The Legal Foundations of American Philanthropy 1776-1844*, The State Historical Society of Wisconsin, Madison escrito en 1961, reeditado por the Hauser Center, Harvard University, 2006, pp. 10 y ss. P. D. HALL, «A Historical Overview of Philanthropy, Voluntary Associations, and Nonprofit Organizations in the United States 1600-2000», en *The Nonprofit Sector. A Research Handbook* (eds. W. W. POWELL y R. STEINBERG), 2.ª ed., Yale University Press, New Haven, 2006, pp. 36-37.

³⁸ J. J. FISHMAN, *The Faithless Fiduciary...*, cit., pp. 237-247.

³⁹ Véase, para entender tal construcción, especialmente H. S. MILLER, *The Legal Foundations of American Philanthropy 1776-1844*, cit., *in toto*.

⁴⁰ En general G. RADBACH, *El espíritu del Derecho inglés* (1946), Marcial Pons, 2000, especialmente los capítulos 1 y 2.

⁴¹ Aunque sí existirá la *Artificial Person*, más parecida a nuestra figura original de la Persona Ficta, y siempre circunscrita a su uso por las *Corporations* de tipo mercantil (*Companies*); de hecho cuando otras instituciones así la utilizan, es por ósmosis con las figuras comerciales. F. de CASTRO, *La persona jurídica*, cit., pp. 137-260.

lugar geográfico y la religión de sus habitantes, etc. Pero ¿cuáles son sus causas, más ordenadamente que todo lo expuesto hasta ahora?

Una primera causa, muy simple e inmediata —la cual explica también su contraste con Inglaterra y, en cierto sentido, con los países de Código civil— es la historia de la formación territorial de los EE.UU., que fraguan en un modelo federal. El cual lleva a que cada Estado tenga su propio régimen jurídico civil (por ejemplo, las formas de *Trust*), de instituciones mercantiles y comerciales, o incluso su propia regulación de las actividades prestatorias, así como las distintas formas de control público⁴². En efecto, debido a la peculiar formación histórica del modelo federal de los EE.UU. durante la primera parte del siglo XIX, cada Estado —dentro de varios conjuntos de tendencias⁴³— tuvo una aproximación diferente en su modo de regular e intervenir sobre este tipo de instituciones basadas en un patrimonio dotado para un fin caritativo-filantrópico. De hecho la Sentencia del Tribunal Supremo que dio carta de naturaleza a las *Charities* tuvo, precisamente, como causa una cuestión de poderes públicos de intervención precisamente al ventilar un asunto «competencial» entre un Estado o la Federación⁴⁴.

Así, si nos fijamos en el primer aspecto señalado, se formaron tres grandes grupos de Estados con una regulación diferente hacia el fenómeno «no lucrativo». Un primer grupo con una regulación muy acogedora a cualquier forma y fin; otro segundo conjunto con un sistema que las acepta pero de un modo más regulado y supervisado por los poderes públicos en mayor o menor medida; y un tercer grupo de Estados que prácticamente las rechaza como una forma heredada del régimen colonial británico y basándose, a su vez, en la tendencia *ilustrada* a prohibir las manos muertas, las amortizaciones; muy en la línea francesa de combatir los «cuerpos intermedios»⁴⁵.

Esta triple modelización estuvo muy atada, inicialmente, a la pugna entre las dos grandes tendencias sobre la organización general de los EE.UU. La primera sería un intervencionismo público de las autoridades locales sobre la sociedad, a modo jacobino, bajo un modelo territorial más bien confederal, propio del partido *jeffersoniano* o popular. La segunda sería el autonomismo individual, bajo un sistema territorial más federalista —y por lo tanto con unos mayores poderes de la Administración central— como tendencia pro-

⁴² H. S. MILLER, *The Legal Foundations of American Philanthropy 1776-1844*, cit., pp. 10-12.

⁴³ P. D. HALL, «A Historical Overview of Philanthropy...», cit., p. 37 y ss.

⁴⁴ *Trustees of Dartmouth College v. Woodward*, 17 U.S. (4 Wheat.) 518, 636 (1819) <http://supreme.justia.com/us/17/518/case.html>. D. C. HAMMACK, *Making the Non Profit Sector in USA. A Reader*, Indiana University Press, Bloomington, 1998.

⁴⁵ P. D. HALL, «A Historical Overview of Philanthropy...», cit., pp. 36-37.

veniente de un liberalismo de la propiedad y los derechos individuales tipo lockiano, propio del partido *hamiltoniano*⁴⁶.

Por otro lado todo ello también está conectado con las diferentes características de la filantropía regional según las comunidades sociales y religiosas que formaban parte propia de cada región o Estado. Así, por ejemplo, las zonas de influencia española, más «institucional» por ser más dependiente de las autoridades públicas y la Iglesia católica; frente a otras zonas más autonomistas y auto-prestatorias, más derivados de la ética «protestante», bajo las muy diversas caracterizaciones que allí tuvo⁴⁷. Pese a que este debate es muy inicial, en cambio esta regulación se mantiene durante todo el siglo XIX y aún se aprecian sus consecuencias. Todo ello convergió con las fortísimas inmigraciones del último tercio del siglo XIX y la enorme expansión industrial y territorial, produciendo un modelo «no lucrativo» de una riqueza y extensión extraordinaria, que no es posible recorrer⁴⁸.

Una segunda causa, mucho más precisa en términos legales que todo lo anteriormente expuesto, eclosiona gracias a un asunto derivado de la pugna Estados-federación. Se trata del Caso *Trustees of Dartmouth College vs Woodward* (1819). Si bien por ser tan temprano no representa todo lo antes apuntado sí sirvió de pauta posterior para su desarrollo, pues se convirtió en el paradigma sobre la naturaleza político-social de las «fundaciones» en EE.UU. Se trata de un momento crucial en la Historia de la fundación americana por varios motivos:

El primero es que dilucidaba la forma jurídica que *vectorizaba* el fin caritativo. La forma era un *Trust* que quería transformarse en una *Corporación*, en este caso caritativa. El fin caritativo era en este caso educativo; una de las cuatro cabezas de la *Charity* en la legislación británica⁴⁹. Como tal corpora-

⁴⁶ G. S. WOOD, *The Creation of the American Republic 1776-1787* (escrito en 1969), University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1998, pp. 222 y ss. Con respecto a las *Charities* R. H. BREMNER, *American Philanthropy*, Colección *The Chicago History of American Civilization* (dir. D. J. Boorstin), University of Chicago press, 2.ª ed., 1988, pp. 40-71. P. D. HALL, «A Historical Overview...», cit., pp. 33-36.

⁴⁷ Para el modelo originario de tipo protestante, en relación con otras confesiones y sus aportaciones posteriores, puede verse, recientemente K. D. MCCARTHY, *American Creed. Philanthropy and the Rise of Civil Society 1700-1865*, cit., pp. 14-55. Para otros modelos, es importante M. J. OATES, *The Catholic Philanthropic Tradition in America*, Indiana University Press, Indianapolis, 1995.

⁴⁸ O. ZUNZ, *Philanthropy in America...*, y W. I. TRATTNER, *From Poor Law to Welfare State...*, cit.; ambos en su totalidad.

⁴⁹ «First, relief of the indigent; secondly, the advancement of learning; thirdly, the advancement of religion; and, fourthly, "which is themost difficult, the advancement of objects of general public utility": *Morice vs. Bishop of Durham*» (1805), 10 Vols. 522-531. Doctrina legal originada como

ción, pues, quedaría protegida por la responsabilidad limitada que le otorga su naturaleza como *artificial person*⁵⁰. Lo cual, además, exigía un cambio contractual (cuestión de competencia federal, no estatal).

El segundo, político, es el que nos interesa a los efectos expuestos y al que se llega de modo casi agónico, cuando el proceso estaba prácticamente perdido. En este caso el intento por parte del gobierno del Estado de corte jeffersoniano —y por lo tanto más jacobino o *afrancesado*: mayor intervención pública y menos «cuerpos intermedios»— por obtener el control del *Trust* y de su gobierno, mediante una intervención soberana. Lo cual se entiende que es inaceptable, dirá el Tribunal, por las siguientes razones básicamente: primero porque en la regulación de los contratos corporativos —cuestión sobre la que estrictamente versaba el asunto, tal particular— la federación guarda una competencia propia que en este caso, según ellos, habían invadido las autoridades del Estado, dicho sea en nuestros términos⁵¹. Y segundo porque, de manera indirecta —pero recogiendo esa filosofía política de fondo que existía ya en EE.UU. y antes ha sido descrita— su Corte suprema señala, por la voz de este Juez, el profundo rechazo que le causa un excesivo intervencio-

un modo de concretar en cuatro «tipos» los ejemplos caritativos del preámbulo del Estatuto Elizabeth (1601) y consolidada definitivamente en las «Cuatro cabezas» de la caridad, del Caso Pemsel (1891): *Income Tax Special Purposes Commissioners vs. Pemsel*, 1891, A. C. 531-538.

⁵⁰ Lo cual le sirvió al Juez Marshall para sentar, *obiter dictum*, un cuerpo de doctrina fundamental precisamente sobre la naturaleza jurídica de la «corporación»: «*An intellectual body, created by law, composed of individuals united under a common name, the members of which succeed each other, so that the body continue always the same, notwithstanding the change of the individuals who compose it, and which, for certain purposes, is considered as a natural person*». Más adelante, refiriéndose en concreto a este tipo de corporación de fin caritativo, añade: «*A corporation is an artificial being, invisible, intangible and existing only in contemplation of law. Being the mere creature of law, it possesses only those properties which the charter of its creation confers upon it, either expressly or as incidental to its very existence. These are such as are supposed best calculated to effect the object for which it was created. Among the most important are immortality, and, if the expression may be allowed, individuality; properties by which a perpetual succession of many persons are considered as the same, and may act as a single individual. They enable a corporation to manage its own affairs, and to hold property without the perplexing intricacies, the hazardous and endless necessity, of perpetual conveyances for the purpose of transmitting it from hand to hand. It is chiefly for the purpose of clothing bodies of men, in succession, with these qualities, and capacities, that corporations were invented, and are in use. By these means, a perpetual succession of individuals are capable of acting for the promotion of the particular object, like one immortal being*». *Trustees of Dartmouth College v. Woodward*, 17 U.S. (4 Wheat.) 518, 636 (1819).

⁵¹ Cuestión que, en particular, constituía el objeto de la *litis*. Para un estudio de todo el caso: M. D. MCGARVIE, «The Dartmouth College Case and the Legal Design of Civil Society», en L. J. FRIEDMAN y M. D. MCGARVIE, *Charity, Philanthropy and Civility in American History*, Cambridge University Press, 2003, pp. 105-106.

nismo del gobierno en las instituciones privadas que actúan en pro del bien general, como esta fundación⁵².

Esto supuso, a efectos políticos, sociales y jurídicos generales una suerte de temprano y sólido triunfo, uno más, del modelo *federal* hamiltoniano sobre el republicanismo *confederado* jeffersoniano⁵³. Todo lo cual produjo, pues, un efecto colateral e indirecto muy interesante a nuestros efectos, será el poder federal el que, al cabo de muchos años, se acabe arrogando un poder regulatorio unificador sobre el fenómeno «no lucrativo». Y lo hará, lo ha hecho, por la única vía en que tiene una competencia realmente sustantiva, la fiscal. De ahí arranca, pues, la fuerza que actualmente tiene la legislación fiscal federal en materia, precisamente, de fines *caritativos*.

Lo cual muestra que, entre tanta variedad, el propio sistema, de manera digamos «natural» —cuanto de natural puede tener estas consideraciones sobre la intervención pública— haya producido una cierta unificación-identificación, muy tardía, por una vía singular cual es la legislación fiscal federal. Lo cual nos conduce al nacer de la fundación.

c) Nacimiento de la «fundación» americana moderna

Tal y como he recogido, la «fundación» no es en los países derivados del *Common Law* una institución jurídica, estrictamente hablando. Las figuras jurídicas *stricto sensu* son otras, *Trusts* y corporaciones, principalmente. La «caridad» (*Charity*) es, pues, una intención, un fin, una institución vital de origen británico que, junto con ellos, forma una estructura social para fines caritativos, filantrópicos, altruistas. Para ello recaudan o reúnen fondos de diversos modos y maneras, hacen *fundraising*⁵⁴. Pero no son, nominalmente, fundaciones en nuestro sentido.

⁵² Esta es la doctrina más de fondo que subyace en todo el caso y permite sostener que estamos ante uno de los más importantes casos en la Jurisprudencia americana; pues se señala que la voluntad popular tiene otros muchos medios para manifestarse diferentes a los puramente electorales; que el interés público está en manos, también, de los sujetos privados, P. D. HALL, *A History of Nonprofit Boards in the United States of America*, Board Source e-book series, 2003: http://www.boardsource.org/dl.asp?document_id=11 (2010), p. 12.

⁵³ H. S. MILLER, *The Legal Foundations of American Philanthropy 1776-1844*, cit., pp. 21 y ss.

⁵⁴ La ausencia de tal abstracción —del mismo modo a como ocurre en Inglaterra— sobre la «fundación», ha imposibilitado un marco conceptual unívoco, claro y distinto. Por eso puede hablarse de una triple visión de la fundación: 1) la *fundación-acción*, que es el *fundraising* y la acción caritativa; 2) la *fundación-institución social*, bajo la cual situaríamos los diversos tipos de fundaciones que veremos; y 3) finalmente la *fundación-institución jurídica*, que no conocen salvo bajo el aspecto fiscal. B. R. HOPKINS, *The Tax Law of Charitable Giving*, 3.^a ed., Wiley & Sons, New York, 2005, pp. 1-3.

De ahí, en definitiva, que surgiera con tanto peso y fuerza allí —y no aquí— toda la conceptualización doctrinal de las Organizaciones sin ánimo de lucro (*Non Profit Organizations*, en adelante NPOs); las cuales forman un complejo entramado que, históricamente, ha ido recogiendo entes muy diversos en su origen, fines, medios y naturaleza; si bien el nombre NPOs ha aparecido más o menos recientemente, en torno a los años 70 y 80 del siglo xx⁵⁵.

A lo largo del siglo xix y xx, fueron apareciendo todo tipo de organizaciones, especialmente las *Public Charities*, normalmente organizaciones fundadas por corporaciones, comunidades diversas para prestar tales servicios de interés general. Ni tampoco existió —con gran fuerza— la, digamos, filantropía «privada». Una persona física o una familia, a veces una persona jurídica, que dota un fondo (*Endowment, Fund*) para uno o varios fines de interés general, determinados o no de antemano. A tal efecto instituye una organización que, usualmente, bajo la forma de un *Trust*, «gobierna» y dirige, habitualmente con presencia de algún tipo de representación de la propia familia, el destino de estos bienes, otras organizaciones caritativas o sociales de «interés general», proyectos públicos, otras fundaciones privadas, etc. En algunos casos tales fundaciones se embarcan ellas mismas en la realización de tales proyectos, aunque lo normal es que sean simplemente fundaciones donantes.

Tal acumulación de dinero en manos privadas tuvo varias «razones» para convertirse en EE.UU. en un nuevo punto de apoyo del sector «filantrópico». En primer lugar la ya fortísima y asentada tradición privada en pro del interés general. En segundo, base del anterior, la propia necesidad de prestar tantos bienes de interés general por parte del «sector privado»; unido a ello, como ya recogimos, el recelo hacia la intervención pública (y, por todo ello un sector público tímido, renuente y falto de identidad). En tercero, y también concatenado a todo lo anterior, un clima fiscal beneficioso: inicialmente por la ausencia de regulación; luego por una legislación que favorece las donaciones (y poco a poco la deducción por donación caritativa), el establecimiento y financiación de fundaciones, los *Trust* caritativos, etc.⁵⁶ Aun con sus

⁵⁵ Gracias, sobre todo, al esfuerzo del equipo de Lester M. Salamon con los estudios sobre el NPO Sector publicados entre los 80 y 90 por la John Hopkins University. Tal nombre, en todo caso, carece de una identidad jurídica estricta, J. J. FISHMAN, «The Nonprofit Sector: Myths and Realities», en *Pace Law Faculty Publications*, paper 493 (2006). Una visión reciente sobre el NPS, L. M. SALAMON, *The State of Non Profit America*, cit., pp. 3-15, de modo especial.

⁵⁶ La evolución básica puede verse en O. ZUNZ, *Philanthropy in America: A History*, cit., pp. 100 y ss.; E. BRODY y J. J. CORDES, «Tax Treatment of NPO: A Two Edged Sword», en E.

avatares, las líneas maestras del sistema fiscal vigente, con grandes modificaciones, se establecieron en 1916 (aunque la primera regulación del IRPF fue de 1894). Antes puede decirse que estas instituciones, y toda la filantropía en general, campaban en un ambiente más que proclive, con una regulación estatal de las figuras jurídicas más bien ligera y sectorial y, finalmente, con una legislación fiscal federal impulsora. Pero, debemos añadir, la legislación fiscal ni lo crea ni lo produce; sino que lo impulsa o refuerza porque la fuerza ya estaba ahí⁵⁷.

Durante mucho tiempo, numerosas instituciones corporativas tipo Universidades, Hospitales, Iglesias, sistema educativo general, se habían nutrido de grandes fondos provenientes de estos patrimonios privados de tipo fundacional (puede verse en las aulas, laboratorios, etc. que están dedicadas a la familia de cuyo donativo-fundación provienen). Este fenómeno se hizo enorme en el período que transcurre durante finales del siglo XIX y comienzos del XX, cuando numerosas personas asentadas o llegadas a los EE.UU. se hacen ricas o muy ricas. Es el denominado filantropismo profesional de Sage, Carnegie, Rockefeller, Ford, Frick, y tantos otros⁵⁸. Tendencia hoy seguida por Bill & Melinda Gates, Soros, W. Buffet, entre otros muchos⁵⁹.

Por todo ello puede decirse que aunque la aparición de la «fundación privada» es relativamente moderna⁶⁰, tal institución recoge, en sí, de un modo un tanto singular por las condiciones socioeconómicas en las que surge, el espíritu de las «antiguas» formas fundacionales, según las tradicionales actividades «caritativas» (*Charitable uses*) modificando su forma de ser y actuar. Así lo señala, en cierto modo HAMMACK, «*From their first appearance shortly after 1900, foundations have placed their most important roles as reinventors of the non-profit sector, as reshapers of nonprofit institutions, as organizers of new nonprofit institutions*»⁶¹.

T. BORIS y E. STEUERLE, *Non Profit Organizations and Government. Collaboration and Conflict*, Urban Institute, 1999, pp. 143 y ss.

⁵⁷ J. L. FLEISHMAN, *The Foundation. A Great American Secret (How Private Wealth is Changing the World)*, Public Affairs, 2007, *in toto*.

⁵⁸ L. J. FRIEDMAN y M. D. MCGARVIE, *Charity, Philanthropy and Civility in American History*, cit., *in toto*. O. ZUNZ, *Philanthropy in America...*, cit., pp. 294 y ss.

⁵⁹ Para ello, puede verse M. BISHOP & M. GREEN, *Philanthrocapitalism. How Rich Can Save the World and Why We Should Let Them*, A y C. Black, London, 2008.

⁶⁰ W. A. NIELSEN, *The Big Foundations*, Columbia University press, New York, 1972, en su conjunto.

⁶¹ D. C. HAMMACK, «Foundations in the American Polity 1900-1950», *Foundations in the American Polity 1900-1950*, en E. C. LAGEMANN, *Philanthropic Foundations*, Indiana University Press, Indianapolis, 1999, pp. 44-45. Y, más ampliamente J. L. FLEISHMAN, *The Foundation...*, cit., *in toto*.

Así pues, entrado el siglo XX este fenómeno de las fundaciones privadas instituidas por grandes «mecenas» pasa a ser de las corporaciones y *holdings* (filantropía corporativa), que en cierto modo inauguró Ford⁶²; «the *business of benevolence*» lo denomina BREMNER⁶³. Estas nuevas «fundaciones» se mueven desde su típica naturaleza originaria de «cuerpos voluntarios» hacia el de auténticas organizaciones profesionales⁶⁴, que trasladan la «cultura de *management*» de la empresa matriz a su propia gestión, tanto en el funcionamiento hacia sus empleados, como hacia la sociedad en su conjunto como, última-mente, un activo más de su *marketing*⁶⁵. Esto ha transformado las fundaciones desde unas instituciones dirigidas de forma *amateur*, como sería lo típico de las *Public Charities* —aunque cada vez en menor medida—, hacia una forma de funcionar mucho más profesional; creando el denominado *nonprofit management*, que se hizo fuerte en los años 80⁶⁶.

Tal fue, y es, el impulso de estas «fundaciones privadas» que, como ense-ñada veremos en detalle, forzaron —y a su vez fueron forzadas por— varios cambios legislativos. Primero, en 1916, al ser aceptadas de modo pleno y quedar igual de aventajadas fiscalmente que las comúnmente aceptadas insti-tuciones caritativas operativas de tipo *Public Charity*, cosa que había ocurrido con la regulación del *First Income Tax* en 1894⁶⁷. Segundo porque acabaron siendo reguladas de modo más ordenado y completo, en los años 50 y, sobre todo, en 1969.

Hasta la aparición del hoy omnipresente concepto «*Non Profit Organiza-tions*», el nombre que se dio al conjunto, comúnmente, aunque fuera por un

⁶² T. KESSNER y A. ROSENBLUM, *American Philanthropy, the State and the Public Sector 1890-1970*, University of Indianapolis, 2000, pp. 19 y ss.

⁶³ R. H. BREMNER, *American Philanthropy*, cit., pp. 116 y ss.

⁶⁴ P. FRUMKIN, «Private Foundations as Public Institutions. Regulation, Professionalization, and the Redefinition of Organized Philanthropy», en E. C. LAGEMANN (ed.), *Philanthropic Foundations*, Indiana University Press, Indianapolis, 1999, pp. 69 y ss.

⁶⁵ M. E. PORTER y M. R. KRAMER, «The Competitive Advantage of Corporate Philan-thropy», en *Harvard Business Review* Vol. 12, núm. 80 (2002), pp. 69-89. A. ARGANDOÑA, «Economía de Mercado y responsabilidad social de la empresa», en *Papeles de Economía espa-ñola*, núm. 108 (2006), pp. 2-9. De ahí se progresivo crecimiento de la «sensibilidad social» de la empresa y de su compromiso con causas filantrópicas locales y globales, que ya es masiva *Volunteering in Cross-National Perspective: Evidence From 24 Countries*, L. M. SALAMON AND S. WOJCIECH SOKOLOWSKI (<http://www.jhu.edu/ccss/pubs/pdf/cnwp401.pdf>) y los números espe-ciales de la revista *The Economist* titulados *The Good Company* de 22 de enero de 2005) y *The Business of Giving* de 23 de febrero de 2006.

⁶⁶ S. R. BLOCK, «A History of the Discipline», en J. STEVE OTT (ed.), *The Nature of the Nonprofit Sector*, Westview, Bolding (Co.), 2001, pp. 105-109.

⁶⁷ P. D. HALL, «A Historical Overview of Philanthropy...», cit., pp. 31 y ss.

corto período de tiempo, fue el del sector «fundacional»⁶⁸. De tal manera que pudo haberse convertido éste en el nombre jurídico-social que hoy existe entre nosotros; no fue así en Inglaterra, donde la total ausencia del nombre fundación derivó en que al conjunto siempre se le ha llamado, desde los años 60, *Voluntary Sector*.

Así en alguno de los relativamente pocos numerosos estudios que se elaboraron sobre este tema entre los años 50 y 70 —nada que ver con la gran cantidad actual— EMERSON ANDREWS recogió un concepto «fundación» como el macro-concepto de todo el conjunto (1956)⁶⁹:

«Podemos definir la fundación como una organización no gubernativa, no lucrativa, cuyos fondos los tiene por sí misma, gobernada por sus propios directores o trustees, y establecida para mantener o realizar fines de tipo social, educativo, caritativo, religioso, u otras actividades que sirvan al bien común, principalmente realizando donativos a otras instituciones no lucrativas»⁷⁰.

Luego, Waldemar A. NIELSEN realizó un pionero, y algo crítico, estudio sobre su desarrollo y sus modelos muy poderosos⁷¹. Durante ese período, tanto HEINMANN como REEVES, en sendos estudios conjuntos de ensayos sobre todo el sistema, defendieron el sistema, de manera especial a la *Private Foundation*, del clima de hostilidad que estaban sufriendo y que fraguó en la reforma del IRS de 1969⁷². Resultó aquella una época difícil, con embates políticos poderosos, no tanto por cuestiones financieras y fiscales, que también, sino por ese cierto clima de hostilidad político-social hacia este tipo de instituciones acusadas de ser un refugio fiscal de dinero de ricos, de «dirigismo» de proyectos, financiación ideologizada, de particularismos, y de sustracción de los controles fiscales públicos, con ventajas inaceptables de carácter fiscal⁷³. Cualidades que en los años 60 y 70 se percibían peores a las características propias del modelo público, abierto, democrático y participativo,

⁶⁸ Y así (como puede verse en las fechas en que fueron escritos) E. EMERSON ANDREWS, *Philanthropic Foundations*, Rusell Sage Foundation, New York, 1956. W. A. NIELSEN, *The Big Foundations*, Columbia University press, New York, 1972. Recordemos que el anterior «gran» tratado sobre las fundaciones había sido, fijémonos en su título A. G. WARNER, *American Charities. A Study in Philanthropy and Economics*, escrito en 1894, Transaction Publishers, New Brunswick, reimpresión de 1989.

⁶⁹ E. EMERSON ANDREWS, *Philanthropic Foundations*, cit., in toto.

⁷⁰ F. EMERSON ANDREWS, *Philanthropic Foundations*, cit., p. 11.

⁷¹ W. A. NIELSEN, *The Big Foundations*, cit., 1972.

⁷² T. C. REEVES (ed.), *Foundations Under Fire*, cit. F. F. HEIMANN (ed.), *The Future of Foundations*, Columbia University press, New York, 1973.

⁷³ Por todos, aunque la bibliografía es abundante S. U. RAYMOND, *The Future of Philanthropy. Economics, Ethics and Management*, Wiley & Sons, 2004, pp. 21-81.

universal y regular que sería propio del Estado social de corte europeo, donde todas estas prestaciones las realiza o al menos dirige el Estado⁷⁴.

Pero es precisamente debido a esta poderosa regulación que sufren en 1969, por lo que se ha señalado, que las fundaciones americanas toman verdadera conciencia de sí mismas. Es ahí donde se establecen como el epitome moderno de la empresa caritativa filantrópica y, en consecuencia, asientan las bases del imparable crecimiento del fenómeno filantrópico fundacional —tanto en su versión *Private Foundation* como *public charity*— de los años 80 y 90 del siglo xx. Y donde, a pesar de todo ello, se han convertido, también, en un poderoso *lobby*⁷⁵. De tal manera que este sector, a día de hoy, es parte del mapa de los EE.UU., su sistema económico privado, social y público no pueden entenderse sin todo este conjunto⁷⁶.

Por lo tanto, puede señalarse como este preciso final de los años 60, comienzo de la década de los 70 como el parteaguas de la fundación americana. Ahora señalaremos cuál será la causa jurídica concreta de estos hechos, enlazando lo antes expuesto —la federalización del modelo «fundacional»— con este más conceptual; pues en tal momento nacerá ya, en términos jurídicos —aunque sean parciales— la «fundación privada».

C) *La aparición conceptual de la «fundación privada»*

Descendemos, pues, desde las teorizaciones histórico conceptuales hacia el momento concreto en el que se produce un hecho que ha determinado el futuro jurídico del sector no lucrativo en los EE.UU., que acaba de ser apuntado.

A resultas del clima de recelo antes señalado, de las críticas hacia las fundaciones privadas, del atractivo del consolidado modelo social europeo, de un sector público fuerte en busca de más recursos y de otros factores políticos, el Congreso realizó una serie de investigaciones y encuestas sobre el conjunto del sector no lucrativo —entonces, insisto, todavía no nominado de tal manera—, fijándose especialmente en las *fundaciones privadas*. De las muchas

⁷⁴ Sobre aquel período F. F. HEIMANN (ed.), *The Future of Foundations*, cit., *in toto*. También J. J. FISHMAN, *The Faithless Fiduciary...*, cit., pp. 286-298. Algunos ecos pueden verse en J. ROELOFS, *Foundations and Public Policy (The Mask of Pluralism)*, State University of New York Press, 2003, *in toto*.

⁷⁵ Por todos, P. D. HALL, *Inventing the Nonprofit Sector and Other Essays on Philanthropy, Voluntarism and Nonprofit Organizations*, John Hopkins University Press, Baltimore, 1992, pp. 87 y ss., 201-205.

⁷⁶ O. ZUNZ, *Philanthropy in America...*, cit., pp. 297 y ss. M. O'NEILL, *Non Profit Nation. A New Look at the Third America*, Jossey-Bass, San Francisco, 2002, *in toto*.

recomendaciones que se hicieron al Gobierno para legislar, las más importantes derivaron en la gran reforma del Código fiscal de 1969 relativa a las fundaciones⁷⁷. Regulación que, con ligeras variaciones, sigue vigente.

Esta reforma es importante, en lo que ahora respecta, no tanto porque suponga una mejor o peor regulación fiscal de la imposición de las actividades, donativos, patrimonio y actividades de un determinado tipo de actividades sino por otros motivos más profundos.

El primero es la categorización que realiza de las fundaciones; en particular la definición de las «fundaciones privadas». Por primera vez estas instituciones sociales sin una forma jurídica concreta adquieren cierta carta de naturaleza jurídica. Se trata de una naturaleza jurídica singular pues es únicamente fiscal. Por lo que tales instituciones no dejarán de tener, luego, su veste jurídica; *Trust*, *Corporation*, *Association* o incluso otras, cuya regulación será de cada Estado (aunque se aprecia una progresiva homogeneización de los códigos legales de este tipo de formas entre todos los Estados)⁷⁸.

El segundo efecto, en gran medida derivado del anterior, es que se ofrece una «definición» —a la que enseguida llegaré— de la «fundación privada». Aunque, como también veremos, se trata de una definición cuanto menos catalogaba como *sui generis*. Y que junto con tal definición y como parte casi inescindible a ella, viene un conjunto de condiciones, los fines u objetivos posibles —por ser fiscalmente beneficiados—; la adecuación, estática, de la organización a tal listado de fines; el posterior esfuerzo de la autoridad fiscal por examinar operativamente en el día a día de las actuaciones de la fundación, que cumplen con tal fin de interés general y todas las condiciones exigidas para mantener el *status* fiscal beneficioso.

⁷⁷ Así, el Congreso estudió en dos ocasiones el sistema «fundacional», en especial la filantropía privada. La primera fue la *Peterson Commission*, cuyos trabajos finalizaron en 1969 y que promovió la gran reforma del *Internal Revenue Code* (Código Tributario) de ese mismo año. La segunda en la *Filer Commission on Philanthropy and public Good* (1973-1974) que condujo a otra gran reforma del IRC en ese mismo ámbito. Para la historia E. L. BRILLIANT, *Private Charity & Public Inquiry: A History of the Filer & Peterson Commissions*, Indiana University Press, 2000, in toto. El contenido en G. N. SCRIVNER, «A Brief History of Tax Policy Changes Affecting Charitable Organizations», en J. STEVE OTT (ed.), *The Nature of the Nonprofit Sector*, Westview, Colorado, 2001, pp. 126 y ss. Un análisis más dogmático en P. D. HALL, *Inventing the Nonprofit Sector...*, cit., pp. 13 y ss.

⁷⁸ Para ello, J.-C. ALLI, *La fundación, ¿una casa sin dueño?...*, cit., pp. 232-243. De manera más reciente, también se propugna la extensión y uso de la *Limited Liability Company*, aunque surgen muchas más dudas en cuanto a su acomodo R. R. KEATINGE, «LLC and Nonprofit Organizations—For—profits, Nonprofit, and Hybrids», en *Suffolk University Law Review* núm. 42 (2009), pp. 553-585.

El tercero, concatenado con los anteriores, es un efecto indirecto en su causa pero notablemente importante en sus consecuencias: la «federalización» del modelo. En ausencia de una clara —o más bien unívoca— determinación definitoria por parte de la legislación de los Estados, la *vis atractiva* de un modelo centrado en la fiscalidad ha resultado determinante⁷⁹. Esto, como vimos, tiene un origen remoto en el *Dartmouth Case* y la doctrina ahí asentada, pero ha sido a partir del momento señalado en los años 70 cuando se asienta. Todo aquello no tiene efectos solamente de tipo teórico —simplemente cómodo para los *scholars*— pues tenemos un nombre, una identidad, unívoca de «fundación privada» a todos los efectos, también para la regulación realizada por los Estados. Lo cual exige un comentario adicional.

La clave está en que la uniformización —cuando no unicidad— de un régimen jurídico en cuanto a los fines posibles, los objetivos mediatos e inmediatos, las operaciones, las actividades y el gobierno de la fundación, han convertido esta determinación del fin «de interés general» que marca el IRC en el *hecho clave* para su acogimiento como instituciones caritativas por parte de los Estados; y para su continuación (o no) a efectos de tal reconocimiento conforme al régimen fiscal federal. De modo y manera que la autoridad fiscal federal, aunque solamente actúa con efectos jurídicos en su propio ámbito, se ha convertido en el *pontifex maximus* entre la institución privada y la autoridad estatal⁸⁰.

La omnipresencia de la «fundación» —social o jurídica— es la que ha dado al traste, en cierto sentido, la omnicompreensiva concepción teórica del NPS o NPO y ha permitido, finalmente, a algunos autores, volver a hablar, definir y conceptualizar las «fundaciones»⁸¹, como: 1) Organizaciones *basadas en un patrimonio*, no en un conjunto de personas (como pueden ser las asociaciones). 2) son *de carácter privado*, separadas e independientes de otras posibles formas públicas. 3) son *estructuras auto-organizadas*, es decir, dotadas de algún tipo de órgano de dirección y gobierno. 4) *no distribuyen beneficios* con ánimo lucrativo (lucro subjetivo). 5) *sirven a un interés general* (*public benefit*, for

⁷⁹ J. J. FISHMAN, «The Federalization of Non Profit Regulation and Its Discontents», en *Kentucky Law Journal* núm. 99 (2010-2011), pp. 799 y ss. M. SIDEL, «The “Federalization” Problem and Nonprofit Self-Regulation: Some Initial Thoughts», en *Kentucky Law Journal* núm. 99 (2010-2011).

⁸⁰ En especial, M. SIDEL, «The “Federalization” Problem...», cit., pp. 783 y ss.

⁸¹ H. K. ANHEIER y S. DALY, «Philanthropic foundations in modern society», en *The Politics of Foundations. A Comparative Analysis*, Routledge, London, 2007, pp. 17-18 (postura que corrige sus propios estudios previos —1997— y que recoge más de diez años de estudios acumulados por estos autores en este ámbito de las fundaciones en perspectiva comparada).

the public good). 6) tiene, bajo alguna forma jurídica, una identidad como «fundación» y, así, cierta auto-percepción como tales.

Dicho lo cual parece preciso señalar qué definición propone el IRC, en su magna reforma de 1969 a las fundaciones privadas. Esta definición, con todo lo que trae consigo, nos permite su conceptualización exacta, su clasificación y diferenciación con otras figuras para, posteriormente, la explicación de algunos aspectos generales de su regulación. En una segunda parte, como ya se ha anunciado, se entrará al régimen fiscal completo que se deriva de ella. Como he advertido, todo resulta un tanto paradójico pues, como ahora veremos, no existe tal definición.

3. Concepto, naturaleza y clasificación de la fundación privada americana

A) El concepto y la naturaleza de la fundación privada

Estrictamente hablando, el concepto *Private Foundation* que apareció en la magna reforma del Código fiscal federal realizada en 1969 se realiza por contraste a la *Public Charity*. La paradoja, que anunciábamos, es que el IRC no la define —no parecía existir tal preocupación—, sino que, realmente, lo que hace el IRC es clasificarlas⁸². Lo que parece pretender el IRS es definir qué es una *Public Charity* y no tanto la *Private Foundation*. De tal manera que se sabe qué es esta última por deducción negativa. Además se hace todo ello dentro de un marco legislativo general, pues lo que interesaba era marcar un diferente objetivo fiscal para unas y otras, basado en la necesidad de «vigilar» más a las *Private Foundations* por el ya comentado recelo acumulado sobre los patrimonios privados de ricos para fines caritativos, por decirlo tal y como se veía; sometiéndolas, así, a unas limitaciones mayores en cuanto a las deducciones fiscales⁸³.

Es decir, jurídica-fiscalmente las «fundaciones privadas» son, estrictamente, aquellas instituciones de tipo «fundacional» que al realizarse por el IRS el examen de una institución que solicita su aprobación y *status* fiscal, no cumplen una serie de tests que permitiría recogerlas como *Public Charities*. Son, pues, una *no-fundación pública* porque, por determinados criterios que veremos, no pueden —o no quieren— demostrar que cumplen las condiciones y no pasan los tests propios de una *Public Charity*⁸⁴.

⁸² J. J. FISHMAN, «The Nonprofit Sector: Myths and Realities», cit., pp. 303-304.

⁸³ B. R. HOPKINS, *Non Profit Law Made Easy*, John Wiley & Sons, New Jersey, 2005, pp. 47-48.

⁸⁴ Para la definición y características de las *Public Charities* puede verse J. J. FISHMAN y S. SCHWARZ, *Nonprofit Organizations. Cases and Materials*, 4.ª ed., Foundation Press & Thomson-West, Washington, 2011, pp. 712-714, entre otras.

Por todo ello, dado que no existe una definición legal, HOPKINS las describe siguiendo el régimen jurídico, que estaría constituido por las siguientes notas:

1.º Es una institución exenta de impuestos, caritativa, educativa, científica o semejante (sometida, por ello a las reglas de este tipo de organizaciones caritativas).

2.º Está fundada habitualmente con fondos provenientes de una única fuente económica (individual, familiar o comercial).

3.º Cuyos beneficios provienen de un patrimonio-dotación inicial (y que, por lo tanto, se asemeja mucho a un «fideicomiso» permanente y vinculado a un fin concreto: *perpetual tendowment, fund*)⁸⁵.

4.º Y que más que tener un programa propio de actividades, se dedica a hacer donativos a otras organizaciones (son «organizaciones donantes profesionales», dice BOULDING⁸⁶).

La fundación privada sería, en primer lugar —pero sin que tampoco quede totalmente cerrado—, la institución que cumple la segunda característica en relación a las otras dos siguientes⁸⁷. En cambio, las *Public Charities* no tendrían esas tres características de manera general. La primera es una característica *sui generis*, pues se trata de un hecho *ex post facto*, realizado por obra de la Ley.

Así, el IRC *delimita* la fundaciones privadas por la nota prácticamente esencial y única de que reciben su patrimonio, habitualmente, de una única o de un grupo pequeño de personas, físicas o jurídicas, pública o privada, y cuya función principal está constituida para «dar» dinero, no tanto para «actuar» (*giving rather than doing*). En tanto que la *Public Charity* está mejor definida por el propio IRC al asimilar sus fines y formas a la formulación inglesa proveniente del Estatuto de 1601. Su naturaleza, pues, está basada, principalmente, en el carácter prestacional directo, de naturaleza caritativa, con un objetivo universal, naturaleza no lucrativa y, con ello, a las restricciones a sus actividades de participación política y *lobby*, entre otras cosas⁸⁸.

⁸⁵ A. G. WARNER, en 1894 vinculaba la idea de *Charity* a la de *Endowment: American Charities...*, cit., pp. 363 y 389.

⁸⁶ K. E. BOULDING, *La economía del amor y del temor*, Alianza Universidad, 1973, p. 39.

⁸⁷ B. R. HOPKINS, *The Law of Tax-Exempt Organizations*, 8.ª ed., John Wiley & Sons, New Jersey, 2003, p. 274.

⁸⁸ M. O'NEILL, *Non Profit Nation...*, cit., pp. 5-6.

Como ya se ha señalado, una fundación privada tiene tal naturaleza (jurídica) en principio solamente a efectos de la legislación fiscal federal. La naturaleza jurídica *sustantiva* —es decir, el vector jurídico-formal que utilice de modo general; es decir para su operatividad jurídica general— será la que le otorgue la legislación del Estado en que se constituya, *Trust, Corporation, Incorporated Company, Association*, u otras⁸⁹. Bien es cierto, como veremos, que la *vis atractiva* de la legislación fiscal federal hace que los Estados dependan de su clasificación de, al menos, cuatro modos principales.

El primero, en toda lógica, es que al tratarse de una legislación fiscal común para todo el país está teniendo una influencia enorme en términos de homologación general; de estandarización conceptual. El segundo, más concreto, porque los Estados utilizan la delimitación del fin que realizan y la naturaleza concreta —si *Public Charity* o *Private Foundation*— para, posteriormente, determinar la naturaleza caritativa de la organización y su posible clasificación a sus efectos, ahorrándose un esfuerzo que muchas veces no están capacitados orgánicamente de hacer. La tercera, detalle de la anterior, es que la determinación del fin caritativo que a través de los tests que realiza la autoridad fiscal, indudablemente complejos pero exhaustivos, sirven para que los Estados conozcan, de un modo cómodo y barato, ante qué tipo de fin concreto se encuentran y si, por tal motivo, es autorizable o no. Y en cuarto y derivado de los dos anteriores, porque para el control de su evolución se sustenta casi totalmente en el control fiscal que el IRS realiza de modo continuado para supervisar la fundación de que se trate⁹⁰; así la autoridad estatal no se preocupa de crear estructuras propias⁹¹.

Es por todo ello que puede decirse que estamos ante una clasificación-definición ya casi totalmente aceptada por todos como fundante en la concep-

⁸⁹ Sobre ello, el estudio más completo es M. R. FREMONT-SMITH, *Governing Nonprofit Organizations. Federal and State Law and Regulation*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 2004.

⁹⁰ El IRS actúa no tanto como *gatekeeper*, como policía ordinario de la vida de las fundaciones: A. A. DIRUSSO, *American Non Profit Law in Comparative Perspective*, Washington University Global Law Review núm. 39 (2011), 82.

⁹¹ De hecho uno de los grandes debates sobre el control está en qué tipo de estructura de supervisión estatal sería necesario, toda vez que la autoridad a la que le corresponde el control sustantivo, en cada Estado, el *State Attorney*, se ha mostrado poco operativo. Las propuestas —en las que no nos detenemos más— basculan entre órganos ad hoc tipo *Charity Commission* británica o en reforzar algunos ya existentes, o crear estructuras de auto-regulación y control. No parece que ningún legislador lo esté considerando seriamente. Por todos: T. L. HELGE, «Policing the Good Guys: Regulation of the Charitable Sector Through a Federal Charity Oversight Board», en *Cornell Journal of Law and Public Policy*: <http://www.lawschool.cornell.edu/research/JLPP/upload/Helge.pdf>. J. J. FISHMAN, *The Faithless Fiduciary...*, cit., in fine.

tualización de las fundaciones en EE.UU. Ya solo con la boca pequeña se añade que es «solamente a efectos fiscales», máxime cuando ¿qué es más importante, allí como aquí, que los beneficios fiscales de la institución y de las donaciones que recibe? Más aún ¿acaso no se realiza un examen inicial y continuado de la vida, estructura y operaciones de la concreta institución precisamente para iniciar o mantener tal fin fiscal que, así, se convierte en el verdadero «ojo del huracán»?⁹². Recordemos, además, que incluso a efectos de cuantificación, así como de transparencia social —tan fundamental en los EE.UU.—¿Qué otra cosa ha tenido más importancia que los formularios F-990 que completan las fundaciones para saber todo sobre el sector, desde el número de solicitantes hasta las donaciones que aportan, reciben, realizan, operaciones, empleados, etc.

* * *

Por todo lo expuesto puede entenderse la afirmación de FISHMAN & SCHWARZ de que en efecto ninguna norma da a las fundaciones en EE.UU. un significado legal concreto⁹³. No solamente eso, sino que, señalan, ni las normas estatales ni federales las llaman así en muchas ocasiones. Por eso simplemente debemos dejarnos guiar por las características que establecen las diversas fundaciones posibles que veremos algo más abajo⁹⁴.

Desde un punto de vista cartesiano, europeo, todas las anteriores definiciones-descripciones —pero especialmente la de qué sea una «fundación privada»— adolecen de una notable falta de precisión. Pero también es cierto que explica muy bien cómo su concepto de fundación no es algo cerrado, sino eminentemente práctico y que, por lo tanto, se produce por acumulación de cualidades; y estas solo cuando tienen efectos fiscales. Es bajo tal acumulación de caracteres cuando puede aparecer un sustrato jurídico que permita la identificación de qué sea una fundación. Así, la bisectriz entre qué sea una fundación pública y una fundación privada no está ni en el fin general —pues ambas lo tienen; ambas son *for the public good*⁹⁵—; ni en su fin concreto —unas y otras sirven también a fines generales concretos—, sino

⁹² Y de lo cual se ha quejado recientemente con gran tino y múltiples argumentos R. COLINVAUX, «Charity in the 21st Century: Trending Toward Decay», en *Florida Tax Review*, Vol. 11, tomo 1 (2011), pp. 4-69.

⁹³ J. J. FISHMAN y S. SCHWARZ, *Nonprofit Organizations*, cit., p. 710.

⁹⁴ J. J. FISHMAN y S. SCHWARZ, *Nonprofit Organizations...*, cit., pp. 754 y ss.

⁹⁵ *The Foundation is paradoxically, both private and public in its nature* (A. PIFER, en *Foundations Under Fire...*, cit., p. 54). T. C. REEVES (ed.), *Foundations Under Fire*, cit., p. 54. E. BRODY y J. TYLER, «Respecting Foundation and Charity Autonomy: How Public is Private Philanthropy?», en *Chicago-Kent Law Review* núm. 85 (2010), p. 574 y ss.;

en cuál sea su origen de iniciativa creativa, quién y cómo realice determinación de sus objetivos y qué haga con sus fondos⁹⁶.

La razón última de todo ello puede situarse en el enorme respeto a la iniciativa privada en su origen, desarrollo y existencia; característica propia de toda la vida social americana. De tal manera que una posible línea definitiva para su catalogación es, apenas, la de sus fines concretos. Si éstos son dirigidos, de algún modo, por su fundador —persona física o jurídica—, es una *Private Foundation*. Pero si tal fin se *autonomiza* —y, por lo tanto, obliga a su gobierno a actuar conforme a él—, entonces estamos ante una *Public Charity*. Es decir, la nota de la heteronomía propia de (nuestra) fundación, no se da —o se da en un grado muy tenue— en la fundación privada; y sí se da —en mayor grado— en la fundación pública americana⁹⁷.

La excesiva disponibilidad nominal que arriba se entrevé, unida a la irrupción del concepto socio-político que abogara SALOMON y otros autores —«sector no lucrativo»—, parece haber abocado el concepto «fundación» a deshacerse entre las manos. El concepto, pues, se nos aparece como una especie de quimera. Dice NIELSEN, sin ambages «*in the great jungle of American democracy and capitalism, there is not more strange or improbable creature than the Private Foundation*», porque la fundación contradice todos los principios del capitalismo, pero, pese a ello, existen, aunque sin unos perfiles cerrados⁹⁸. PARRISH, entre otros, habla, sencillamente, de que una fundación es lo que todo el mundo piensa automáticamente que es una fundación; al igual que un colegio es una institución que enseña, una fundación es una institución que da dinero (*grant-making*)⁹⁹. Para OLECK lo realmente importante es que *se establece un patrimonio* en torno a un fin que supera tal estructura¹⁰⁰.

B) *Clasificación de fundaciones privadas*

Además de que la fundación privada no es una entidad jurídica clara de modo sustantivo, tampoco fiscalmente es una figura única. La razón es que se trata de un concepto fiscal desarrollado en contraste con *Public Charity*. De tal manera que los lazos de proximidad entre ambos han producido una

⁹⁶ B. R. HOPKINS, *The Law of Tax-Exempt Organizations*, cit., pp. 273 y ss.

⁹⁷ J. J. LÓPEZ-JACOISTE, «La fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones», en *Revista de Derecho Privado*, núm. 49 (1965), pp. 601-602.

⁹⁸ W. A. NIELSEN, *The Big Foundations*, cit., p. 4 y ss.

⁹⁹ T. PARRISH, «¿What is a Foundation?: The Foundation; A Special American Institution», en F. F. HEIMANN (ed.) *The Future of Foundations*, cit., p. 9.

¹⁰⁰ H. L. OLECK, *Nonprofit Corporations, Organizations, and Associations*, 4.^a ed., Prentice-Hall Inc., 1980, p. 32.

cierta modelización pero también una mezcla de caracteres. No es ésta una clasificación estrictamente legal, como la que existe en Francia, ni tampoco tiene que ver con el vector jurídico que utilice una concreta fundación, sino con el *Endowment*, su origen y el tipo de operaciones que realiza. Es, pues, una clasificación doctrinal de origen fiscal que ayuda a poner orden en una materia tan compleja.

Otra cuestión es necesario señalar que no siempre el nombre indica qué es o qué no es una concreta institución. Si bien es habitual que instituciones denominadas *Trust*, *Endowment* o *Fund* sean, fiscalmente, «fundaciones privadas», en ocasiones ni siquiera aparece tal nombre. En otras ocasiones las fundaciones privadas son sustancialmente *Corporations* o *Companies* (que aparecen, pues, como Co. o como Inc.). Por supuesto todas aquellas figuras pueden ser, a efectos del IRS, *Public Charites*. E, incluso, en los más de los casos se trata de *Trusts* privados, no caritativos, o de corporaciones comerciales.

Recogeremos varios ensayos clasificatorios centrándonos en el que resulta más adecuado y claro.

— En primer lugar puede hacerse una clasificación de acuerdo con el origen del patrimonio o creación de la fundación privada. Siendo interesante, tal clasificación no es verdaderamente concluyente. Según esta clasificación hay¹⁰¹:

1.º *Fundaciones independientes*, son aquellas cuyo origen es normalmente individual o familiar. Constituyen el mayor número de fundaciones privadas en EE.UU. Es también el más variado y, por así decirlo, el arquetipo de fundación privada. Esto es así porque recogen la naturaleza variada, singular, original, flexible en sus fines, orientaciones y en el modo de tomar las decisiones. Normalmente el control del gobierno lo tiene la familia o la persona creadora del *Trust* correspondiente¹⁰².

2.º *Fundaciones corporativas* son aquellas cuyo origen creativo y patrimonial está en una corporación industrial o comercial que la utiliza para llevar a cabo sus actividades de «responsabilidad social» o caritativas en general, normalmente relacionadas con las comunidades de sus trabajadores y para fines educativos, sociales, culturales y asistenciales. Es importante destacar que

¹⁰¹ Para más información J. J. FISHMAN y S. SCHWARZ, *Nonprofit Organizations...*, cit., pp. 706-707. B. R. HOPKINS, *Private Foundation Law Made Easy*, John Wiley & Sons, 2008, pp. 2 y ss.

¹⁰² Para entender claramente este fenómeno, tan americano J. L. FLEISHMAN, *The Foundation...*, cit., pp. 1-33.

en EE.UU. no existe el concepto de fundación-empresa alemana, sino un complejo sistema de actividades comerciales/empresariales relacionadas o no relacionadas (*related business activities*) con el fin de la fundación¹⁰³.

3.º *Fundaciones comunitarias (Community Foundations)*, se trata de fundaciones creadas por comunidades locales, de iniciativa popular (*grass-root*) o mixta público-privadas (*public-private partnetship*), con fondos provenientes de la propia comunidad, o de ayudas públicas, incluso con cuotas por prestación. Están normalmente relacionadas con la prestación de servicios públicos o de interés general en el seno de la comunidad en la que nacen. Suelen ser, habitualmente, *Public Charities* en su naturaleza fiscal; pero al llevar el nombre «fundación» —junto con las *Private Foundations*— y ser un «tipo» socialmente reconocido como tal, muchos autores las recogen en este otro lugar.

— Otra clasificación que se ha propuesto es menos interesante y hace referencia a la extensión del fin que realizan las fundaciones entre fundaciones de fin específico o fundaciones de fines generales (en todo caso fines de «interés general») ¹⁰⁴. No parece idóneo recorrerlas por no tener unos efectos jurídicos en modo alguno determinantes. Lo cual no quiere decir que no sea una clasificación importante por la relación que tiene con la legislación sustancial: en qué Estado y bajo qué figura jurídica se ha registrado, las posibilidades de operar fuera, sus actividades, donativos recibidos, etc. ¹⁰⁵.

— Mucho más concluyente es la clasificación, comúnmente aceptada, de las fundaciones privadas de acuerdo con un cúmulo de criterios sobre la naturaleza de su actuación, su organización, tipo de patrimonio, operaciones, etc. Esta clasificación es realmente importante, en el fondo, porque deriva de la naturaleza fiscal que le otorga el IRC.

1.º *Fundaciones privadas donantes (grantmaking Private Foundations)*, son aquellas que dedican su patrimonio o, mejor dicho, las rentas que produce su patrimonio, a dar dinero para que otras *Public Charities* o *institutions* (Universidades, colegios, hospitales, etc.) presten los servicios de interés general en los que están implicados. Puede decirse que este tipo de fundaciones constituyen el prototipo de «fundación» privada americana, especialmente cuando son, además, de origen familiar. Así son la gran mayoría.

2.º *Fundaciones privadas operativas (Private operating Foundations)*, aunque aún bajo el *status* de la fundación privada tienen unas mejores condiciones

¹⁰³ J. C. ALLI, *La fundación, ¿una casa sin dueño?...*, cit., pp. 229-230.

¹⁰⁴ B. CICONTE, *Fundraising Fundamentals*, Jones & Bartlett, 2005, pp. 199.

¹⁰⁵ J. J. FISHMAN y S. SCHWARZ, *Nonprofit Organizations...*, cit., pp. 707-708.

de exención fiscal por cuanto prestan servicios de interés general de un modo similar a cómo lo hacen las *Public Charities*. Así gozan de dos ventajas principales: las deducciones por donativos son idénticas a las segundas; y del requerimiento por distribución de la renta que tenga (y así, no tiene impuestos-sanción por el *net investment income*, y otros pagos menores por actividades; tal y como será explicado en detalle en la segunda parte de este estudio; al tratar sobre los tests que tiene que cumplir esta institución).

Para ser calificadas de tal modo, deben cumplir dos grupos de tests. El primero es obligatorio; en tanto que el segundo grupo es que, al menos, debe cumplir uno de ellos¹⁰⁶.

— El *income test*, según el cual debe emplear al menos el 85% de su renta en operaciones (el resto lo puede emplear en donativos).

— Junto con el anterior y de modo alternativo entre ellos, debe cumplir, además, al menos uno de estos otros. El *assets test*, según el cual al menos el 65% de su patrimonio, determinado por un conjunto complejo de reglas, está vinculado a finalidades caritativas. El *endowment test*, que exige que regularmente emplee no menos de dos tercios de su *minimum investment return*. O el *support test*, que una parte sustancial de su apoyo lo reciba de los beneficiarios o, al menos, de cinco organizaciones no lucrativas no relacionadas con ella.

3.º *Fundaciones privadas para traslación de fondos (Conduit Private Foundations)*, se trata de un «híbrido» pues es una fundación privada que en determinadas circunstancias y para momentos concretos goza de un *status* similar al de las *Public Charities*. En particular para la deducción por donaciones; cosa que no ocurre con las fundaciones privadas de manera general. Para ello tiene que demostrar en un plazo delimitado al comienzo del año fiscal que ha realizado contribuciones iguales en un 100% a las recibidas, bajo una serie de estrictas condiciones sobre las recibidas y las donadas (origen, destino, condiciones organizativas, etc.).

4.º *Supporting Organizations* y las *Donative publicly supported organizations*, no se trata estrictamente de fundaciones privadas, puesto que son formas que operan y son consideradas fiscalmente como *Public Charities*. Normalmente realizan funciones de apoyo financiero o recepción de donativos para sustentar o soportar instituciones o fundaciones operativas (típico caso de Museos, Hospitales, Universidades y colegios). Aunque introducen elementos de confusión por su identidad parecida a las fundaciones privadas —patrimonio de

¹⁰⁶ Para todo ello B. R. HOPKINS, *Private Foundation Law Made Easy*, cit., pp. 8 y ss.

origen individual, carácter donante— o porque se iniciaron como fundaciones privadas, en realidad operan como fundaciones públicas; aunque no están recogidas en el mismo epígrafe del IRC que tales. De tal modo que no son, en modo alguno, fundaciones privadas. Para lo cual pasan una serie de estrictos tests que delimitan muy bien su naturaleza¹⁰⁷.

Dos Instituciones peculiares; los *donor advise funds* y los *donor-directed funds* aunque tienen también un *status* fiscal singular que, en algún modo, los asemeja a las fundaciones y aunque por su naturaleza pueden parecerse a un *Endowment* o *Trust* para fines caritativos —origen de muchas fundaciones privadas— y pese a que muchos autores los estudian en sede de fundaciones privadas, no son ni sustantiva ni fiscalmente «fundaciones privadas». Realmente se trata de donativos caritativos con orientaciones específicas que, por eso, no pueden ser catalogadas ni substancial ni fiscalmente como fundaciones, tal y como hemos indicado¹⁰⁸.

C) *La nuevas figuras filantrópicas derivadas de la responsabilidad social de las empresas*

Desde hace unos años se está produciendo cierta polémica doctrinal en torno a la aparición de ciertas figuras que, aparentemente, podían hacer sombra al sector no lucrativo en su conjunto y a las fundaciones en particular. Se trata, principalmente, de formas corporativas con lucro —denominado de «baja lucratividad» o, sería mejor decir, «de lucratividad controlada»— que prestan servicios de interés social. Estas serían sus caracteres más o menos identificables¹⁰⁹.

—Son corporaciones mercantiles, lo que quiere decir que se establecen y actúan bajo principios de gobierno típicos de la empresa, lo cual les otorga una gran autonomía y libertad operativa.

—En cuanto tales, son entes que buscan obtener lucro, aunque éste puede ser menor del máximo posible, por estar anclado por una finalidad social.

¹⁰⁷ Ibidem, pp. 21-26.

¹⁰⁸ Ibidem, pp. 258-267.

¹⁰⁹ R. R. KEATINGE, «LLC and Nonprofit Organizations-For-profits, Nonprofit, and Hybrids», cit., pp. 570-583; y, sobre todo, el artículo que realiza una defensa más ardiente E. POSNER y A. MALANI, «The Case for For-Profit Charities», en *Virginia Law Review* núm. 93 (2007), pp. 2017 y ss.

—Tal finalidad social se engarza en la actual tendencia hacia la «responsabilidad social corporativa»¹¹⁰.

—A cambio de toda esa gran independencia de actuación, debida a la ausencia de los típicos controles públicos sobre las NPOs, tampoco gozan de las ventajas fiscales reservadas a este tipo de organizaciones «no lucrativas».

Se trataría, por todo eso, de una suerte de «cuarto sector» situado entre el sector lucrativo y el no-lucrativo; pues comparte elementos esenciales de ambos. Hay quien entiende que tal sector se ha ido abriendo paso últimamente de manera clara. Otros autores, en cambio, consideran que, en el fondo, suele tratarse de estructuras vinculadas a uno u otro sector que, si acaso, ocupan espacios intermedios no realmente diferentes. Prefiero considerar que dado que los tres sectores no son sistemas cerrados y definidos, tampoco existen instituciones puras (con excepciones)¹¹¹.

Este fenómeno ha sido denominado en EE.UU. como el «*For-Profit Philanthropy model*» y en gran medida se consolidó legalmente con la creación por parte del Estado de Vermont en 2008 de la «*Low Profit Limited Liability Company*» (o L3C), empresa lucrativa para fines caritativos. La cual, a su vez, imita la *Community Interest Company* de la legislación británica (2005)¹¹².

Como ha ocurrido en otros ámbitos sociales, la estructura concreta de este tipo que hizo saltar definitivamente el debate fue la creación por parte de la empresa Google Inc. de una filial establecida para fines filantrópicos denominada Google.org; *hermanastra* de Google foundation, que sí es una *Nonprofit Organization* típica. Google.org es una corporación de «baja lucratividad» (*Low-Profit Corporation*), constituida para la realización de fines social, pero utilizando estándares de gobierno típicos del tipo empresarial, y a la vez sin que pesen sobre ella todas las limitaciones mercantiles, salariales, de lobby,

¹¹⁰ R. LANG y E. C. MINNIGH, «The L3C, History, Basic Construct, and Legal Framework», en «Symposium: Corporate Creativity: The Vermont L3C & Other Developments in Social Entrepreneurship», en *Vermont Law Review* núm. 35 (Fall 2010), pp. 15 y ss.

¹¹¹ Pues, además, también el propio sector no lucrativo —como el público— está continuamente revisando sus pretendidos elementos y estructuras típicas. Los entes no lucrativos buscan lucro mediante actividades comerciales, cobran por servicios; los entes públicos crean fundaciones y establecen empresas mixtas. Y un largo etc. L. H. MAYER, «The “independent” Sector: Fee-for-service Charity and the Limits of Autonomy», en *Vanderbilt Law Review* núm. 65 (Enero 2012), 51.

¹¹² J. J. FISHMAN, «Wrong Way Corrigan and Recent Developments in the NonProfit Landscape: A Need for New Legal Approaches», en *Fordham Law Review* núm. 76 (2006-2007), pp. 507 y ss.

etc. que recaen los entes no lucrativos¹¹³. A cambio de todo ello, obvio es decirlo, tal entidad no goza de un *status* fiscal preferente bajo el amparo del apartado 501 (c) (3) IRC para las instituciones que hemos visto; *Private Foundations* o *Public Charities*¹¹⁴.

La aparición de este tipo de estructuras aparentemente pone en un brete a los entes no lucrativos «tradicionales» por cuanto realiza lo mismo que tales, pero de un modo mucho más autónomo, ágil y libre. Es decir, sin los denominados «*Agency Costs*» o costes derivados de las estructuras burocráticas o no lucrativas en las que hay una mediación de personas y estructuras excesiva entre el dinero y el objetivo¹¹⁵.

Se trata, también, de una estructura atractiva —sobre todo si obtiene, a resultas de lo que veremos, un *status* fiscal beneficioso— para algunos negocios que, por diversas razones, están en un período de crisis identitario y de modelo económico. Tal es el caso, en particular, de dos sectores: El primero sería el de los Hospitales que no quieren ser entes no-lucrativos por los límites que tal *status* tiene, pero, a la vez, convertirse en entes totalmente lucrativos no les conviene por razones de identidad social y de fiscalidad¹¹⁶. El segundo es el de la prensa escrita —como el *New York Times*; periódico que, por cierto, ha puesto mucha atención en todo este debate— cuyo «modelo» está en una crisis evidente por una más que notable ausencia de lucratividad en tal negocio. Así, si lograra identificar su prestación como algo «altruista», y obtuviera beneficios fiscales por ello, su viabilidad podría quedar mejor encaminada¹¹⁷.

Evidentemente, como siempre ocurre, una vez se han asentado y conforme van mostrando su éxito en el modo de acometer los fines de interés

¹¹³ D. B. REISER, «For-Profit Philanthropy», en *Fordham Law Review* núm. 77 (April 2009), pp. 2437 y ss.

¹¹⁴ T. KELLEY, «Law and Choice of Entity on the Social Enterprise Frontier», en *Tulane Law Review* núm. 84 (December 2009), pp. 337 y ss.

¹¹⁵ Que es una de las bases conceptuales sobre las que se asientan gran parte de las razones de existencia del sector no lucrativo y, ahora, sobre las cuales gravita su crítica, como veremos un poco más adelante. Tal tesis fue expuesta por H. HANSMANN, «The Role of Nonprofit Enterprise», en *The Yale Law Journal* Vol. 80, núm. 5 (1980). Desarrollada en R. ATKINSON, «Altruism in Nonprofit Organizations», en *Boston College Law Review* núm. 31 (May 1990), pp. 501-638.

¹¹⁶ Es decir, saben que el carácter «no lucrativo» les otorga, por su naturaleza, un atractivo de la confianza, un *warm glow*. Sobre ello: U. RODRIGUES, «Entity & Identity», en *Emory Law Journal* núm. 60 (2011), 1271-1276.

¹¹⁷ Por todos N. USHER y M. D. LAYSER, «The Quest to Save Journalism: A Legal Analysis of New Models for Newspapers From Nonprofit Tax Exempt Organizations to L3Cs», en *Utah Law Journal* 2010, pp. 1315 y ss.

general y una gran eficiencia en su gobierno, lo que ha ocurrido a continuación es que han empezado a demandar, poder acceder a los mismos beneficios fiscales que las NPOs. Basándose, principalmente, en que la teoría de los «Coste de agencia» (*Agency Cost*) señala que cuando hay lucro el control de quienes deben lucrarse de la eficiencia de la organización y las operaciones hace que esta tenga menores costes y sea más productiva; por lo que este modelo de «baja lucratividad» haría más atractivo el negocio en pro del interés general. Por eso, sería una elección del mercado más lógica. Y, por ello, debería quedar premiada por las autoridades mediante los mismos incentivos fiscales que tiene el sector no lucrativo¹¹⁸.

Dicho de otro modo, ¿por qué no (sería lícito) obtener lucro de la filantropía? ¿acaso el lucro no implica una mejor predisposición para hacer una gestión más efectiva? Si así es ¿no produce eso una mejor filantropía y más fondos para fines caritativos? ¿por qué no habría que dotarles, así, de unos beneficios fiscales adecuados al fin que prestan? Para PALLOTA, uno de sus adalides, la tradicional aplicación del concepto «no lucrativo» a este sector ha tenido como consecuencia un conjunto de limitaciones existenciales y operativas que han dañado su capacidad de emprender y, por lo tanto, de ser mejor y más eficaz, tanto en la obtención de beneficios como en la prestación de servicios¹¹⁹.

En definitiva, estamos así ante un modelo que resulta atractivo para aquellas personas o instituciones con capital y espíritu emprendedor que, en otras condiciones, establecerían una fundación privada. De este modo pueden continuar siendo «empresarios» pero volcando sus capacidades en una institución filantrópica o similar y mantener, además, la capacidad de lobby y financiación política que está negada de plano a las *Charities* y *Foundations*. Y, en tal sentido, que puede, borrar las fronteras entre unas y otras. Lo cual supone un reto doctrinal y legal (y fiscal).

Desde que surgió, recibió cierto apoyo doctrinal, que también ha reaccionado posteriormente ante los ataques¹²⁰. Pero, también numerosas, fuertes

¹¹⁸ Son sus principales defensores E. POSNER y A. MALANI, «The Case for For-Profit Charities», cit., pp. 2017 y ss.

¹¹⁹ D. PALLOTA, *Uncharitable. How Restraints on Nonprofits Undermine their Potential*, Tufts University Press, Massachusetts, 2008.

¹²⁰ El artículo más beligerante es el citado de E. POSNER y MALANI. Posteriormente se reconocen algunas contra-críticas en T. KELLEY, «Law and Choice of Entity...», cit., pp. 338 y ss.; y, aunque el artículo es en sí mismo crítico J. R. HINES, J. R. HORWITZ y A. NICHOLS, «The Attack on Nonprofit Status: A Charitable Assessment», en *Michigan Law Review* núm. 108 (Mayo 2010), pp. 1179 y ss.

y muy profundas críticas¹²¹. Las cuestiones que sus críticos han planteado son múltiples y variadas. Veamos algunas: ¿es esencialmente compatible el ánimo de lucro —lucro *subjetivo*; es decir, aprovechamiento particular del beneficio obtenido— con el fin altruista o filantrópico (pues damos por supuesto que sí es aceptable, existencialmente, el ánimo de lucro *objetivo*, por y para la organización, para dotar de más recursos a la organización, pero sin reparto subjetivo de beneficios)? ¿Es realmente cierta la relación entre la lucratividad y la eficiencia negocial que señalan los defensores? Si es así ¿por qué los usuarios siguen prefiriendo, en casi todos los bienes de «interés general» que la prestación la siga haciendo una estructura no lucrativa, como señalan los contrarios a los anteriores?

Otra de las teorías más desarrolladas que se han argüido para explicar por qué existe el sector no lucrativo es la del fallo prestatorio público y privado. Según esta las NPOs prestan servicios que no prestarían las empresas privadas por no suponer una rentabilidad clara, hay que invertir mucho, arriesgar y, normalmente, no son actividades que puedan generar muchos recursos. El sector público-gubernativo no encuentra en ellas beneficios políticos y electorales; además generan efecto *free-rider*, el servicio prestado tiene un coste alto independientemente de cuántas personas los usen y sin que esto produzca ningún beneficio adicional (por ejemplo, una cadena de radio)¹²². ¿Es compatible esa eficiencia y espíritu lucrativo precisamente con la prestación altruista de bienes de interés general? ¿funcionaría una estructura lucrativa en estos fines, además, en comparación con el poco miedo que suelen tener las estructuras no lucrativas para innovar, emprender acciones atrevidas y, quizá, no rentables; en buscar nuevos modelos de investigación, experimentación, ensayos caritativos, etc.? Dado el concepto del «fallo prestatorio»: ¿es compatible la naturaleza empresarial con la confianza de los beneficiarios de prestaciones sociales recibidas por entes no lucrativos precisamente porque son ellos los que las prestan? ¿o, en consecuencia, incluso con la menor eficiencia en tales prestaciones «no lucrativas» que, por todo eso —por su no—búsqueda de beneficios y eficiencia—, se hacen más humanas?

Además de todas las teorías económicas apenas apuntadas (*Agency-cost*, fallo prestatorio público y privado; *free-riders*, etc.) existe, indudablemente, la necesidad social de recabar, ante tales bienes, algún tipo de subsidio o ayuda

¹²¹ Por todos, B. GALLE, «Keep Charity Charitable», en *Texas Law Review* núm. 88 (2010), pp. 1213 y ss.; B. M. LEFF, «The Case Against For-Profit Charity», en *Seton Hall Law Review* núm. 42 (2012), pp. 820 y ss.; y D. B. REISER, «For-Profit Philanthropy», en *Fordham Law Review*, cit., *in toto*.

¹²² B. M. LEFF, «The Case Against For-Profit Charity», cit., pp. 828-847.

pública (en forma de prestación pública del bien como en Europa; o en modo indirecto de subsidio por vía imposición leve para los entes no lucrativos). Aparte de las enormes razones sociales, históricas y geográficas que subyacen en la fortísima presencia del sector no lucrativo, especialmente en los EE.UU.¹²³. ¿Cómo dar la vuelta a todo ello con una simple figura puntual, quizá hija de una época dorada de las finanzas de un determinado sector o, más en concreto, de una determinada empresa?

Fiscalmente también se han alegado muchas razones que justifican esta naturaleza y sistema propio de las NPOs; las organizaciones no lucrativas reciben un beneficio, mayor o menor, por razón del fin de interés general que realizan. Hasta ahí todo claro. Pero, en cierto sentido, como se ha recogido ¿por qué no aplicarlo también a los entes tipo L3C?, que es lo que nos estamos preguntado. Es a partir de aquí cuando surgen las dudas.

El Fisco ha llegado a este sistema de exención fiscal a lo largo de muchos años, con numerosos cambios legislativos y a lo largo de toda una evolución conceptual que no podemos recoger¹²⁴. En todo ese proceso también el poder público tiene sus razones para estipular estos controles: abarata costes públicos, su sistema de control estandariza unos mecanismos que no podrían hacerse individualmente, etc. Como contrapartida a las ventajas se regularon una serie muy completa de controles, tests y limitaciones al gobierno, estructura, operaciones y funcionamiento de las NPOs, en particular de las fundaciones privadas, que son reflejo de un progresivo deseo de arreglar disfunciones de un sistema por el cual, determinadas actividades de interés general, y las ideas que las sustentan, quedan, en el fondo, subvencionadas de modo indirecto¹²⁵.

Así la transparencia exigida —vía F-990 y otros mecanismos— sobre las actividades, gobierno y economía son consecuencia —y acaban siendo también causa— de la necesidad de dar confianza general al sistema. En cuanto a las limitaciones de actividades políticas, ¿sería aceptable —con todos los matices que deben hacerse— que organizaciones beneficiadas fiscalmente realicen actividades de lobby o presión sobre los poderes políticos y legislativos; o que se conviertan en organizaciones políticas? Sobre las limitaciones de actividades comerciales, pues supondría una gran ventaja competir en el

¹²³ Un resumen general en J. J. FISHMAN y S. SCHWARZ, *Nonprofit Organizations...*, cit., pp. 31 y ss.

¹²⁴ C. DOUGLAS DILLON, *Tax Impact on Philanthropy*, *Tax Institute of America*, Princeton, 1972. R. G. HOLCOME, *Writing Off Ideas. Taxation, Foundations & Philanthropy in America*, Transaction Pubs, New Brunswick, 2000, ambos en su totalidad.

¹²⁵ R. G. HOLCOME, *Writing Off Ideas...*, cit., p. 4.

terreno comercial con actividades exentas de tributación o con donativos que así lo están. Acerca de los controles en cuanto a sus fines, operaciones y gobierno: si todo ello debe estar vinculados a tal finalidad de interés general y, por ello, obtienen un beneficio fiscal ¿no es lógico que los controles sean mayores?¹²⁶ Máxime, en el caso de las fundaciones, cuando estamos ante un patrimonio vinculado *perpetuamente* a tal fin y, en gran medida, desvinculado del fundador ¿cómo no controlar mejor a su gobierno, *heterónimo* con respecto al fundador/es, y al patrimonio?¹²⁷ No digamos nada si tal organización realiza funciones de «interés general» de algún modo subsidiario o en régimen de prestación concedida, o con subvenciones públicas del Gobierno.

También debe tenerse en cuenta que el sector no lucrativo tiene un actor entre el fundador, el donante y el beneficiario —o, si fuera el caso, el empresario en vez de fundador— y este es el sector público. Este es un actor ineludible. Que tiene su interés y agenda. El es quien, al fin y a la postre, vela por el «interés general» que la fundación debe prestar. Todo ello genera un coste de agencia y otros factores económicos que se soluciona muy bien por dos vías: la fiscalización beneficiosa y, a cambio, mediante un conjunto de controles homogéneos y estandarizados¹²⁸. Pero además, estos son sobre la distribución de beneficios y del interés privado (*non-distribution restraint*, y *private inurement*), que son cosas distintas. Si el NPS es una ecuación formada por tres premisas; fin público+no lucratividad y el añadido consecuentemente de la no tasación, la introducción del criterio de la lucratividad no sólo afecta al segundo, sino también al primero, al poder hacer privado un bien considerado como público; y por lo tanto debe afectar, inevitablemente al de la fiscalidad.

En definitiva, todo este conjunto regulatorio ha modelado unas instituciones de perfiles claros. Dicho de otro modo, si todo eso ocurre con las figuras consolidadas por la legislación como entes no lucrativos es por un conjunto muy poderoso de razones. Nada es casual en tal regulación; nada funciona como un «hilo suelto» sino que es parte de un entramado que interacciona hasta formar un sistema. No se pueden tomar unos elementos y no otros; van todos —o, al menos, casi todos— unidos.

¹²⁶ Para las razones R. G. HOLCOMBE, *Writing Off Ideas...*, cit., pp. 4-8. También: E. BRODY y J. TYLER, «Respecting Foundation and Charity Autonomy: How Public is Private Philanthropy?», cit., pp. 572-574. Para algunos impuestos, de manera especial E. BRODY (ed.), *Property-Tax Exemption For Charities. Mapping the Battlefield*, Urban Institute, Washington, 2002, *in toto*.

¹²⁷ Sobre todo ello: B. M. LEFF, «The Case Against For-Profit Charity», cit., pp. 854 y ss.

¹²⁸ B. M. LEFF, «The Case Against For-Profit Charity», cit., pp. 865 y ss.

Más lógico parecería, pues, dotar a las L3C, si acaso, de un régimen fiscal con diferencias sobre los entes totalmente lucrativos; pero a cambio, también, de ciertos controles. Mas son, precisamente, tales controles los que han querido evitar pues tales sistemas son parte del conjunto de supuestas «ineficiencias» que, según arguyen, hacen más eficientes, ágiles y capaces a las L3C que a las fundaciones tradicionales para prestar sus nuevos servicios de interés general. Es por eso que, realmente, la burbuja parece haberse pinchado para dar lugar a un régimen legal general y fiscal específicamente previsto para estas figuras. Casi diez Estados han seguido a Vermont; pero ha quedado como una opción más, idónea en algunos casos, pero no idéntica o sustitutiva, en términos reales o conceptuales, a las fundaciones y a los fiscalmente aceptado *Program-Related Investments* (PRIs), o actuaciones empresariales-comerciales de las fundaciones que éstas utilizan para obtener fondos útiles para su fin propio sin sufrir los *excise taxes* por ser consideradas «operaciones mercantiles no relacionadas» (*Unrelated Business Activities* o UBIT)¹²⁹.

* * *

La «fundación» tiene una *identidad* muy clara, aún dentro de un conjunto —el sector no lucrativo— de identidad más que difusa (jurídicamente casi ninguna). Por lo que una *entidad* como la L3C, por más que cobre gran realce y suponga una importante novedad, no puede hacer sombra a tal conjunto identificado jurídica e institucionalmente. *Entidad e identidad* no pueden, como señala RODRIGUES, dañarse mutuamente¹³⁰.

Hay razones más profundas. La filantropía y la caridad son un resorte individual y social de carácter moral, con hondas raíces religiosas, históricas y sociales¹³¹. Aunque la lucratividad también lo sea, no puede hacer sombra a la primera, pues ambas se han proyectado histórica y socialmente en instituciones diversas, en ámbitos institucionales distintos y diferenciados¹³². Como todo en este mundo, la separación no es nítida y siempre va a ver áreas grises, tierras intermedias, instituciones que combinan ambas, al igual que las personas que las forman. Pero, por eso mismo, una no puede sustituir a la

¹²⁹ Sobre PRI y UBIT, B. R. HOPKINS, *Private Foundations Law...*, cit., pp. 167-172; y R. LANG & E. C. MINNIGH, «The L3c, History, Basic Construct, and Legal Framework», cit., pp. 1-2.

¹³⁰ La autora señala que no estamos ante cuestiones económicas, sino ante una cuestión de identidad esencial, las NPOs son organizaciones que se identifican, esencial y existencialmente, por el «interés social» y, por eso, no pueden quedar dañadas por entidades particulares: U. RODRIGUES, «Entity & Identity», en *Emory Law Journal*, cit., pp. 1312-1316.

¹³¹ J. J. FISHMAN, «Wrong Way Corrigan...», cit., pp. 604-606.

¹³² B. R. SIEVERS, *Civil Society, Philanthropy and the Fate of Commons*, cit., *in toto*.

otra; ambas son cualidades, e instituciones derivadas, nítidamente establecidas y forjadas¹³³.

Además, la presencia tan fuerte de la «fundación», su regulación y su progresiva *federalización* conceptual ha producido una figura clara y distinta, muy nítida, de perfiles no acabados pero sí muy establecidos¹³⁴. Acomodarse a ella exigiría cumplir con todos los pasos que la Ley fiscal federal establece (y las normas estatales sobre la sustantividad de la forma jurídica; no obstante han quedado cada vez más olvidados).

II. La regulación Fiscal de las *Private Foundations*

1. *Las Private Foundations como entidades fiscalmente exentas*

Las *charities*, entre de la que se encuentran las *Private Foundations* constituyen la categoría más importante dentro del sector de las *Nonprofit organizations*. La constitución de esas entidades, se realiza bajo la supervisión de leyes estatales y la regulación de los requisitos que deben cumplir estas entidades para disfrutar de la exención en el *Federal Income Tax* se prevén en una ley federal¹³⁵, el *Internal Revenue Code*.

Para poder disfrutar del estatus de entidad exenta, una *Private Foundation* tiene que cumplir los siguientes requisitos¹³⁶:

1.º Tiene que adoptar la forma de *Nonprofit Corporation* o de *Community Chest, Fund Foundation*. A estos efectos, se considera a las *Unincorporated Associations* incluidas en el concepto de *Corporation* y a las *Charitable Trusts* incluidos en el concepto de «*Fund o Foundation*».

2.º Debe perseguir únicamente fines religiosos, benéficos, científicos, seguridad pública, literarios, educativos, de promoción de la competición deportiva amateur nacional o internacional y prevención contra malos tratos a niños o malos tratos a animales.

¹³³ A. WARE, *Between Profit and State. Intermediate Organisations in Britain and The United States*, Princeton University Press, New Jersey, 1989, pp. 3-25, entre otras.

¹³⁴ *Vid.* nota a pie en la página núm. 79.

¹³⁵ IRC Sección 501 (c) (3) establece que las entidades exentas deben cumplir los requisitos previstos en la Ley estatal previstos para *Corporation, Trusts* u otras entidades, así como los requisitos fiscales previstos por la norma fiscal federal. En relación con el análisis de estos requisitos véase M. MONTERO SIMÓ, «La regulación de las entidades sin fines lucrativos en Estados Unidos. Especial referencia a su tratamiento fiscal», *Crónica Tributaria*, núm. 135/2010, pp. 159 y ss.

¹³⁶ Estos requisitos, previstos en el IRC, se desarrollan en las *Treasure Regulations* 1.501 (c) (3)-1.

3.º El beneficio neto no puede destinarse de ninguna forma a los sujetos que mantienen algún tipo de relación o vinculación con la entidad.

4.º Una parte sustancial de las actividades que realiza, ella directamente o la entidad sin fin de lucro que financia, no puede consistir en actividades de *lobbying*.

5.º Tienen prohibido intervenir en campañas políticas en representación o mostrando oposición, a un candidato a cargo público.

6.º Para que la entidad pueda ser calificada como exenta, tiene que superar lo que la regulación reglamentaria, las denominadas *Treasure Regulations* se prevé como «*the Organizacional test*» y «*the operacional test*»¹³⁷.

El test relativo a la organización (*Organizational test*) contempla los aspectos relacionados con los documentos constitutivos y que afectan a la organización y funcionamiento interno de la entidad (*trust instrument, articles of incorporation or association, charter*). En los documentos que rigen el gobierno de cada entidad tienen que reflejarse:

a) Los fines de la *Private Foundation*, los cuales deben constituir fines exentos según lo previsto en el IRC Sección 501 (c) (3). En esta sección se establece una lista de fines que pueden ser adoptados por las entidades exentas.

b) Las actividades a desarrollar, limitándose a aquéllas que fomentan los fines exentos. En el caso de realizar actividades económicas no relacionadas con los fines exentos estas deben ser «insustanciales».

c) Una cláusula que prohíba el «*private inurement*» y que limite el «*private benefit*».

d) Una «*dissolution clause*» o clausula en la que se prevea el destino de los bienes en caso de disolución de la *Private Foundation*. En ella debe establecerse que los activos de la entidad se destinarán exclusivamente a fines exentos y debe garantizar que en caso de disolución, el remanente será distribuido a una o más de las entidades exentas de la Sección 501 (c) (3) o al Gobierno federal o estatal.

e) Una cláusula prohibiendo la participación en campañas políticas.

¹³⁷ Según M. FREMONT-SMITH, el *Organizacional test* tiene una doble virtualidad. Por una parte, constituye un elemento importante sobre el que basarse el IRS para denegar o revocar la exención y por otra, constituye un instrumento para los Estados al poder demandar a los miembros de los órganos de administración por incumplimiento de lo establecido en los documentos de gobierno de la organización. (*Governing non profit organizations...*, cit., p. 247).

f) Una cláusula relativa al *status* de *Private Foundation* y a las limitaciones legales de estas entidades.

Respecto al test relativo a las actividades u operaciones a realizar por la entidad (*operational test*) básicamente se centra en el hecho de que la organización debe realizar primaria o básicamente actividades directamente relacionadas con el fin exento [*Treasury Regulation* 1.501 (c) (3)-1 (c) (1)]. Se admite que una entidad realice actividades no relacionadas con el fin social, siempre que no sean sustanciales y el beneficio obtenido en dicha actividad, no está exento, constituye el hecho imponible del *Unrelated Business Income Tax*.

Las *Private Foundations* extranjeras también pueden ser reconocidas como entidades exentas. Con carácter general, una *Private Foundation* extranjera no estará exenta, salvo que el Convenio de doble Imposición que haya firmado su país de residencia con Estados Unidos, establezca otra cosa, por lo que experimentará una retención en los rendimientos que obtenga en Estados Unidos del 30%. En algunos convenios para evitar doble imposición firmados por Estados Unidos se reconoce recíprocamente el carácter de exentas de determinadas entidades sin fin de lucro¹³⁸. Un ejemplo de ello es el Convenio con Canadá.

2. Las sanciones impuestas por incumplimiento de sus obligaciones mediante excise taxes

El *Internal Revenue Code* en las secciones 4940 a 4945 regula las denominadas *excise taxes*, sanciones pecuniarias, impuestas en este caso a las *Private Foundations*, a sus directores y en algunos casos a los donantes e incluso a las autoridades administrativas, por distintos tipos de incumplimientos. En estos casos se utiliza el impuesto como sanción¹³⁹.

En algunos supuestos, se prevé una sanción inicial, concediéndose al sujeto un plazo para que corrija, modifique o desista respecto a su incumplimiento y si éste no corrige la situación en el tiempo previsto, se impone una segunda sanción. En el supuesto en que persista el incumplimiento

¹³⁸ Véase la publication 515 (2013), Withholding of Tax on Nonresident Aliens and Foreign (http://www.irs.gov/pub/irs-pdf/p515.pdf) y publication 901 (04/2013), U.S. Tax Treaties. En ellas se interpreta la regulación del Internal Revenue Code relativa a tributación de no residentes en los supuestos en que exista o no exista convenio de doble imposición (http://www.irs.gov/publications/p901/index.html).

¹³⁹ Véase *Excise taxes as penalties* en http://www.irs.gov/irm/part4/irm_04-024-009r.html

puede llegar a extinguirse la *Private Foundation* y confiscar el Gobierno sus activos.

Veamos distintas *excise taxes* impuestas a las *Private Foundations* como consecuencia de incumplimientos de distinta naturaleza.

A) *Excise taxes impuestas por incumplimientos relativos a autocontratación*

Una de las mayores críticas que han recibido históricamente la *Private Foundations* y que precisamente constituyó el detonante de su regulación en 1969, fue el hecho de que personas vinculadas a la entidad o familiares pudieran usar los recursos de la entidad en su beneficio propio, mediante la realización de contrataciones o negocios jurídicos que los beneficiaban, con independencia de que la entidad se viera o no perjudicada. La única sanción existente era la revocación del *status* de exenta de la fundación y la aplicación de las normas de valoración de operaciones vinculadas para entidades sin fin de lucro; ocurría que incluso aplicando a la operación la norma de valor de mercado, se podían ver beneficiados los sujetos vinculados. Por ello se decidió prohibir las transacciones económicas entre las *Private Foundations* y las denominadas *disqualified persons*, sujetos que por su vinculación directa o indirecta con la entidad podían atraer hacia sí beneficios. A estas operaciones se las calificó como supuestos de autocontratación (*self-dealing*). La prohibición se extendió a cualquiera de ellas, aunque no supusieran un perjuicio económico para la *Private Foundation*, al realizarse a valor de mercado.

Siguiendo a Hopkins y Blazek¹⁴⁰, podemos definir una *disqualified person*, una persona que no puede realizar operaciones económicas con la *Private Foundation*, como aquella que mantiene una o más relaciones a nivel privado con la *Private Foundation*, sus *trustees* o sus fundadores. En concreto, pueden serlo¹⁴¹:

1.º Quienes realizan contribuciones económicas sustanciales, superiores a un 2% del total de las contribuciones¹⁴².

¹⁴⁰ B. R. HOPKINS y J. BLAZEK, *Private foundations*, John Wiley & Sons, 2013, pp. 137-147.

¹⁴¹ Se regulan en las secciones 507 (2) (d) y 4946 del IRC y en las Treasury Regulations 53.4946-1 (a) y 1.507-6 (b) (1).

¹⁴² Según el IRS «A *substantial contributor* includes any person who contributed or bequeathed a total amount of more than \$5,000 to the private foundation if the amount is more than two percent of the total contributions and bequests received by the foundation from its creation up through the close of the tax year of the foundation in which the contribution or bequest is received from that person. For a trust, a substantial contributor includes the creator of the trust. However, in no case does the term include a governmental unit».

2.º Los directores, gerentes o aquellas personas que ejerzan funciones de dirección de la fundación.

3.º Quienes tengan una participación superior al 20% de una entidad, sociedad, *partnership*, *trust*, etc., siempre que éstas realicen contribuciones económicas sustanciales en los términos que hemos señalado.

4.º Cualquier familiar de los tres tipos de sujetos señalados en los tres apartados anteriores.

5.º Una sociedad, *partnership* o *trust* en los que más de 35% sea detentado por quienes realizan contribuciones sustanciales, directores, gerentes, quienes tengan una participación superior a un 20% de una entidad que realice contribuciones económicas sustanciales o sus familiares.

6.º Una *Private Foundation* controlada directa o indirectamente por la misma persona que controla la *Private Foundation* en cuestión.

7.º Cargos públicos. Se trata de cargos pertenecientes tanto al poder legislativo, ejecutivo como judicial.

A estas entidades, además de estas prohibiciones específicas, se les aplica la prohibición de *private inurement* y la de *private benefit*, aplicables a todas las entidades exentas¹⁴³. En estos casos la entidad pierde su condición de entidad exenta. En el supuesto en que un sujeto vinculado realice operaciones económicas con la *Private Foundation*, además de la pérdida del *status* de entidad exenta de la entidad, se sanciona al sujeto beneficiado.

La Sección 4941 (d)(1) del *Internal Revenue Code* identifica diferentes tipos de acuerdos o transacciones prohibidos, que son considerados como supuestos de autocontratación¹⁴⁴:

1.º Las ventas y permutas realizadas entre las *Private Foundations* y personas vinculadas constituye siempre autocontratación, aunque la operación se realice por valor de mercado, incluso aunque la *Private Foundation* se beneficie porque reciba algo por precio inferior al de mercado. Las adquisiciones mediante las cuales quedan gravados bienes o derechos de la *Private Foundation*, si estas asumen una deuda o se constituye un derecho de hipoteca sobre sus bienes, son consideradas a efectos de autocontratación, igual que las ventas o permutas.

(Véase <http://www.irs.gov/Charities-&-Non-Profits/Private-Foundations/Substantial-Contributor-Private-Foundation>).

¹⁴³ Respecto a dichas prohibiciones, extensión, consecuencias de incumplimiento, véase M. MONTERO SIMÓ, «La regulación de las entidades sin fines lucrativos en Estados Unidos...», cit., pp. 161 y ss.

¹⁴⁴ Véase J. J. FISHMAN y S. SCHWARZ, *Non profit organizations*, cit., pp. 769 y ss.

- 2.º El arrendamiento entre un sujeto vinculado y una *Private Foundation*.
- 3.º Los préstamos, a excepción de que se trate de un préstamo sin intereses realizado por un sujeto vinculado a una *Private Foundation* para el desarrollo de los fines exentos.
- 4.º Suministro de bienes, servicios o instalaciones, excepto si la cesión es gratuita y para los fines exentos.
- 5.º El pago de compensaciones o reembolso de gastos a personas vinculadas, al menos que el pago no sea excesivo y dichas personas hayan incurrido en dichos gastos al prestar un «servicio razonable y necesario» para el desarrollo de los fines exentos.
- 6.º El uso o transferencia de activos o ingresos pertenecientes a una *Private Foundation* por parte de un sujeto vinculado.
- 7.º Cualquier pago que la *Private Foundation* realice a un funcionario del Gobierno, incluso aunque se trate de una cantidad razonable.

Respecto a la *excise tax* impuesta en el supuesto de autocontratación, existen dos niveles de sanción. En un primer nivel se sanciona al sujeto que realiza la operación con la *Private Foundation* (*self dealer*) e incluso en algunos casos se sanciona al directivo que «a sabiendas» representó a la fundación en la operación de autocontratación.

La sanción inicial es del 5% sobre la superior de las siguientes cantidades: el importe a valor de mercado de otro bien igual o similar transmitido por la entidad o el importe a valor de mercado de otro bien igual o similar adquirido por la entidad. Además la operación debe ser deshecha en la medida de lo posible. Si no se anula la operación, se aplica con carácter subsidiario una segunda sanción que consistirá en un 200% sobre la cantidad anteriormente mencionada; sanción que pagará el sujeto beneficiado por la autocontratación. A ello se une, una sanción del 50% impuesta al director de la fundación que se niegue a anular la operación.

B) *Requisitos relativos a la distribución de beneficios y excise taxes como medida disuasoria ante la no distribución del patrimonio de estas entidades*

Si bien con carácter general, se exige que las entidades sin fin de lucro destinen sus beneficios a los fines sociales, al menos en un cierto porcentaje y no acumulen beneficios y activos improductivos, en el caso de las *Private Foundations* existe una normativa específica (Sección 4942 del IRC) que obliga destinar porcentajes más altos.

En concreto, en cada ejercicio fiscal, tienen que destinar a sus fines sociales al menos un importe mínimo, el *minimum investment return*, más algunas cantidades adicionales, menos el impuesto pagado por la realización de actividades económicas no directamente relacionadas con el fin social (UBIT). El *minimum investment return* está constituido por el 5% del valor medio del ejercicio anterior de sus activos valorados en el valor de mercado, no afectos a los fines exentos, menos los gastos en los que se incurrió para su adquisición (Sección 4942 IRC). La diferencia entre activos afectos a fines exentos y no afectos es compleja¹⁴⁵ y determinante a la hora de calcular el importe mínimo que debe ser destinado a actividades o programas que supongan el desarrollo del fin social.

Los importes del ejercicio que excedan de ese 5% se podrán considerar a la hora de satisfacer el importe mínimo a destinarse en los siguientes ejercicios.

En el supuesto en que no cumpla con el porcentaje mínimo relativo al destino de sus ingresos, se le impone una *excise tax* igual al 15% de las cantidades no aplicadas. En el supuesto en que persista el incumplimiento, se aplica una segunda *excise tax* del 100% de la cantidad no distribuida.

Como segundo sistema de control, se prevé una doble *excise tax* sobre los rendimientos de las aportaciones recibidas. Si las cantidades destinadas a fines sociales durante el ejercicio fiscal exceden de la media de las aportaciones realizadas durante los cinco años anteriores más un 1%, la *Private Foundation* pagará un 1% de los rendimientos de las aportaciones recibidas. Si el porcentaje destinado es inferior a la media mencionada más un 1% pagará el doble, un 2% (Sección 4940 e IRC).

Según Sansing y Yetman, con las dos medidas citadas se consigue modificar el comportamiento de las *Private Foundations*. El sistema dual descrito no fue pensado para que modificara el comportamiento de las entidades, se pretendía que fuera neutral. Sin embargo, en primer lugar, induce a la fundación a incrementar sus distribuciones atendiendo a sus fines sociales para lograr aplicar el 1% y en segundo lugar, provoca que estas entidades no realicen altas distribuciones que les llevarían a tener que incrementar las distribuciones de los próximos cinco ejercicios para seguir aplicando el 1%. De manera que se ven inducidas a un pequeño incremento gradual en el tiem-

¹⁴⁵ B. R. HOPKINS, quien analiza los activos que integran ese *minimum investment return*, o mínimo rendimiento de la inversión, afirma que la típica inversión en valores, depósitos o rendimientos de capital inmobiliario se integran en ese concepto. (*Private Foundations*, cit., p. 236).

po. Concluyen que el mínimo que se les exige y el sistema de sanción dual juega un importante papel en el comportamiento de las *Private Foundations* en particular en aquellas que emplean pequeñas cantidades en la gestión profesional, no experimenta crecimiento y no reciben más donaciones¹⁴⁶.

C) *La excise tax impuesta por superar los límites de participación en otras entidades (excess business holding)*

Es frecuente la práctica en virtud de la cual las *Charities*, incluidas las *Privates Foundations*, crean entidades con fin de lucro para realizar actividades económicas, que de ser realizadas por la *Charity* tributarían en el *Unrelated business income Tax* (UBIT) y podrían poner en peligro su calificación como entidades exentas. La *Charity* recibe rendimientos tales como intereses, cánones exentos y deducibles para la sociedad pagadora. Ante esta posibilidad la Sección 512 (b) (13) (A) Internal Revenue Code establece el gravamen de estos rendimientos en la matriz, en este caso la *Charity*, eventualmente *Private Foundation*, sometiéndolos al UBIT, en la medida en que no han sido gravados en la filial¹⁴⁷.

Esta norma antielusión se aplica cuando la matriz supera determinada participación en la entidad participada. Si la participada es una *stock Corporation*, se considera que la *Nonprofit* ejerce «control» si posee más de un 50% (de forma directa o indirecta) de las acciones; si se trata de un *partnership* o de cualquier otro tipo de entidad se exige que tenga una participación en beneficios de más de un 50% (Sección 512 (b) (13) (D) (i) IRC).

La anterior norma antielusión opera para las *Private Foundations*. A ello se suma una limitación específica cuando la entidad es titular de participaciones de una *Business Enterprise*.

En la Sección 4943 IRC, se establece que una *Private Foundation* y sus donantes más importantes no pueden detentar, de forma conjunta, un participación superior de un 20% de las acciones en una *Corporation* o de un *partnership* que constituyan *business enterprises*.

La definición del concepto de *Business Enterprise* es clave para determinar el alcance de la limitación. Se trata de una entidad que desarrolla una acti-

¹⁴⁶ R. SANSING y R. YERMAN, «Governing Private Foundations Using the Tax Law», *Journal of Accounting and Economics*, núm. 41 (2006), pp. 381 y 384.

¹⁴⁷ Sobre la tributación en el UBIT por los rendimientos obtenidos por la entidad participada, puede consultarse M. MONTERO SIMÓ, «La fiscalidad de las *non profit organizations* en Estado Unidos: El disfrute del *status* de entidades exentas y la tributación de sus beneficios empresariales», *Documentos Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 25/2009, pp. 46-47.

vidad empresarial, de venta de bienes o prestación de servicios, no relacionada con los fines exentos de la entidad sin fin de lucro que la participa¹⁴⁸.

La expresión *business enterprise* no incluye la actividad de la filial o la participada funcionalmente relacionada con los fines exentos¹⁴⁹ o la actividad realizada por entidades en las que al menos 95% de sus ingresos sean ingresos pasivos (dividendos, interés, rentas, royalties, etc.)¹⁵⁰.

Podemos encontrarnos con *Private Foundations* con participaciones superiores al 50%, siempre y cuando la entidad participada no sea una *Business Enterprise*. En este caso, al igual que el resto de entidades, la *Private Foundation* tendrá que tributar por el UBIT en relación con los rendimientos pasivos, en los términos que hemos comentado anteriormente.

Sin embargo si se trata de un *Business Enterprise* la participación no podrá superar el 20%. En el supuesto en que tenga una participación superior, el incumplimiento de la norma sobre *excess business holding* dará lugar a la imposición de una *excise tax*, igual al 10% del valor total del exceso de la participación, tomándose como referencia el mayor exceso que la entidad haya tenido durante el ejercicio fiscal. En el supuesto en que se persista en el exceso y no se reduzca la participación en el plazo establecido, se exige una *excise tax* adicional del 200% sobre el mencionado exceso.

D) *Inversiones que ponen en riesgo a la Private Foundation* (jeopardizing investments)

En teoría los requisitos relativos a la limitación relativa a la participación en otras entidades que desarrollan actividades empresariales, que hemos comentado en el epígrafe anterior y la necesaria distribución o aplicación del beneficio a los fines exentos podrían a priori suponer un garantía de inversión razonable por parte de la *Private Foundation*. Sin embargo ante el riesgo de posibles pérdidas por inversiones excesivas arriesgadas y en definitiva ante el peligro de que puedan ponerse en peligro la consecución de los fines sociales, la Ley prevé limitaciones que tratan de evitar que estas entidades asuman excesivo riesgo en sus inversiones.

La Sección 4944 (a) IRC considera que se ha realizado una inversión arriesgada si los directores de la *Private Foundation* al realizar la inversión no

¹⁴⁸ *Treasury Regulation* 53.4943-10 (a)(1)

¹⁴⁹ En relación con los que se considera actividad empresarial funcionalmente relacionada con los fines exentos de la *Private Foundations*, puede consultarse B. R. HOPKINS, *Private foundations*, cit, pp. 289-291.

¹⁵⁰ IRC section 512 (b) (1) (2) (3) (5).

han actuado «con la diligencia y la prudencia con la que se debe realizar este tipo de actividad, según los hechos y circunstancias que se dieron en el momento en que se efectuó la inversión, para satisfacer las necesidades financieras para que la fundación lleve a cabo sus fines exentos».

La *excise tax* impuesta es un 5% sobre la cantidad invertida por la fundación que ponga en peligro los fines exentos en el ejercicio fiscal correspondiente. Junto a la sanción impuesta a la entidad, el Internal Revenue Code prevé una *excise tax* para los directivos que hayan actuado con dolo; sólo estarán exentos de la misma si el incumplimiento se debió a una causa razonable. El porcentaje en este caso es del 5% con un máximo de 5.000 dólares y en supuesto en que persista el incumplimiento la *excise tax* subsidiaria sigue siendo de 5% pero con el límite de 10.000 dólares.

Los directivos de la *Private Foundation* se verán exonerados de responsabilidad si aportan por escrito el informe de un asesor legal o financiero en el que se exponga la conveniencia de la inversión¹⁵¹.

La calificación de inversión excesivamente arriesgada, es un tanto subjetiva, requiere de una valoración cualitativa. El IRS en la *Treasury Regulation* 53.4944 considera algunas inversiones en particular, susceptibles a priori de ser calificadas como excesivamente arriesgadas y por lo tanto deberán ser objeto de especial escrutinio. Ello ocurre con las inversiones en futuros de materias primas, opciones, warrants, entre otras¹⁵².

E) *La excise tax por incurrir en gastos prohibidos*

En la Sección 4945 del Internal Revenue Code se sanciona a las *Private Foundations* que incurran en determinados gastos. En algunos casos, se trata de gastos expresamente prohibidos, sin embargo en otros casos, su prohibición dependerá de las circunstancias en que se den.

En el párrafo (d) de la Sección 4945 del Internal Revenue Code se establecen cinco categorías de gastos prohibidos:

1.º Propaganda y *lobbying*. En términos generales se prohíbe pagar a las bases que realizan *lobbying*. También se prohíbe influir en los procesos legis-

¹⁵¹ Todos estos aspectos se regulan el *Treasury Regulation* 53.4944.

¹⁵² B. R. HOPKINS hace referencia a los criterios que deben tenerse en cuenta por parte de los administradores a la hora de realizar inversiones. Plantea una serie de preguntas que deben ser respondidas por ellos antes de acometer la inversión, siguiendo a J. BLAZEK en su obra *Finanacial Planning for Nonprofit Organizations Made Easy*, John Wiley and Sons, 2008 (también en *Private foundations*, cit. p. 302).

lativos mediante cualquier tipo de comunicación con los miembros de los cuerpos legislativos o cualquier otro empleado del Gobierno que participe en el proceso legislativo. En la *Treasury Regulation* 4945, se prevén distintas excepciones. Por ejemplo los gastos relativos a un análisis, investigación o estudio, que no sea de partido. Otra excepción la constituyen los gastos incurridos para apoyar propuestas legislativas que puedan afectar a los derechos y obligaciones de la *Private Foundation*, como pueden ser el *status* de exenta, aplicabilidad de la deducción de donativos, etc.

2.º Elecciones y dirección de votos. El hecho de que una *Private Foundation* incurra en este tipo de gastos mediante los que trate de influir en un resultado electoral puede suponerle la pérdida del *status* de exenta con independencia de que sea penalizada mediante una *excise tax* al incurrir en un gasto prohibido.

3.º Ayudas concedidas a personas físicas. Para que dichos gastos se admitan y no generen una *excise tax* dichas ayudas o becas deben realizarse según el procedimiento aprobado previamente por la Hacienda Pública norteamericana (el *Internal Revenue Service*). En el supuesto de las becas deben cumplir alguno de los siguientes requisitos. Tiene que estar exenta en el Impuesto sobre la renta del preceptor que la emplea para estudiar en alguna institución. Constituye un premio o reconocimiento. Se concede para lograr determinado objetivo, realizar un informe o algo similar o desarrollar competencias o capacidades del destinatario [Sección 4945 (g) IRC].

4.º Ayudas concedidas a otras organizaciones. Para no incurrir en un *taxable expenditure* las *Private Foundations* tienen que justificar al *Internal Revenue Service* el destino de sus ayudas.

5.º Gastos en actividades que no contribuyen a la consecución de fines de interés general. Se trata de gastos en actividades que no contribuyen a los fines exentos. Quedan fuera de esta prohibición los pagos para realizar y gestionar las inversiones y los gastos por impuestos, así como otros.

Si la *Private Foundation* realiza alguno de los anteriores gastos prohibidos está sujeta inicialmente a una *excise tax* igual al 10% del importe del gasto. Los directivos de la entidad que, a sabiendas, estaban de acuerdo a que se incurriera en el gasto, están sujetos a una *excise tax* igual al 2,5% del gasto con el límite de 5.000 dólares. En el supuesto en que no se corrija el incumplimiento inicial, la sanción será del 100% para la *Private Foundation* y del 50% con el límite de 10.000 dólares para el directivo [Sección 4945 (a) (b) (c) IRC].

3. Pérdida del status de Private Foundation

La pérdida del status de *Private Foundation* se puede producir de forma voluntaria bien por disolución, bien por transformación y se puede producir de forma involuntaria, constituyendo la disolución una sanción, consecuencia de determinados incumplimientos.

Respecto a la pérdida involuntaria, el IRC establece lo que denomina una «*termination tax*», un impuesto por dicha pérdida igual a la menor de las siguientes cantidades: a) La suma del beneficio que le supuso a la fundación y a sus «*substantial contributor*»¹⁵³, disfrutar de la exención en el impuesto sobre sociedades más los intereses correspondientes y b) El valor de los activos netos de la fundación [Sección 507 8(c) (d) IRC.

Para evitar la anterior situación las *Private Foundations* pueden voluntariamente modificar su *status* o extinguirse. La extinción se produce si transmite todos sus activos a una o más *Public Charities* previa comunicación al IRS.

También cabe que se transforme en *Public Charity* o *supporting organization*. En ambos casos deberá pagar el impuesto por extinción, la denominada «*termination tax*»¹⁵⁴.

4. Deducibilidad de las donaciones efectuadas a las Private Foundations

La política fiscal relativa a las entidades sin fines lucrativos en EE.UU. se apoya en tres pilares: la exención de la que disfrutaban estas entidades en el Impuesto sobre Sociedades, la línea fronteriza que separa los rendimientos exentos de los rendimientos que grava el impuesto sobre los rendimientos empresariales no relacionados con su fin social (*Unrelated Business Income Tax*) y en tercer lugar, la existencia de un atractivo tratamiento fiscal para los sujetos que efectúen donaciones. Realmente, los donantes privados son quienes mantienen el sector por lo que, el ventajoso tratamiento fiscal de las donaciones, sobre todo para contribuyentes con elevada capacidad económica, actúan a modo de auténtico motor en el sector filantrópico en Estados Unidos.

Se ha admitido durante muchos años que en el Impuesto sobre la Renta, solamente debe ser gravada la renta disponible considerando como tal, la

¹⁵³ El concepto de *substantial contributor* lo hemos recogido en la nota a pie de página 142.

¹⁵⁴ En la *Revenue Rule* 2002-28, el IRS se pronuncia sobre la transferencia de todos los activos a otra *Private Foundation*, sin que ello implique que la *Private Foundation* que se extingue tenga que pagar la *termination tax*.

resultante de minorar los ingresos brutos, en los gastos y en las donaciones a *nonprofits*. El importe donado reduce la base imponible del donante, por lo que el impacto económico del incentivo fiscal para el donante dependerá del tipo marginal que le sea de aplicación.

No falta quien se cuestiona si realmente la transferencia de fondos públicos a entidades sin fines lucrativos vía incentivos fiscales, es un mecanismo democrático de asignación de recursos públicos, ya que en lugar de tomarse las decisiones de asignación mediante un proceso democrático se toman por los donantes¹⁵⁵; no hay, por parte del Estado, una evaluación ni a priori ni a posteriori de las necesidades. Tampoco falta quien denuncia el hecho de que la deducción de los donativos solamente beneficie a los contribuyentes con mayor capacidad económica¹⁵⁶. Precisamente el modelo norteamericano de Mecenazgo se apoya en los generosos beneficios fiscales concedidos a donaciones de elevado importe. Su objetivo es fomentar donaciones de elevada cuantía y no numerosas donaciones de escasa cuantía realizadas por contribuyentes con menor capacidad económica, aspecto éste que explicaremos posteriormente.

Para entender mejor las afirmaciones vertidas tenemos que acudir al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas norteamericano, en el que

¹⁵⁵ Alguna de las críticas apuntan al hecho de que los contribuyentes con mayor riqueza tienen un desproporcionado protagonismo en la distribución de recursos públicos. En 2008, los contribuyentes personas físicas, con ingresos superiores a 500.000 \$ (los cuales constituían menos del 1% de los contribuyentes) realizaron casi un 25% de las donaciones deducibles. Sin embargo dos terceras partes de los contribuyentes con ingresos por debajo de 50.000 \$, cuyos ingresos suponían el 20% del total de ingresos, realizaron el 20% del total de las donaciones. En 2006 los contribuyentes con ingresos superiores a 100.000\$ recibieron el 76% del importe total de la deducción por donaciones de 40.900 millones de dólares aunque ellos hicieron solamente el 57% de la donaciones («Sweetened Charity», *The Economist*, de 9 de junio de 2012) (<http://www.economist.com>).

¹⁵⁶ A. BLÁZQUEZ LIDOY realiza un análisis muy interesante, en «Los incentivos fiscales al mecenazgo en Estados Unidos ¿Qué podemos aprender con vistas a la reforma de la Ley 49/2002?», *Anuario de Fundaciones*, Iustel, 2013, bajo el epígrafe «justificación de una normativa fiscal sobre el mecenazgo en Estados Unidos». Por una parte, habla de las razones personales que llevan al donante a efectuar la donación; por otra, de los aspectos que justifican que la entidad sin ánimo de lucro sea financiada vía donaciones deducibles. Respecto a las razones que llevan al donante a efectuar la donación, creo que es importante diferenciar entre la motivación del donante (pura satisfacción, deseo de reconocimientos social, etc.) y la finalidad (dotar económicamente a una entidad sin fines lucrativos para que preste determinados servicios o provea de bienes) como indicaba en el profesor Daniel HALPERIN en el curso sobre *Nonprofit Organizations* en *Harvard Law School*. El primero de los aspectos queda dentro del ámbito personal del donante, es el segundo de los aspectos el que hay que considerar a la hora de determinar si la donación debe ser objeto de incentivo fiscal.

conviven dos sistemas de determinación de la base imponible. Se prevé una deducción global en la base imponible, *standard deduction*¹⁵⁷, para contribuyentes con rentas inferiores y un sistema de deducciones desglosadas, *itemizer deductions* por el que optan los contribuyentes con mayor capacidad económica¹⁵⁸. En el primer sistema, se determina de forma objetiva el gasto, a un tanto alzado y en el segundo, se atiende a la literalidad del gasto.

Solamente en el supuesto en que se aplique el sistema de *itemizer deductions*, puede deducirse el contribuyente en su base imponible el importe de las donaciones realizadas. En el supuesto en que se opte por el primer sistema es irrelevante el importe donado ya que el global de gastos y deducciones en base se calculan mediante un sistema objetivo de determinación.

A lo anterior, se une el hecho de que en el Impuesto sobre la Renta norteamericano se aplica una tarifa con tipos progresivos, por lo que el ahorro fiscal en cada caso será igual al importe donado por el tipo marginal aplicable, de esta forma, a mayor tipo de gravamen, mayor será el importe deducido¹⁵⁹.

Si bien, los donativos a *Private Foundations* cuentan con una regulación más restrictiva que la relativa al resto de donaciones, no por ello dejan de comportar importantes ventajas fiscales, cuyo importe está directamente relacionado con el tipo de gravamen del donante en el Impuesto sobre la Renta y el valor de lo donado.

Como señala Blázquez Lidoy, el sistema de reducción en la base imponible incentiva más a aquellos contribuyentes que poseen más renta y por lo tanto, tributan a tipos marginales más altos, desincentivando a los que tienen rentas más bajas. En este caso cede la justicia ante razones de eficiencia; son los grandes contribuyentes los que pueden hacer importantes donativos¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Los importes de deducción estándar son, para matrimonios con declaración conjunta 6.000\$, para solteros o casados con declaración individual 3.000\$ y 4.400\$ para el cabeza de familia.

¹⁵⁸ Véase M. J. GRAETZ y D. H. SCHENK, *Federal Income Taxation. Principles and Policies*, Foundation Press, 2005, p. 423 y ss.

¹⁵⁹ W. D. ANDREWS pone de manifiesto como el problema está en la regulación del Impuesto sobre la renta sobre todo en el tratamiento de las plusvalías generadas con ocasión de la transmisión del bien («Personal Deductions in an ideal Income Tax», *Harvard Law Review*, núm. 86 (1972), pp. 309, 344-348, 356-358, 371-375).

¹⁶⁰ A. BLÁZQUEZ LIDOY, «Los incentivos Fiscales al mecenazgo en Estado Unidos...», cit., p. 205.

Las circunstancias varían si el donante es persona jurídica. En este caso se aplica el régimen de estimación directa para la determinación de la base imponible.¹⁶¹

Las donaciones deducibles son aquellas que se realizan a entidades «cualificadas», es decir entidades sin fin de lucro norteamericanas con derecho a disfrutar de la exención del Impuesto sobre Sociedades. Por ejemplo entidades como organizaciones políticas, asociaciones de abogados, club de campo y otros clubes sociales no son susceptibles de recibir deducciones con derecho a deducción.

El importe de la deducción y los límites a los que ésta se ve sometida varían en función de la entidad donataria y de la naturaleza del bien donado. Existen también diferencias entre las donaciones corrientes y las donaciones planificadas, entre las donaciones de dinero y donaciones de bienes, entre donaciones completas o donaciones parciales o donaciones a través de un *Trust*.

En relación con las donaciones realizadas por personas físicas que tributan bajo el sistema de deducciones específicas (*itemized deductions*) y por lo tanto, tienen derecho a incluir la deducción por donativos, y siguiendo la regulación prevista en la Sección 170 (b) IRC, el importe máximo a deducir por el donante en cada ejercicio fiscal, no puede superar determinado porcentaje que se aplica sobre su base imponible (*donor contribution base*)¹⁶². Los porcentajes aplicables a personas físicas en el Impuesto sobre la Renta son:

1.º El 50% de la base imponible para donaciones de dinero y de *ordinary income property* (bienes cuya transmisión generan ganancias de patrimonio de las denominadas por la Ley del Impuesto sobre Sociedades norteamericano, a corto plazo, es decir de menos de una año) a ciertas *Operating Foundations*.

¹⁶¹ Respecto a la deducción por donativos en los Impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas y Jurídicas, véase M. MONTERO SIMÓ, «Los beneficios fiscales de las donaciones a entidades sin fin de lucro en Estados Unidos», *CIRIEC*, pendiente de publicación.

¹⁶² En el supuesto en que el donante sea una persona física, el límite se aplica sobre el «*adjusted gross income*», que salvando las diferencias existentes entre los elementos de liquidación del Impuesto sobre la Renta norteamericano y el español, podríamos equipararlo al concepto de base imponible previsto en nuestra Ley General Tributaria. Se trata del resultado de restar a los rendimientos íntegros, los gastos. Con posterioridad y para calcular el *taxable income* que vendría a ser la base liquidable se restan las deducciones (bien la *deduction standard* o bien cada una de las deducciones específicas aplicables si el contribuyente ha optado por el sistema de *itemized deductions*. Junto con la limitación específica que estamos comentando relativa a la deducción por donativos, existen límites conjuntos que afectan a una serie de deducciones entre las que se incluye ésta.

Quedan fuera de este porcentaje la mayoría de las *Private Foundations* [Sección 170 (b)(1)(A) IRC].

2.º El 30% de la base imponible para donaciones de dinero y de *ordinary income property* realizadas a *Private Foundations* [Sección 170 (b)(1)(B)(i) IRC].

3.º El 20% de la base imponible para donaciones de bienes que generan ganancias de patrimonio de cualquier naturaleza, realizadas a *Private Foundations* [Sección 170 (b)(1)(D)(i) IRC].

En el supuesto en que no pueda deducirse el importe total correspondiente al ejercicio, podrá ser deducido en los cinco ejercicios siguientes.

1.º Si el donante es una persona jurídica, el límite que opera en el Impuesto sobre Sociedades es el 10% de los resultados antes de impuestos.

2.º En relación con la determinación del importe deducido, en términos generales, cuando se dona un bien a una entidad sin fin de lucro, el importe de la deducción es el valor de mercado del bien donado, esta circunstancia realmente es muy ventajosa para el donante. Para que se aplique esta norma tienen que darse una serie de circunstancias; dependerá de la naturaleza del bien donado, la clasificación fiscal del donante y el uso que la entidad donataria haga del bien donado.

3.º El valor de mercado del bien donado se ve reducido si la donación del bien genera ganancias de patrimonio en sede del donante y el donatario es una *Private Foundation*. El importe deducible en este caso será igual al valor de mercado del bien donado menos la ganancia de patrimonio a largo plazo que se hubiera obtenido si el bien donado hubiese sido vendido a valor de mercado. Esta norma prevista en la Sección 170 (e) (1) (B) (ii) IRC.

4.º Esta norma se aplica con independencia de que el donante sea persona física o jurídica y con carácter previo a la aplicación del límite sobre la base imponible que hemos descrito anteriormente.

5.º Constituye una excepción a la anterior reducción, la denominada norma de las acciones calificadas revalorizadas. En el supuesto en que se realice una donación de este tipo de acciones, el importe deducible será el valor de mercado, no experimentando dicho valor ninguna reducción¹⁶³.

Se considera una acción calificada revalorizada aquella para la que está disponible a la fecha de la donación, su cotización en mercados secundarios

¹⁶³ Sección 170 (e) (5) (A) IRC.

oficiales y constituya una *capital gain property*, es decir, que haya permanecido en el patrimonio del donante al menos un año¹⁶⁴.

Finalmente, debemos mencionar otros dos supuestos en los que procede realizar una reducción a la deducción, que no solamente afectan a las *Private Foundations*. Se trata de las donaciones de *ordinary income* a cualquier entidad sin fin de lucro; en este caso el donante debe reducir el importe de la deducción en la ganancia que ha obtenido.

El segundo de los supuestos afecta a la donación de bienes que hayan permanecido a partir de un año en el patrimonio del donante y se califiquen de *long term property*. En este caso, el donante deberá reducir la deducción en el importe de la ganancia que se hubiera obtenido si se hubiese vendido el bien, siempre y cuando la entidad donataria no haya vinculado el uso de dicho bien a la consecución de sus fines exentos.

Tal y como dijimos anteriormente, existen voces críticas al tratamiento que reciben las donaciones en el Impuesto sobre la Renta. Dichas críticas se incluyen en una crítica más global, la relativa a la regresividad del propio Impuesto sobre la Renta, aspecto que se trata de modificar. En concreto, el Presidente Obama ha incluido una propuesta en el Presupuesto para 2014¹⁶⁵ mediante las que pretende:

Limitar las deducciones en el sistema de *itemized deductions*, incluida la deducción por donativos para contribuyentes con rentas por encima de 250.000 dólares en declaraciones conjuntas o 200.000 dólares en declaraciones individuales.

Propone de nuevo limitar a un 28% el importe de lo deducible. Se trata del quinto Presupuesto consecutivo en el que el Presidente Obama ha propuesto limitar la deducción por donativos sin éxito.

Implementar la denominada *Buffett Rule*¹⁶⁶, principio en virtud del cual se pretende establecer un tipo de gravamen efectivo mínimo del 30% para contribuyentes con ingresos superiores a 1 millón de dólares.

No sabemos si finalmente prosperarán las mencionadas propuestas de reformas legislativas, pero de en todo caso, pone de manifiesto la existencia de grandes ventajas fiscales para los sujetos con altos niveles de renta, deriva-

¹⁶⁴ La calificación de acción cualificada revaloriza no es pacífica. Al respecto, véase B. R. HOPKINS, «*Private foundations...*», cit., pp. 586-588.

¹⁶⁵ http://www.independentsector.org/presidents_budget

¹⁶⁶ Recibe este nombre por el hecho de que el millonario Warren BUFFETT tribute a un tipo efectivo de gravamen inferior que el de su secretaria.

das de un sistema tributario regresivo, del que participa la deducción por donativos.

Respecto a las donaciones de americanos a entidades sin fin de lucro extranjeras, Estados Unidos ha previsto en los convenios para evitar la doble imposición con Canadá, México e Israel que, siempre y cuando el residente americano obtenga rentas en esos países tendrá derecho a una deducción en la base imponible del Impuesto americano. El límite al que se ve sometido la deducción se calculará sobre los rendimientos obtenidos en cualquiera de estos países¹⁶⁷.

III. Conclusiones

1.º Estrictamente hablando, no existe la «fundación» en EE.UU. como una institución jurídica, sino que estamos ante una institución social re-creada por el ordenamiento fiscal, sobre todo a partir de 1969. En tal momento se creo la *Private foundation* en oposición con otra institución no lucrativa, de naturaleza también tipo «fundación», fiscalmente exenta, que es la *Public Charity*.

Como todas las divisiones tiene consecuencias positivas y negativas. Entre las buenas estaría que ha permitido a las *Public Charities* alejarse de los problemas de legitimidad que han tenido las fundaciones privadas. Entre los efectos negativos es haber creado, en el fondo, una división, además de orden puramente fiscal, donde no existía ni existe en la legislación sustantiva.

Una y otra son equivalentes a lo que aquí se denomina «fundación», pero en ninguno de ambos casos estamos hablando de una única figura jurídica, por cuanto ambas utilizan, como vector jurídico, otras formas: el *Trust*, la *Corporation*, más raramente la *Company* y la *Association* y, ocasionalmente la *Limited Liability Company* (LLC).

2.º La regulación fiscal de la *Private Foundation* se ha caracterizado por establecer un conjunto de mecanismos públicos muy poderosos de control del fin, las actividades, el gobierno y la actuación en general de éstas; frente a la regulación más laxa de las *Public Charities*. Estas últimas, supuestamente, están controladas sobre todo por los usuarios-beneficiarios y los donantes. Es decir, es la sociedad es quien controla, más o menos formalmente, su actuación mediante su aceptación y financiación de la prestación que realizan; en tan-

¹⁶⁷ Aparece una referencia a los tres convenios para la evitar la doble imposición en la *Publication of Department of Treasury about Charitable deductions*. Para declaraciones de 2012.

to que las *Private Foundations* al ser un patrimonio particular hacia un fin público, no tendrían tal control informal.

No obstante, la mayor y mejor regulación y control que se ha producido sobre las fundaciones privadas está siendo cada vez más demandada para que se establezca también sobre las *Public Charities*. De tal manera que esa aparente menor categoría que tuvieron las fundaciones privadas por mor de sus menores exenciones fiscales y mayor control se ha visto, ahora, como una posible fuente de ventajas para las segundas; toda vez que el las *Private Foundations* se identificaron, asentaron y fortalecieron en sobremanera gracias precisamente a tal regulación

Este sistema ha generado que el peso de la regulación y control ha pasado —y aún pasaría más de sustanciarse lo que acaba de ser expuesto— desde el supuesto control estatal vía Fiscal General de cada Estado, propio de las instituciones caritativas, hacia el control federal-fiscal de las fundaciones. El modelo regulatorio en EE.UU., dirá FISHMAN, de la *caridad estatal* a las *fundaciones federales*, diciéndolo de modo simplificado¹⁶⁸.

3.º Todo lo cual no es óbice a que la forma *Private Foundation* como categoría fiscal, unida a la (leve) regulación de las formas jurídicas (*Trust*, *Corporation*, etc.) y su menor control por parte de los Estados de una gran autonomía de estructura, gobierno, fines, actividades y vida en general a los posibles fundadores.

Esa gran tradición histórica, unida a esta libertad organizativa y a una fiscalidad muy beneficiosa, tanto en términos de impuestos de las fundaciones como de las donaciones caritativas a ellas dirigidas, ha producido un sector fundacional enormemente fuerte y poderoso, tanto en términos absolutos como comparados.

4.º Aunque han surgido formas empresariales con fines sociales, tipo L3C y otras, que aparentemente hacen sombra al modelo no lucrativo, las específicas características de este modelo y de las formas que le dan vida, así como la regulación fiscal, hace que no sea posible, ni deseable, ni menos aún acomodable, la traslación de las exenciones fiscales a las primeras.

¹⁶⁸ Aunque hay que añadir que nunca, dirán BRODY y TYLER, existió la «public» *Charity*. Utilizar esta denominación, añaden, introduce elementos de distorsión. El hecho de que reciba una exención fiscal ¿hace público ese dinero eximido de impuestos? Dicho de otro modo ¿produce la subvención la idea de que es un dinero público? ¿Convierte esto a la *Public Charity* en un algo público (en sentido de gubernativo)? (E. BRODY y J. TYLER, «Respecting Foundation and Charity Autonomy:...?», cit., pp. 572-574).

Esto es así en gran medida porque el «interés general», unido a la no-lucratividad de las fundaciones, constituyen un binomio que pone en el tapete necesariamente a los poderes públicos como garantes de tales fines y, en consecuencia, como rectores de los principios de control fiscal. Si tal alivio fiscal no se produce entonces no estamos hablando de lo mismo puesto que su identidad radical es totalmente distinta.

5.º Las *Privates Foundations* constituyen un vehículo de planificación fiscal para los donantes. Mantienen el control del patrimonio que destinan a esta entidad, decidiendo su destino, obtienen grandes ventajas fiscales en su tributación sobre la Renta al poder deducir las donaciones realizadas y además crean un entidad titular de un patrimonio cuyo rendimientos quedan exentos de tributación, con excepción de los rendimientos no relacionados con el fin social que tributan en el *Unrelated Business Income Tax*.

6.º El mencionado control está limitado por la ley, mediante la cual se pretende evitar la utilización fraudulenta de estas entidades como mero instrumento de ahorro fiscal, pervirtiendo la causa que justifica la existencia de esta figura: el destino de un patrimonio a la consecución de fines de interés general.

7.º La regulación de las limitaciones establecidas por la norma fiscal es muy compleja. Por una parte, para poder disfrutar del *status* de entidades exentas en el Impuesto sobre Sociedades tienen que cumplir los requisitos exigidos a cualquier *Charity*, más los requisitos específicos exigidos a ellas, entre los que destacan las prohibiciones sancionadas mediante *excise taxes*.

Por otra parte, la realización de conductas prohibidas conlleva una penalización del sujeto o ente responsable, que puede ser la propia entidad o sujetos vinculados a ella. Incluso en algunos casos esa penalización se extiende a gobernantes públicos, miembros de órganos legislativos y del Poder Judicial. Tratando de cerrar el círculo de normas antielusión, se sanciona a la entidad, se sanciona a los que la dirigen y se sanciona a quien obtiene un beneficio privado mediatizando la *Private Foundation*.

8.º Las limitaciones y prohibiciones cuyo incumplimiento da lugar a una sanción, vía *excise tax*, afectan y por consiguiente condicionan:

- El destino de sus rendimientos y de sus activos.
- La naturaleza de sus inversiones.
- Los sujetos con quienes realizan operaciones con contenido económico.
- Su participación en otras entidades.

— La naturaleza de sus rendimientos.

La norma fiscal se erige en configuradora de este tipo de entidades por la vía de la limitación.

9.º Las *Private Foundations* cuentan con una prohibición específica de autocontratación o contratación con sujetos vinculados, para lo que el *Internal Revenue Code* entra a definir quién es una *disqualified person*. En paralelo se les aplica la doctrina de *private inurement* y la de *private benefit*, las cuales cierran el círculo de transacciones económicas que beneficien a terceros, al margen de los fines de interés general de la entidad.

10.º La deducción por donativos dinerarios en Estados Unidos, sobre todo cuando la donación es realizada por una persona física cuenta con un tratamiento fiscal muy favorable, ya que el donante puede deducir de su base imponible el 100% del importe donado, lo que implica que el incentivo fiscal que obtenga, a idéntico importe donado, será mayor cuanto mayor sea el tipo de gravamen al que tributa. Si bien el importe que se deduce en la base imponible cuenta con un límite, hay que destacar que el límite puede llegar a ser el 50% de su base imponible, por lo que es previsible que en muchos casos este límite no se supere y se deduzca la totalidad del importe o valor del bien donado.

11.º Existe una corriente de autores crítica con la generosa regulación de la deducción por incentivos. En concreto apuntan la regresividad de la deducción por donativos, aspecto que afecta tanto a las *Private Foundations* como al resto de *Charities*. Tal y como se regula la deducción, favorece a los grandes donantes, no de forma proporcional a la donación efectuada sino de forma progresiva. Se produce un incremento progresivo del beneficio fiscal a medida que aumenta el importe de la donación.

12.º Si comparamos los incentivos fiscales al Mecenazgo previstos en España con los incentivos fiscales previstos en Estados Unidos, encontramos importantes diferencias. Algunas justificadas por las diferencias relativas a la configuración del Impuesto sobre la Renta en cada uno de los países; otras, directamente relacionadas con la existencia de dos modelos de fomento de las entidades sin fines lucrativos distintos.

En España al prever la Ley 49/2002, de incentivos fiscales a las entidades sin fines lucrativos deducciones en la cuota, los porcentajes para el cálculo son fijos con independencia del tipo de gravamen del contribuyente; el importe de la deducción es proporcional a la donación y no se incrementa de forma progresiva a medida que aumenta el tipo de gravamen del donante. Por otra parte, el límite con el que contamos en España mediante el cual el

importe de la deducción no puede exceder del 10% de la base imponible tanto en el Impuesto sobre Sociedades como en el Impuesto sobre la Renta no opera exactamente igual que el límite que establece el Impuesto sobre la Renta en Estados Unidos. El límite máximo del 50% que hemos comentado solamente es posible para *Private Operating Foundations*, opera para determinar el importe de deducción en base, es decir, podría darse el caso en que el contribuyente ahorrara el 50% de su base imponible por tipo de gravamen. En España el límite opera de forma distinta, el máximo ahorro, no puede superar el 10% de su base imponible.

En Estados Unidos, en el supuesto en que el contribuyente tenga un tipo de gravamen superior al 20% y tenga derecho al límite del 50% de la base imponible, la deducción será superior al 10% de su base imponible.

* * *

Parece claro que las fundaciones necesitan reinventarse una y otra vez; como así ha ocurrido en la Historia tanto allí como aquí. Si esto es así para todas las instituciones de ese país tan activo, aún está cobrando relieve ante el progresivo «nuevo» recelo hacia las fundaciones, sus fines, su dinero, la deducción por donativos, y el hecho de que exista poco auto-control de su gobierno, su gasto, sus propósitos, la calidad de su servicio. Los beneficiarios carecen de control sobre sus actividades y uso de los fondos, y así un largo etcétera de pequeños o no tan pequeños problemas acumulados¹⁶⁹. Esta «nueva» crisis de legitimidad también ha derivado en un fuerte debate sobre la necesidad de unos nuevos mecanismos públicos de control¹⁷⁰. Es por esto que todo parece indicar que se va a producir un nuevo proceso de revisión de su *status*, si bien el conjunto constituye un lobby que ha hecho que, hasta la fecha, todas estas reformas no hayan prosperado en demasiados cambios¹⁷¹.

¹⁶⁹ Para todo ello, recientemente, ha puesto el dedo en la llaga K. STERN, *With Charity For All: Why Charities Are Falling and a Better Way to Give*, Doubleday, 2013, *in toto*.

¹⁷⁰ Por todos, J. J. FISHMAN, *The Faithless Fiduciary...*, cit., pp. 307 y ss. L. SUGIN, «Resisting the Corporalization of Non Profit Governance: Transforming Obedience into Fidelity», en *Fordham Law Review* núm. 76 (2010), 1-30. Recogiendo muchos otros artículos de hace varios años (puesto que ahora mismo el debate está algo más parado). J.-C. ALLI, *La fundación, ¿Una casa sin dueño?*, cit., pp. 421-430.

¹⁷¹ J.-C. ALLI TURRILLAS, «Origen, crisis jurídica y cambios en ciernes en la regulación del sector no lucrativo de tipo “fundacional” en los EE.UU.», en *Revista Española del Tercer Sector (RETS)*, núm. 21 Mayo-Agosto 2012.

Bibliografía¹⁷²

- ALLI TURRILLAS, J.-C., *Fundaciones y Derecho administrativo*, Marcial Pons, 2010.
- *La fundación, ¿una casa sin dueño? (Gobierno, responsabilidad y control público de fundaciones en Inglaterra, USA, Alemania y Francia)*, Iustel, 2012.
- «Origen, crisis jurídica y cambios en ciernes en la regulación del sector no lucrativo de tipo “fundacional” en los EE.UU.», en *Revista Española del Tercer Sector (RETS)*, núm. 21 Mayo-Agosto 2012.
- ANDREWS, W. D., «Personal Deductions in an ideal Income Tax», *Harvard Law Review*, núm. 86 (1972).
- ANHEIER, H. K. y DALY, S., «Philanthropic foundations in modern society», en *The Politics of Foundations. A Comparative Analysis*, Routledge, London, 2007.
- ATKINSON, R., «Altruism in Nonprofit Organizations», en *Boston College Law Review* núm. 31 (May 1990).
- BILLIAS, G. A., *Law and Authority in Colonial America*, Barre publishers, New York, 1965.
- BISHOP, M. y GREEN, M., *Philanthrocapitalism. How Rich Can Save the World and Why We Should Let Them*, A & C. Black, London, 2008.
- BLACKWOOD, A. S. y ROEGER, K. L., *Applications for 501(c)3 Tax Exempt Status Declining: Recession or Rule Changing?*, Urban Institute, January 2013. www.urbaninstitute.org
- BLAZEK, J., *Finanancial Planing for Nonprofit Organizations Made Easy*, John Wiley and Sons, 2008.
- BLÁZQUEZ LIDOY, A., «Los incentivos fiscales al mecenazgo en Estados Unidos ¿Qué podemos aprender con vistas a la reforma de la Ley 49/2002?», *Anuario de Fundaciones*, Iustel, 2013.
- BLOCK, S. R., «A History of the Discipline», en J. STEVE OTT (ed.), *The Nature of the Nonprofit Sector*, Westview, Bolding (Co.), 2001.
- BOULDING, K. E., *La economía del amor y del temor*, Alianza Universidad, 1973.
- BREMNER, R. H., *American Philanthropy*, Colección *The Chicago History of American Civilization* (dir. D. J. BOORSTIN), University of Chicago press, 2.ª ed., 1988.
- BRILLIANT, E. L., *Private Charity & Public Inquiry: A History of the Filer & Peterson Commissions*, Indiana University Press, 2000.
- BRODY, E. (ed.), *Property-Tax Exemption For Charities. Mapping the Battlefield*, Urban Institute, Washington, 2002.
- BRODY, E. y CORDES, J. J., «Tax Treatment of NPO: A Two Edged Sword», en E. T. BORIS y E. STEUERLE, *Non Profit Organizations and Government. Collaboration and Conflict*, Urban Institute, 1999.

¹⁷² Para fuentes utilizadas y páginas de los artículos citados deben consultarse las notas a pie de la página correspondiente.

- BRODY, E. & J. TYLER, «Respecting Foundation and Charity Autonomy: How Public is Private Philanthropy?» en *Chicago-Kent Law Review* núm. 85 (2010).
- CASTRO Y BRAVO, F. de, *La persona jurídica*, 2.^a ed., Civitas, Madrid, 1991.
- CICONTE, B., *Fundraising Fundamentals*, Jones & Bartlett, 2005.
- COLINVAUX, R., «Charity in the 21st Century: Trending Toward Decay», en *Florida Tax Review*, Vol. 11, núm. 1 (2011).
- DIRUSSO, A. A., *American Non Profit Law in Comparative Perspective*, Washington University Global Law Review núm. 39 (2011).
- DOUGLAS DILLON, C., *Tax Impact on Philanthropy*, Tax Institute of America, Princeton, 1972.
- EMERSON ANDREWS, E. *Philanthropic Foundations*, Rusell Sage Foundation, New York, 1956.
- EUROPEAN FOUNDATION CENTRE TASK FORCE, *Foundations in the European Union*, Brussels, 2008 (www.efc.eu).
- FISHMAN, J. J., *The Faithless Fiduciary And the Elusive Quest for Nonprofit Accountability 1200-2005*, Carolina Academic Press, 2007.
- «The Federalization of Non Profit Regulation and Its Discontents», en *Kentucky Law Journal* núm. 99 (2010-2011).
- «The Nonprofit Sector: Myths and Realities» en *Pace Law Faculty Publications*, paper 493 (2006).
- «Wrong Way Corrigan and Recent Developments in the NonProfit Landscape: A Need for New Legal Approaches», en *Fordham Law Review* núm. 76 (2006-2007).
- FISHMAN, J. J. y SCHWARZ, S., *Nonprofit Organizations. Cases and Materials*, 3.^a ed., Foundation Press & Thomson-West, Washington, 2011.
- FLEISHMAN, J. L., *The Foundation. A Great American Secret (How Private Wealth is Changing the World)*, Public Affairs, 2007.
- FREMONT-SMITH, M. R., *Governing Nonprofit Organizations. Federal and State Law and Regulation*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 2004.
- FRIEDMAN, L. M., *A History of American Law*, Touchstone Books, Simon & Schuster, 2.^a ed., 1985.
- FRUMKIN, P., «Private Foundations as Public Institutions. Regulation, Professionalization, and the Redefinition of Organized Philanthropy», en LAGEMANN, E. C. (ed.), *Philanthropic Foundations*, Indiana University Press, Indianapolis, 1999.
- FUKUYAMA F., *Trust: The Social Virtues and the Creation of Prosperity*, Free Press, New York, 1995.
- GALLE, B., «Keep Charity Charitable», en *Texas Law Review* núm. 88 (2010).
- GRAETZ, M. J. y SCHENK, D. H., *Federal Income Taxation. Principles and Polices*, Foundation Press, 2005.

- HALL, P. D., *Inventing the Nonprofit Sector and Other Essays on Philanthropy, Voluntarism and Nonprofit Organizations*, John Hopkins University Press, Baltimore, 1992.
- «A Historical Overview of Philanthropy, Voluntary Associations, and Nonprofit Organizations in the United States 1600–2000», en *The Nonprofit Sector. A Research Handbook* (eds. W. W. POWELL y R. STEINBERG), 2.ª ed., Yale University Press, New Haven, 2006.
- *The Statute of Charitable uses and the English Origins of American Philanthropy*, en <http://www.hks.harvard.edu/fs/phall/01.%20Charitable%20uses.pdf> (2010).
- HAMMACK, D. C., «Foundations in the American Polity 1900–1950», en LAGEMANN, E. C., *Philanthropic Foundations*, Indiana University Press, Indianapolis, 1999.
- *Making the Non Profit Sector in USA. A Reader*, Indiana University Press, Bloomington, 1998.
- HANSMANN, H., «The Role of Nonprofit Enterprise», en *The Yale Law Journal*, Vol. 80, núm. 5 (1980).
- HEIMANN, F. F. (ed.), *The Future of Foundations*, Columbia University press, New York, 1973.
- HELGE, T. L., «Policing the Good Guys: Regulation of the Charitable Sector Through a Federal Charity Oversight Board», en *Cornell Journal of Law and Public Policy*: <http://www.lawschool.cornell.edu/research/JLPP/upload/Helge.pdf>.
- HELMHOLZ, R. y ZIMMERMANN, R., *Itinera fiduciae. Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998.
- HINES, J. R., HORWITZ, D. y NICHOLS, A., «The Attack on Nonprofit Status: A Charitable Assessment», en *Michigan Law Review* núm. 108 (Mayo 2010).
- HOLCOMBE, R. G., *Writing Off Ideas. Taxation, Foundations & Philanthropy in America*, Transaction Pubs, New Brunswick, 2000.
- HOPKINS, B. R., *Non Profit Law Made Easy*, John Wiley & Sons, New Jersey, 2005.
- *Private Foundation Law Made Easy*, John Wiley & Sons, New Jersey, 2008.
- *The Law of Tax-Exempt Organizations*, 8.ª ed., John Wiley & Sons, New Jersey, 2003.
- *The Tax Law of Charitable Giving*, 3.ª ed., Wiley & Sons, New York, 2005.
- HOPKINS, B. R., y BLAZEK, J., *Private foundations*, John Wiley & Sons, New Jersey, 2013.
- HOPT, K. J. y HIPPEL, T. V. (dirs.), *Comparative Corporate Governance of Non-profit Organizations*, Cambridge University Press, 2010.
- HOPT, K. J., RAINER WALZ, W., VON HIPPEL, T. y THEN, V., *The European Foundation. A New Legal Approach*, Cambridge University Press, 2003.
- IRS, *Excise taxes as penalties* (http://www.irs.gov/irm/part4/irm_04-024-009r.html).
- Publication 515 (2013), Withholding of Tax on Nonresident Aliens and Foreign (<http://www.irs.gov/pub/irs-pdf/p515.pdf>).

- Publication 901 (04/2013), U.S. Tax Treaties. (<http://www.irs.gov/publications/p901/index.html>).
- JONES, G., *History of the Law of Charity 1535-1827* (1969), Cambridge University Press, reimpresión 2008.
- JORDAN, W. K., *Philanthropy in England 1480-1660. A study of the Changing Pattern of English Social Aspirations*, Allen & Unwind, 1959.
- KEATINGE, R. R., «LLC and Nonprofit Organizations-For-profits, Nonprofit, and Hybrids», en *Suffolk University Law Review* núm. 42 (2009).
- KELLEY, T., «Law and Choice of Entity on the Social Enterprise Frontier», en *Tulane Law Review* núm. 84 (December 2009).
- KESSNER, T. y ROSENBLUM, A., *American Philanthropy, the State and the Public Sector 1890-1970*, University of Indianapolis, 2000.
- LANG, R. y MINNIGH, E. C. «The L3C, History, Basic Construct, and Legal Framework», en «Symposium: Corporate Creativity: The Vermont L3C & Other Developments in Social Entrepreneurship», en *Vermont Law Review* núm. 35 (2010).
- LEFF, B. M., «The Case Against For-Profit Charity», en *Seton Hall Law Review* núm. 42 (2012).
- LÓPEZ-JACOISTE, J. J., «La fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones» en *Revista de Derecho Privado* núm. 49 (1965).
- MACDONALD, D., *The Ford Foundation: the Men and the Millions* (publicado originalmente en 1955), Transaction Publishers (reedición 2011).
- MALUQUER DE MOTES, C., *La fundación como persona jurídica en la Codificación civil: de vinculación a persona (estudio de un proceso)*, Publicaciones de la Universidad de Barcelona, 1983.
- MAYER, L. H., «The “independent” Sector: Fee-for-service Charity and the Limits of Autonomy», en *Vanderbilt Law Review* núm. 65 (Enero 2012).
- MCCARTHY, K. D., *American Creed. Philanthropy and the Rise of Civil Society 1700-1865*, University of Chicago Press, 2003.
- MCGARVIE, M. D., «The *Dartmouth College* Case and the Legal Design of Civil Society», en L. J. FRIEDMAN y M. D. MCGARVIE, *Charity, Philanthropy and Civility in American History*, Cambridge University Press, 2003.
- MILLER, M. S., *The Legal Foundations of American Philanthropy 1776-1844*, The State Historical Society of Wisconsin, Madison (escrito en 1961), reeditado por The Hauser Center, Harvard University, 2006.
- MONTERO SIMÓ, M., «La fiscalidad de las *non profit organizations* en Estado Unidos: El disfrute del estatus de entidades exentas y la tributación de sus beneficios empresariales», *Documentos Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 25 (2009).
- «La regulación de las entidades sin fines lucrativos en Estados Unidos. Especial referencia a su tratamiento fiscal», *Crónica Tributaria*, núm 135 (2010).

- NEILL, M. O., *Non Profit Nation. A New Look at the Third America*, Jossey-Bass, San Francisco, 2002.
- NIELSEN, W. A., *The Big Foundations*, Columbia University Press, New York, 1972.
- OATES, M. J., *The Catholic Philanthropic Tradition in America*, Indiana University Press, Indianapolis, 1995.
- OLECK, H. L., *Nonprofit Corporations, Organizations, and Associations*, 4.^a ed., Prentice-Hall Inc., 1980.
- PALLOTA, D., *Uncharitable. How Restraints on Nonprofits Undermine their Potencial*, Tufts University Press, Massachusetts, 2008.
- PANIZO ORALLO, S., *Persona jurídica y ficción. Estudio de la obra de Sinibaldo de Fieschi (Inocencio IV)*, EUNSA, Pamplona, 1975.
- PIÑAR MAÑAS, J. L., «Tercer Sector, sector público y fundaciones», en *Revista Española del Tercer Sector* núm. 1 (octubre-diciembre 2006).
- POMEY, M., *Traité des fondations d'utilité publique*, PUF, 1.^a ed., 1980.
- PORTER, M. E. y KRAMER, M. R., «The Competitive Advantage of Corporate Philanthropy», en *Harvard Business Review* Vol. 12, núm. 80 (2002).
- POSNER, E. y MALANI, A., «The Case for For-Profit Charities», en *Virginia Law Review* núm. 93 (2007).
- RADBUCH, G., *El espíritu del Derecho inglés* (escrito en 1946), Marcial Pons, 2000.
- RAYMOND, S. U., *The Future of Philanthropy. Economics, Ethics and Managment*, Wiley & Sons, 2004.
- REEVES, T. C. (ed.), *Foundations Under Fire*, Cornell University Press, Ithaca, 1970.
- REISER, D. R., «For-Profit Philanthropy», en *Fordham Law Review* núm. 77 (2009).
- RODRIGUES, U., «Entity & Identity», en *Emory Law Journal* núm. 60 (2011).
- ROELOFS, J., *Foundations and Public Policy (The Mask of Pluralism)*, State University of New York Press, 2003.
- SALOMON, L. M., *The State of Non Profit America*, Brookings Institution Press, Washington DC, 2012.
- SANSING, R. y YERMAN, R., «Governing Private Foundations Using the Tax Law», *Journal of Accounting and Economics*, núm. 41 (2006).
- SCHIZER, D. M., «Subsidizing Charitable Contributions: Incentives, Information, and the Private Pursuit of Public Goals», en *Tax Law Review* núm. 62 (2009).
- SCRIVNER, G. N., «A Brief History of Tax Policy Changes Affecting Charitable Organizations», en J. STEVE OTT (ed.), *The Nature of the Nonprofit Sector*, Westview, Colorado, 2001.
- SIDEL, M., «The “Federalization” Problem and Nonprofit Self-Regulation: Some Initial Thoughts», en *Kentucky Law Journal* núm. 99 (2010-2011).
- SIEVERS, B. R., *Civil Society, Philanthropy and the Fate of Commons*, Tufts University Press, 2010.

- STACKHOUSE, M., «Religion and the Social Space for Voluntary Institutions», en *Faith and Philanthropy in America* (R. Wuthnow & V. A. Hodgkinson), Jossey-Bass, San Francisco, 1990.
- STERN, K., *With Charity For All: Why Charities Are Falling and a Better Way to Give*, Doubleday, 2013.
- SUGIN, L., «Resisting the Corporalization of Non Profit Governance: Transforming Obedience into Fidelity», en *Fordham Law Review* núm. 76 (2010).
- THE ECONOMIST, «Sweetened Charity», *The Economist*, de 9 de junio de 2012 (<http://www.economist.com>).
- THE FEASIBILITY FULL REPORT FOR THE EU COMMISSION ON A EUROPEAN FOUNDATION STATUTE, CSI-Heildeberg Universität-Max Planck Institute, 2009.
- TOMÁS Y VALIENTE, F., «Estudio previo», en VV.AA., *Comentarios a la Ley de fundaciones y de incentivos fiscales*, ELE & Marcial Pons, 1995.
- TRATTNER, W. I., *From Poor Law to Welfare State. A History of Welfare State in America*, The Free Press, 2.ª ed., 1979.
- USHER, N. & M. D. LAYSER, «The Quest to Save Journalism: A Legal Analysis of New Models for Newspapers From Nonprofit Tax Exempt Organizations to L3Cs», en *Utah Law Journal*, 2010.
- VALERO AGÚNDEZ, U., *La fundación como forma de empresa*, Universidad de Valladolid, 1969.
- WARBURTON, J., *Tudor on Charities*, 9.ª ed., Sweet & Maxwell, London, 2003.
- WARE, A., *Between Profit and State. Intermediate Organisations in Britain and The United States*, Princeton University Press, New Jersey, 1989.
- WARNER, A. G., *American Charities. A Study in Philanthropy and Economics* (escrito en 1894), Transaction Publishers, New Brunswick (reimpresión 1989).
- WOOD, G. S., *The Creation of the American Republic 1776-1787* (escrito en 1969), University of North Carolina Press, Chapell Hill, 1998.
- ZUNZ, O., *Philanthropy in America: A History*, Princeton University Press, 2012.



Filantropía de impacto: sus significados, sus promesas y sus escollos

Richard A. Marker

Co-Principal, Wise Philanthropy

Founder, NYU Academy for Grantmaking & Funder Education

SUMARIO : I. INTRODUCCIÓN.—II. ANTECEDENTES Y CONTEXTO: EL «IMPACTO» EN EL MUNDO.—III. ¿POR QUÉ EL IMPACTO SE HA CONVERTIDO EN EL OBJETIVO?—IV. DE APOYO ORGANIZATIVO A MEDIDAS DE RESULTADOS: PRIMEROS PASOS HACIA EL IMPACTO.—V. FOMENTO DE LAS CAPACIDADES Y ASISTENCIA TÉCNICA.—VI. FINANCIACIÓN BASADA EN LAS PRUEBAS.—VII. FILANTROPÍA DE ENFOQUE EMPRESARIAL («VENTURE PHILANTHROPY»).—VIII. SISTEMAS DE «ESCALA Y REPLICACIÓN».—IX. EL CAMBIO SISTÉMICO PRECISA DE ALGO MÁS QUE «IMPACTO»: ENFOQUES INTERSECTORIALES.—CONCLUSIONES.

I. Introducción

«Hay decisiones y revisiones que un minuto rectifica» dice T. S. Eliot en *La canción de amor* de J. Alfred Prufrock. Como el continuo parloteo mundano que define nuestra vida social, durante la última década las conversaciones sobre la filantropía de impacto han seguido los vaivenes de la moda y dado a luz a una gran profusión de jerga ambigua. El campo de la filantropía se encuentra entre los más culpables de esta profusión. No es ninguna sorpresa, por supuesto, pues lo que significa entregar recursos personales en pro del bien común es distinto según los entornos sociales, los medios culturales, los contextos nacionales y en las distintas épocas.

Este análisis tratará de articular el conjunto de enfoques que se están produciendo actualmente. Es decir qué significa la «filantropía de impacto». Dado que este término ha pasado a ser común de modo global, corresponde analizar qué puede significar, cómo se emplea y qué metodologías y enfoques se están utilizando para hacerlo realidad. El presente estudio examinará algunos de ellos, reconociendo que se trata de un campo sometido a grandes cambios y que surgirán seguramente nuevos enfoques, aun cuando vayamos comprendiendo mejor las fortalezas y debilidades de los que analizamos a continuación.

II. Antecedentes y contexto: el «Impacto» en el mundo

Quién y qué se valora en tal sentido, incluso qué es legal, son cuestiones que varían enormemente en todo el mundo.

Por ejemplo, es interesante echarle un vistazo a la situación en China. La acumulación de riqueza privada solo es legal desde hace una década. Ahora mismo cuenta con el grupo de multimillonarios de mayor crecimiento del mundo. Pese a ello todavía no existe una categoría plenamente legal para lo que en otros países se conoce como organizaciones no gubernamentales (ONGs) o en algunos lugares como el sector sin ánimo de lucro (NFP, por sus siglas en inglés). Cualquier entidad debe estar registrada bien como una empresa privada y sujeta a impuestos bien como una entidad relacionada con el Gobierno. Si una persona que forma parte de este grupo de grandes fortunas en China deseara constituir una fundación con fines filantrópicos, debería elegir entre inscribirla como una empresa privada sujeta a impuestos o como una entidad relacionada con el Gobierno. Además, la sola idea de la acumulación de riqueza en manos privadas, aunque legal, no se alinea fácilmente con una cultura inculcada y estructurada alrededor del concepto de lo «colectivo». Los comportamientos caritativos pueden contar con una larga historia en China, pero los modos y el fundamento de la filantropía plantean sin duda nuevos retos en este momento histórico.

Otro ejemplo es la ética del comportamiento filantrópico en las naciones del antiguo bloque soviético. Las condiciones y terminología comunes en los sectores de las ONGs/NFP y de la filantropía pueden tener un significado muy diferente en estos países. Por ejemplo, el término «voluntariado» suele tener connotaciones positivas en sociedades abiertas pues refleja la elección voluntaria de una persona de participar en algo por el bien común. Incluso en los países escandinavos, conocidos por disponer de las redes más completas del mundo de apoyo público, el voluntariado privado es respetado y admirado. Sin embargo, en el antiguo bloque soviético, el término continúa teniendo connotaciones negativas asociadas con el trabajo obligatorio no remunerado.

De un modo similar, gran parte de la credibilidad que ostenta el sector de la filantropía proviene del hecho de que es por el «interés general». Ciertamente, este es un punto de por sí complicado; si un Teatro de Ópera es nombrado en honor de un filántropo o empresa en reconocimiento por la magnanimidad de la donación que permitió su construcción, ¿es esta por el «bien común» o se trata de un «honor privado»? Sociedades diferentes responderían de distinta manera a esta pregunta aunque, desde luego, el excep-

ticismo subyacente en grandes estratos de una sociedad puede limitar ciertamente el posible impacto de quienes desean que su generosidad sea un ejemplo para otros.

¿O qué podemos decir de la legislación sobre fundaciones privadas? En Estados Unidos, que para algunos tiene el sistema de filantropía más desarrollado, desde el año 1969 es ilegal que una fundación filantrópica/caritativa posea u ostente participaciones significativas/de control en cualquier entidad con ánimo de lucro. La base subyacente de la ley es que no debería producirse ninguna contradicción inherente entre la toma de decisiones de una fundación por el bien público y la de una empresa privada por su propio beneficio. Sin embargo, dicha distinción no se da en otros lugares. Muchas de las fundaciones europeas más importantes poseen editoriales (por ejemplo, la Bertelsmann Foundation), empresas de producción (v. gr., Körber Stiftung) y ¡muchas! proveniente de Bancos. Las fundaciones nombran el equipo de dirección y se benefician de las ganancias de tal empresa. En tales circunstancias, ¿qué intereses son los prioritarios? ¿acaso tales directivas restringidas e interrelacionadas limitan el impacto potencial de las fundaciones a la hora de resolver problemas sociales?

Esto nos conduce a uno de los retos más significativos para la credibilidad del sector en numerosos países; el concepto del «conflicto de intereses». La filantropía institucionalizada depende de un primordial y persuasivo sentido de la justicia y de la equidad. En caso de que se deba tomar en serio al sector, de que deba aumentar su esfera de influencia y desempeñar un papel en la política pública, no puede ser percibido como servidor de los intereses de los donantes, fundadores, profesionales, ejecutivos pudientes o de otros líderes arraigados. No obstante, hay muchas culturas y naciones en las que simplemente no existe el concepto del «conflicto de intereses». En muchos lugares se asume que las personas tienen la obligación implícita de servir primero a sus propios intereses o a los de sus familias y amigos. Las fundaciones de beneficio público o caritativas no estarían, pues, sometidas a los requisitos de transparencia, registro, información y rendición de cuentas que limiten que los beneficiarios principales sean familias, amigos y colegas profesionales. Si uno de los papeles reconocidos de una fundación benéfica pública es promover la sociedad civil, corregir las desigualdades sociales, aliviar el sufrimiento humano, puede resultar complicado hacerlo con el efecto deseado si la percepción general es que los ricos simplemente la están utilizando como herramienta legal para favorecer sus propios intereses.

En cada uno de estos ejemplos preliminares, los desafíos primarios son tanto estructurales como perceptivos. El «Impacto» —con lo que sea que

signifique o no en el mundo filantrópico actual— no era la intención primera del fundador. Nuestras preguntas sobre, pues, el impacto son ajenas a la intencionalidad.

III. ¿Por qué el Impacto se ha convertido en EL objetivo?

¿Por qué son vez son más los donantes que contemplan el «impacto» como un objetivo explícito?

Para comprender por qué cada vez hay más preocupación y compromiso con respecto a la financiación para lograr un impacto, debemos dar un paso atrás.

Aunque queda fuera del alcance del presente artículo investigar la historia de la caridad y de la filantropía en su conjunto, es necesario establecer un resumen de unos pocos conceptos interculturales. En cualquier sociedad de la que se tenga conocimiento, se aprecian trazas positivas en la valoración de la caridad. Si algunas personas sufren o tienen verdaderas necesidades, parece que se produce un instinto social trascendente para intentar aliviar dicho sufrimiento. La caridad, *caritas*, es dar a otros porque uno se preocupa por la humanidad. La motivación de expresar la sensibilidad de uno a través de la caridad puede importar más que el resultado que pueda obtener el acto caritativo en sí. La motivación es el propio acto de dar.

Entre las personas adineradas esto suele derivar de lo que se conoce como *noblesse oblige*; la riqueza va aparejada con la responsabilidad. En tal contexto, la intención es honorable, aunque la motivación sea la responsabilidad de dar. El resultado explícito es secundario a la razón para dar. A menudo se dan expectativas entre homólogos y clases de una cierta filantropía visible. Aquí de nuevo la motivación de dar suele ser el acto en sí más que sus resultados.

Sin embargo, a lo largo del pasado siglo y, en particular, en las últimas dos décadas, este concepto de donación obligatoria ha demostrado ser insuficiente para muchos. Las razones para estos cambios son múltiples. A continuación enumeramos algunas de las más importantes:

a) Se ha producido una *erosión de la lealtad* hacia las instituciones en su papel de solucionadores de problemas. En el acto de la donación subyace implícitamente, sin expectativas explícitas, la duda de si que otra persona o institución esté empleando el dinero sabia o eficazmente. Si tal convicción subyacente se ve erosionada, hasta a la persona más comprometida y caritativa le resulta complicado dar sin expectativas, restricciones o rendición de cuentas.

b) En numerosos lugares, especialmente en aquellos edificados en torno a conceptos napoleónicos sobre el papel del Gobierno frente a sus ciudadanos, es cada vez mayor la incapacidad de dichos gobiernos para proveer, es decir, permitirse, un conjunto de servicios sociales, educativos y culturales en perpetuo crecimiento. Si el Gobierno no puede satisfacer las necesidades sociales de una manera adecuada y fiable, ¿quién debería?

c) La transitoriedad es la nueva norma, especialmente entre las clases educadas. Ya sea por estudios, trabajo o como experiencia, un número importante de jóvenes viaja y se traslada por voluntad propia, no por migraciones motivadas políticamente. Estudiar o trabajar en otros sistemas culturales y sociales abre las perspectivas de las personas, inclusive también el punto de vista respecto a la filantropía. Comprender las necesidades humanas y cómo responder a dichas necesidades significa algo diferente cuando uno se encuentra menos arraigado y la filantropía se basa menos en el lugar o en la lealtad hacia un lugar.

d) Al igual que las personas cruzan fronteras, la economía se ha convertido en global. Aquellos que controlan la esfera económica pueden tener una influencia tan grande como la de numerosos Jefes de Estado y a menudo tienen más autonomía con sus recursos. Incluso en el sector del voluntariado, el «retorno de la inversión» ha pasado a ser un término predominante, al tiempo que los líderes económicos globales han ido asumiendo el liderazgo de los sectores de la filantropía. Cuando una persona se pregunta «¿qué estamos recibiendo de la inversión filantrópica?», cambia por completo la forma en que se piensa en cómo y por qué se da.

e) Del mismo modo en que la economía no sabe de fronteras, tampoco lo hacen los retos sistémicos de la realidad del siglo XXI. El calentamiento global, la trata de seres humanos, las enfermedades, el desarrollo desigual, todos ellos son factores que desafían a la ortodoxia establecida respecto a quién está dirigida la filantropía y cómo se debería llevar a cabo.

f) La tecnología, especialmente la cibertecnología, es el desarrollo más transformador de las dos últimas décadas y, en muchos sentidos, ha sido el factor más transformador desde el desarrollo de la imprenta hace casi 500 años. Desde el punto de vista de la filantropía, ha permitido a las personas con medios limitados actuar y tomar decisiones prácticamente del mismo modo que las personas más acaudaladas. Cuando hay escasez de euros, los donantes a pequeña escala son mucho más sensibles a las posibilidades de malgasto y duplicación. Los intermediarios representan una burocracia innecesaria y suelen interferir en la inmediatez de la donación empleada por un determinado receptor. Aunque pueden ser desarrollos positivos, el lado nega-

tivo es que el sector de la filantropía no es inmune a las implicaciones de la anarquía del conocimiento que este medio favorece. La eliminación de intermediarios también posibilita una toma de decisiones no informada.

Este es el contexto en el que la filantropía se ha tenido que reinventar.

IV. De apoyo organizativo a medidas de resultados: primeros pasos hacia el impacto

A medida que aumentó la demanda de una cierta rendición de cuentas de los fondos filantrópicos y caritativos, quedó claro que resultaba insuficiente simplemente donar a las organizaciones, sin más preguntas. Incluso un control estándar basado en la información financiera o el número de «usuarios» dejaba mucho que desear. Los proveedores de fondos de organizaciones comenzaron a plantear otras preguntas: ¿qué sucede realmente como resultado de nuestra generosidad? En el pasado los informes únicamente ofrecían cifras sobre cuántas personas utilizaban el programa; ahora, el nuevo enfoque ve esto como algo inadecuado. «No nos digáis cuánta gente recibió una clase de lectura, sino ¿cuántos aprendieron realmente a leer?».

Las metodologías conceptuales que acompañaron a este enfoque se conocieron como «teoría del cambio» o «modelado lógico». Esto supone que uno puede analizar un proceso de cambio, determinar los pasos o fases del pensamiento y el comportamiento, desglosar y analizar la progresión, las variables y las intervenciones y, finalmente, utilizar estos conocimientos para predecir un cambio deseado e influir en él. La gran ventaja de este enfoque es que ayuda a eliminar las temidas mediciones en números absolutos. Por ejemplo, con el método antiguo si las mismas 20 personas participaban en un programa 20 veces cada una, saldría una cuenta de 400. Si 400 personas participaban una sola vez, saldría la misma cuenta de 400. El número no dice prácticamente nada sobre qué les sucede a esas 20 o a esas 400 personas. Una persona que haga una donación querrá sin duda que la organización beneficiaria informe de cuáles son los resultados deseados de esos proyectos, qué indican esos números y cómo se evaluaron o valoraron tales resultados, por lo que las mediciones de resultados fueron el primer método más utilizado para fomentar la composición de cuáles debían ser tales medidas.

En Estados Unidos, durante la década de 1980 la decisión del sistema United Way de pasar de informar simplemente en números absolutos a ofrecer mediciones de resultados fue el estímulo para difundir ampliamente su aceptación. Durante gran parte del siglo xx, United Way fue la mayor organización intermediaria/refinanciadora de Estados Unidos, con unidades loca-

les en prácticamente cada ciudad. Dado que recaudaba fondos utilizando un sistema de deducciones salariales en el sector privado, atrajo fondos tanto de donantes de gran capacidad como de donantes muy modestos. Si hubo una entidad caritativa que trascendió todos los límites sociales, económicos y regionales, esa fue United Way. También financiaba el mayor número de servicios sociales, culturales y humanos, así como a otras organizaciones sin ánimo de lucro de cualquier fundación o entidad benéfica pública. Cuando United Way adoptó un sistema de valoración o evaluación, tuvo grandes implicaciones en el modo en que el sistema de filantropía/voluntariado funcionaba realmente. Por lo tanto, las «mediciones de resultados» se convirtieron en el último grito durante gran parte de la década de 1980 y comienzos de la década de 1990.

Por supuesto, este sistema presentaba grandes dificultades. La más significativa era la de demostrar realmente las causas y efectos. Cuanto más ambicioso es el objetivo, más esquivos son los indicadores. Por ejemplo, si reducir el analfabetismo es el objetivo, se puede demostrar que un programa de fomento de la lectura ha marcado la diferencia en un grupo pequeño e independiente. Sin embargo, extender el programa a grupos menos controlados inevitablemente genera todo tipo de efectos, aparte de que los resultados invariablemente resultan menos persuasivos a gran escala. ¿Se debe eso a que el programa de fomento de la lectura es imperfecto o a que no se puede implementar adecuadamente en un ambiente más abierto? Los modelos de «resultados» y de la «teoría del cambio» abrieron la puerta a estas cuestiones; sin embargo, el modo en que se tomaban las decisiones de financiación no daba claramente con las respuestas.

V. Fomento de las capacidades y asistencia técnica

Un segundo enfoque para aumentar el impacto es invertir en el fomento de las capacidades. Cada vez son más los donantes y fundaciones que han comprometido su financiación para fortalecer a sus beneficiarios y no restringir su apoyo a la concesión de becas organizativas. La Fundación Robin Hood no inventó esta metodología interventora, pero la ha institucionalizado de un modo que muchos ahora pueden emular. La narrativa de la Fundación Robin Hood merece una mención especial, no solo porque es única en la actualidad, sino por el momento en que se estableció y el modo en que se ha perfeccionado durante más de un cuarto de siglo. Este enfoque hace uso de un paradigma de gran utilidad.

Hace más de 25 años Tudor Jones, un exitoso propietario de un fondo de alto riesgo, se lamentaba de la pervivencia de la pobreza y sus manifestaciones en Nueva York. Lo que le desconcertaba era la abundancia de entidades sin ánimo de lucro bien establecidas que abordaban este asunto, muchas de ellas con apoyo privado y gubernamental a largo plazo. En su opinión, el sector había fracasado claramente. En un tiempo en que la reinención comenzaba a tomarse en serio en el mundo de la tecnología y el de los negocios, consideraba que quizás había llegado el momento de reinventar también las ONGs/NFP. No en vano, señalaba, si esto ocurriera en una empresa del sector privado, que fracasara un año sí y otro también a la hora de cumplir con sus objetivos principales, tal empresa quebraría. Si el negocio de tantas organizaciones era paliar la pobreza, ¿cómo es que seguían en el negocio?

El primer instinto de Jones fue considerar sacar del negocio a todas las ONGs/NFP y empezar de nuevo. Se trataba de una solución draconiana, aunque atractiva para un financiero cuyo negocio era apostar en contra del pensamiento común. Sin embargo, no tardó en darse cuenta de que tendría que crear nuevas organizaciones para hacer las mismas cosas y la gente que contaba con la experiencia y los conocimientos porque ya estaban «con las manos en la masa».

Así pues, profundizó en el asunto y descubrió que eran los modelos financieros y las estructuras organizativas de las entidades que debían proporcionar servicios a la población de riesgo las que, poco menos, garantizaban el fracaso. La mayoría de las organizaciones contaba con financiación insuficiente, su personal necesitaba formación, sus patronatos necesitaban mejores prácticas de gobierno y, en la mayoría de los casos, sus instalaciones eran del todo inadecuadas. ¿Por qué tendríamos que castigar precisamente a organizaciones que no podían hacer otra cosa más que fracasar?, pensaba. Incluso aunque se procediera a empezar de cero, a menos que se cambiaran los fundamentos, simplemente se repetirían las deficiencias.

Así pues, nació la Fundación Robin Hood. En muchos círculos es más conocida por su famosa extravagancia a la hora de captar fondos, uno de los acontecimientos sociales más importantes de la temporada en Nueva York, que recauda al menos 50 millones de dólares cada año. No obstante, en el mundo de la filantropía lo que la distingue es el modo en que ha desplegado sus recursos con el paso de los años.

En el momento en que Tudor Jones descubrió que las propias organizaciones necesitaban tanta ayuda como los pobres, Robin Hood estableció unos requisitos previos únicos —en aquel entonces— para que una organización reciba financiación. Deben acordar someter su propia operativa a una evalua-

ción externa. Si la Fundación Robin Hood decide asignar fondos a la ONG/NFP, estos se acompañan de una ayuda para que la propia organización reciba asistencia técnica. Si esta no está de acuerdo o se niega a ello, se retira la subvención. En caso contrario, reciben el apoyo que determine la Fundación Robin Hood. Además, la Fundación Robin Hood continuará este apoyo dual por tanto tiempo como considere necesario para la organización, sin un final predeterminado.

En sus más de 25 años de vida, la Fundación ha aprendido mucho sobre el tipo de apoyo que funciona mejor, quién lo proporciona del mejor modo y cómo establecer expectativas constructivas. Como reconocen sus propios líderes, sus propias evaluaciones internas han demostrado dónde fallaban ellos mismos, dónde empleaban tácticas demasiado invasivas o dónde asignaban los consultores equivocados o elegían a las organizaciones erróneas. No obstante, su enfoque fundamental ha tenido un enorme influencia en el modo en que la comunidad donante concibe las relaciones con sus beneficiarios, sobre el fortalecimiento del ámbito filantrópico en sí mismo y sobre cómo apalancar de un modo innovador el apoyo financiero y el no financiero. Pero aunque hay algunos que lamentan y sospechan de la invasividad de este enfoque, su número de seguidores es cada vez mayor.

Con los años, muchos donantes han adoptado el enfoque de fomentar la creación de capacidades y proporcionar asistencia técnica. Demostró ser una metodología especialmente útil después de la «Gran recesión» de 2008, cuando numerosos donantes tuvieron que reducir o eliminar fondos a organizaciones con las que tenían compromisos a largo plazo. Proporcionar apoyo no financiero demostró tener un impacto más allá de la mejora de las organizaciones en sí, ya que también les facilitó un modo de captar un conjunto mayor de apoyos profesionales y voluntarios para el sector.

VI. Financiación basada en las pruebas

Un tercer enfoque para aumentar el impacto es financiar únicamente programas y proyectos probados. Mediante el desarrollo de asistencia técnica, evaluaciones formales y sistemáticas, y donaciones con una finalidad determinada, ha sido posible recabar datos sobre qué parece funcionar y qué no. Esto ha conducido a un nuevo enfoque entre algunos donantes, según el cual solo financian proyectos, programas y organizaciones que pueden demostrar su efectividad con pruebas.

Este enfoque resulta especialmente atractivo y popular entre las fundaciones de origen empresarial y entre las agencias gubernamentales. Estas orga-

nizaciones suelen tener aversión a los riesgos y se sienten en la obligación de justificar sus decisiones de financiación, por lo que se sienten más cómodas con una toma de decisiones en base a datos ya contrastados.

Por supuesto, la «financiación basada en pruebas» también presenta inconvenientes y desafíos. El más importante es que asume que lo que se ha hecho o apoyado en el pasado es lo que se debería hacer o apoyar en el futuro. A menudo, los donantes se dan cuenta de que lo realizado en el pasado ha tenido un éxito limitado o no ha obtenido los resultados sistémicos a los que aspiraban. Irónicamente, lo que conduce a cambios es, precisamente, lo contrario a la financiación basada en pruebas: de un fracaso pueden obtenerse mejores prácticas para el futuro y acertar mejor en las decisiones. Pueden no identificarse como «reacios a los riesgos» ya que, para un número cada vez mayor de fundaciones y filántropos privados, el mayor riesgo no es lo desconocido, sino insistir en enfoques inadecuados del pasado.

Otra limitación grave del compromiso con la financiación basada en pruebas es la asunción de que las pruebas son las adecuadas. En algunos ámbitos, especialmente en la educación, es necesario adoptar una perspectiva longitudinal para analizar programas con el fin de lograr cambios, impactos y resultados. Mostrar que un programa de alfabetización en particular es capaz de reclutar participantes a corto plazo no demuestra que los graduados avanzarán pasados los años en el colegio, la universidad o el trabajo. Ha habido muchos casos de pruebas a corto plazo que se han convertido en conocimientos establecidos en cuanto a estrategias de intervención, solo para descubrir años más tarde sus deficiencias. La concesión de fondos basada en pruebas conduce a una financiación basada en el principio «la gente va donde va Vicente», pero no garantiza en modo alguno los resultados finales deseados.

En este sentido, quizás el mejor ejemplo en Estados Unidos —y el más citado— sea la financiación de estudios avanzados para varones afroamericanos a fin de mejorar su capacidad para actuar como adultos productivos. Es un hecho conocido y bien documentado que la tasa de fracaso escolar y laboral de dicha población es vergonzosamente alta desde todo punto de vista. Hace algunos años, se realizó un esfuerzo bienintencionado para desarrollar y apoyar programas que condujeran a tasas más elevadas de graduación en la escuela secundaria. La comunidad donante de Estados Unidos apoyó estos proyectos durante algunos años. Los programas que mejoraban más eficazmente las tasas de graduación en la escuela secundaria, apoyados en criterios «basados en pruebas» recibieron el mayor apoyo.

Sin embargo, con el paso del tiempo, quedó claro que centrarse en las tasas de graduación en la escuela secundaria presentaba graves limitaciones y,

por sí solo, «no» conducía al éxito en la vida. Hay numerosas razones para ello que quedan fuera del alcance del presente artículo —(la inconsistencia de qué significaba realmente la graduación, la insuficiencia de las capacidades adquiridas para el trabajo, la reducción del número de trabajos para los que basta un graduado escolar, etc.). De hecho, los estudios longitudinales muestran un hallazgo muy diferente: únicamente la obtención de un título más avanzado a los estudios básicos es suficiente para garantizar el éxito en la vida.

Ahora bien, está claro que para lograr un título posterior a la secundaria es necesario acabar la educación secundaria, por lo que los programas que lograban eso no estaban desperdiciando recursos. No obstante, por sí solos no hacían mella en el problema. Las nuevas «pruebas» demostraban que era necesario una gama más amplia de apoyo para lograr lo que era el objetivo social claro; unos adultos efectivamente funcionales y la reducción radical de la tasa de abandono escolar entre los adolescentes varones afroamericanos.

Este caso demuestra las limitaciones de utilizar lo que parecería un enfoque de financiación atractivo; emplear las mejores pruebas disponibles para reducir los riesgos financieros y predecir los mejores resultados. A veces funciona, pero no siempre.

VII. Filantropía de enfoque empresarial («Venture Philanthropy»)

El siguiente desarrollo que ha ampliado el enfoque sobre el impacto es la filantropía empresarial. La emergencia del capital de riesgo, especialmente durante la burbuja de las puntocom, condujo a un nuevo tipo de implicación filantrópica con un impacto a largo plazo. Los inversores de capital riesgo invierten principalmente en negocios que están dando sus primeros pasos, con una implicación personal considerable, una gran tolerancia al fracaso y la percepción de que solo unas pocas de sus inversiones tendrán un gran éxito.

Cuando muchos de estos inversores puntocom comenzaron a interesarse en la filantropía, aplicaron enfoques similares en esta esfera. Con la creencia de que podían tener un mayor impacto creando sus propias organizaciones, reduciendo la burocracia de intermediarios de consenso y teniendo la capacidad de actuar con rapidez, los filántropos empresariales pronto desafiaron las convenciones del campo de la filantropía.

La aplicación de los recursos y habilidades de un grupo de donantes joven, ágil y sofisticado condujo a numerosas iniciativas de éxito, pero también un gran número de buenas ideas acabaron fracasando y, a la postre, a un grupo

de donantes que aprendió que resolver serios problemas sociales, educativos y sanitarios requiere de un margen de tiempo más amplio y más paciencia de lo que la mayoría de los inversores de riesgo está dispuesta a dar dado su temperamento.

Al mismo tiempo, la filantropía empresarial abrió las puertas a una década de pensamiento innovador, fascinantes *start-ups* y atrajo a la esfera de la filantropía a una nueva generación de donantes con grandes dosis de energía. En efecto, el impacto del modelo de filantropía empresarial se puede observar tanto en la transformación del pensamiento filantrópico en un compromiso con el cambio como en las propias organizaciones que fundaron.

VIII. Sistemas de «Escala y replicación»

Algunos donantes buscan lograr un impacto dirigiendo sus fondos únicamente hacia programas que pueden ayudar a un gran número de personas. Para estos donantes, un enfoque conceptual frecuente es financiar proyectos que sean replicables u organizaciones que sean escalables.

Una oportunidad única para la filantropía privada es la capacidad de asumir riesgos, apoyar algo nuevo, suscribir un proyecto sin fondos, experimentar con una metodología nueva o, especialmente en los últimos años, proporcionar la financiación fundamental para crear una *start-up*.

Esta autonomía a la hora de tomar decisiones, única para fundaciones privadas y personas con un elevado patrimonio, también presenta fortalezas y debilidades. El lado positivo es evidente, se pueden llevar a cabo ideas que de otro modo nunca se intentarían. Las organizaciones pueden sobrepasar el alcance de su oferta constitutiva con independencia de restricciones y limitaciones presupuestarias normales. Los donantes pueden «seguir el dinero» por medio de sus donaciones filantrópicas sin preguntarse cuánto se está empleando realmente para aquello que más les importa.

Resulta obvio señalar también que hay limitaciones ampliamente reconocidas para restringir las donaciones. Tienen el potencial de distorsionar las prioridades que pueda tener la propia ONG/NFP para, en cambio, responder a las prioridades del donante. Así con la preocupación de donante de asegurarse que el dinero donado se utiliza para el propósito previsto, resulta muy fácil que éste desprecie o, al menos pase por alto el apoyo a la infraestructura que, precisamente, permitiría lograr el éxito. Es decir, un excesivo peso del donante puede generar una visión a muy corto plazo, lastrar a una organiza-

ción con un proyecto sin financiación a largo plazo habiendo invertido con fuerza en su desarrollo.

Pese a que se ha escrito mucho sobre la importancia del apoyo a la infraestructura, a menudo llamados —y considerados a veces inútiles— «gastos generales», y la falta de visión de los donantes que eligen no darlo, este asunto no entra en los fines del presente artículo. Lo que sí entra es el impacto. Los donantes restringidos a proyectos, han aprendido que tal donación debe rendir cuentas y contar con perspectivas más allá de la inmediatez si se desea que dichas ayudas tengan un impacto.

La capacidad de replicación implica que la medida de valor de un determinado programa no es que demuestre tener éxito en un lugar o en una organización. Eso estaría bien pero no sería una medida suficiente del valor de la inversión en el proyecto. Más bien, el valor reside en que, una vez que se ha perfeccionado el modelo, este pueda replicarse ampliamente. La inversión en un modelo más que en un proyecto concreto puede otorgar una importante ventaja precisamente por permitir un modelo exitoso que puede trasladarse a otros sistemas.

En las primeras fases de proyectos u organizaciones se aplica un enfoque relacionado con todo lo que acaba de decirse. A menudo no es tan difícil que las etapas iniciales de proyectos reciban una financiación suficiente para comenzar. Los primeros pasos de una ONG/NFP dependen en gran medida de la «aportación de esfuerzo», tienen pocos gastos generales y son fácilmente seleccionados para recibir ayudas para su constitución. Durante la última década, especialmente, un grupo creciente de donantes, comprometidos con la «innovación» —un término tan esquivo como pocos—, ha descubierto que por una inversión inicial relativamente mínima pueden aportar al creador el capital corriente necesario para poner en marcha una idea.

Sin embargo, cuando las *start-ups* más prometedoras comienzan a dar muestras de su potencial de crecimiento, deben afrontar el reto de la escalabilidad. Las capacidades de un donante son muy diferentes de las de un director ejecutivo, la base financiera necesaria para las primeras etapas de una entidad es muy diferente a las de una institución plenamente dotada, la creatividad que dio a luz a una idea es muy diferente de la perspicacia necesaria para implementarla en el tiempo y el espacio.

La tasa de fracasos durante las primeras etapas de una organización es muy elevada. Muchas simplemente fracasan porque las ideas no garantizan la longevidad. Otras lo hacen porque el innovador no puede demostrar una demanda o necesidad razonable de su idea. No obstante, un número significativo falla en

el preciso momento en que demuestra tener éxito. Y, por desgracia, a menudo fracasa porque las fuentes de financiación de las primeras fases rara vez se comprometen a financiar la longevidad y la escala. Para hacer tal cosa, se requiere la capacidad de proporcionar más dinero durante un largo período de tiempo, diferentes intervenciones y un compromiso con el éxito. (La financiación de las primeras etapas asume una razonable probabilidad de fracaso y tolera el mismo en un número sustancial de beneficiarios; financiar a escala significa que uno prevé una alta probabilidad de éxito aunque sea muy tarde).

Este es el «punto débil» de la financiación de innovación en el sector de las ONGs/NFP. Son pocos los donantes del sector de ONGs/NFP que cuentan tanto con la capacidad como con la tolerancia al riesgo para proporcionar lo que el sector privado conoce como financiación «intermedia» o de «segunda fase»; son solo aquellos que tienden a fijarse en los datos del sector con ánimo de lucro para extraer indicadores del valor de financiación. La hipótesis subyacente es que el valor de la idea ya ha sido demostrada, falta por ver si hay un modelo financiero viable que sirva de sostén, si se dispusiera de la financiación para la transición a escala.

En Estados Unidos existen numerosas pruebas de que este enfoque puede funcionar. Iniciativas como *City Year*, *Dress for Success*, *Donors Choose*, o *Habitat for Humanity* han demostrado que, con una adecuada concepción, un buen modelo de crecimiento basado en escala y replicación puede lograr que un proyecto pequeño tenga un impacto a nivel nacional.

Hay dos importantes cuestiones y, por lo tanto, limitaciones respecto a la eficacia de estos modelos para su replicación y escala:

a) En efecto, los ejemplos enumerados anteriormente son maravillosos, bien conocidos a nivel nacional y demuestran una escalada de éxito. Sin embargo, su éxito puede haber puesto el listón a una altura imposible para que otros programas justifiquen su financiación. En otras palabras, ¿debe una *start-up* convencer al donante de que su proyecto puede alcanzar este nivel para ser considerada una buena inversión? ¿Hay otros niveles, otros estándares, otras medidas en el que los donantes puedan sentirse más cómodos en su inversión financiera? Dicho de otro modo: hay otros sistemas más modestos para evaluar el éxito o números menores de gente a la que servir, o inversiones financieras más limitadas que convengan a un mayor número de benefactores o donantes a apoyar proyectos como éstos?).

b) ¿Debería el potencial de escalamiento organizativo, de hecho, ser el estándar del éxito? ¿Qué sucede si un proyecto ha logrado otros tipos de impacto? Por ejemplo, un programa puede haber cambiado las reglas del

juego gracias a que ha influido en el modo en que piensa la gente. A menudo observamos este fenómeno en innovaciones educativas y pedagógicas. Un buen educador intuitivo puede desarrollar un enfoque vanguardista pero no necesita que se genere a su alrededor una organización completa independiente. Además, los donantes a escala todavía no han desarrollado una metodología que permita escalar «ideas», aun cuando el impacto pueda ser mayor y más resonante que una organización. Esta medida de «opinión» como «impacto» elude la métrica típica de escala¹.

IX. El cambio sistémico precisa de algo más que «impacto»: enfoques intersectoriales

La mayoría de las culturas tiene alguna variación del siguiente aforismo: «Dale a una persona un pescado y comerá un día; enséñale a pescar y comerá toda su vida».

En efecto, en la última generación, este tipo de pensamiento animó a los donantes a tomar decisiones más estratégicas y a apartarse del mero acto de dar. La mayoría de los problemas abordados por el mundo de la filantropía durante los últimos años ha reflejado este posicionamiento alejado de la compasión y cercano a la financiación estratégica. No hay duda de que este cambio por sí solo ha añadido sofisticación e «impacto» a nivel general y global. Todos los desarrollos analizados anteriormente reflejan este tipo de pensamiento.

No obstante, las donaciones estratégicas pueden no ser suficientes para conseguir los objetivos de un nuevo grupo de donantes. Si ampliamos el aforismo antedicho, estos dirían algo así como «pero ¿y si no hay peces?» o «¿qué sucede si los peces están contaminados con mercurio?». En otras palabras, está muy bien simplemente mejorar, fortalecer y aumentar la eficacia de los programas, proyectos y organizaciones tradicionales, dentro de sus limitaciones. Sin embargo, muchos de los problemas subyacentes que hacen necesario a todo el sector de las ONGs/NFP reflejan retos sistémicos y no simplemente soluciones sistemáticas. Estos temas suelen trascender fronteras y sectores. Como se ha sugerido en los puntos II d) y II e) anteriores, vivimos en un mundo que se define todavía por modelos organizativos de las modernas naciones-Estado, pese a que afrontamos desafíos obligados por la realidad global postmoderna.

¹ El Centro de Filantropía de alto impacto de la *University of Pennsylvania* ha realizado una labor importante en estas dos áreas; podrá encontrar información al respecto en su página web (<http://www.impact.upenn.edu/>).

Con el fin de hacer frente a problemas como el calentamiento global, el desarrollo internacional, la migración de los pueblos o cualquier otro problema de una lista demasiado larga de enumerar, hace falta una manera diferente de comprender el papel de la filantropía y de lograr un impacto. Solo unos pocos de estos retos pueden abordarse únicamente con dinero (por ejemplo, la reducción o erradicación de ciertas enfermedades). Incluso en esos casos, los escollos aparecen más por factores como los estigmas sociales y la injerencia de los gobiernos que por la falta de recursos financieros.

Y cuanto más complejo es el problema, menos probabilidades hay de que el sector de la filantropía pueda resolverlo por sí solo.

Por lo tanto, los donantes comprometidos con el cambio sistémico han acabado por comprender que, de haber soluciones, estas deberán ser intersectoriales. En esta nueva sección exploraremos algunos de estos enfoques intersectoriales:

a) *Activismo a través del control de acciones («Shareholder Activism»).*

A veces los donantes y fundaciones privados tienen participaciones importantes en sociedades por acciones del sector privado. Como indicamos anteriormente, existen diferentes condiciones, reglas y Leyes respecto a estas participaciones en diferentes lugares del mundo, aunque lo que tienen en común es que son accionistas. Sin embargo, si se examina el asunto con más detenimiento, queda claro que, pese a toda la acumulación de riqueza en manos privadas, sigue siendo únicamente un pequeño porcentaje del valor de los activos de empresas multinacionales. La mayor fundación filantrópica del mundo es la Fundación Bill y Melinda Gates. Su valor es de aproximadamente de 35.000-40.000 millones de dólares. Compare esta cifra, sin embargo, con el valor neto de la compra de una parte del negocio de telefonía móvil de Vodafone por parte de Verizon, que ascendió a 80.000 millones de dólares. El valor de la mayor de las fundaciones es pequeño en comparación con el valor de las grandes empresas. Por lo tanto, cualquier fundación tendría un poder limitado de influir en las políticas de dichas empresas.

No obstante, en los últimos años cada vez son más las fundaciones que han elegido añadir el «activismo accionarial» en su agenda, por diversas razones:

- Queda bastante claro por el ejemplo anterior que ninguna ayuda de una fundación, independientemente de su volumen, puede por sí sola resolver problemas o políticas de envergadura de una empresa con ánimo de lucro. Si uno se preocupa por la contaminación medioambiental, las ayudas a organizaciones de base importan, pero importa más el cambio de actitud del

que contamina. Y así, cambiar dicho comportamiento puede ser una manera más eficiente de resolver un problema.

- Aunque las fundaciones no dispongan del músculo financiero suficiente como para cambiar por sí solas determinadas políticas, disponen de lo que algunos llaman «persuasión moral». El *status* de beneficio público de las fundaciones privadas, su amparo a los desfavorecidos y marginados, su identificación con el poder, todo ello ayuda a captar la atención más allá de su capacidad financiera; que, admitámoslo, tampoco es pequeña. Es bastante difícil, incluso para las mayores empresas del mundo, ignorar y desdeñar a un grupo de fundaciones famosas unidas para apoyar una política o resolución accionarial en particular.

Ciertos estudios han mostrado el impacto que tiene este enfoque si se cumplen determinadas condiciones:

- i. Que se busque cambiar una política o un comportamiento muy específico. Limpiar un vertido de petróleo o el pago de sueldos dignos a los trabajadores de la industria textil, por ejemplo, son objetivos muy definidos.

- ii. Que el colectivo de fundaciones —y otros compañeros de viaje— ganen suficiente apoyo representativo como para que resulte extraño ignorarles, incluso aunque no lleguen a la mayoría de las acciones con derecho de voto.

- iii. Que el asunto tenga eco en un segmento significativo de la opinión pública.

Como resultado de ello, un cierto número de líderes influyentes de fundaciones han elegido utilizar el «activismo accionarial» como estrategia para lograr sus objetivos.

b) *Bonos de beneficio público («Public Benefit Bonds»).*

Otro enfoque intersectorial es acudir al sector privado para recaudar bonos para proyectos del sector público. Tanto el sector privado como el público se han entusiasmado con esta reciente innovación. La idea es bastante directa y pretende resolver ciertos problemas sociales interconectados. El concepto es que puede haber una colaboración intersectorial que suponga ventajas sociales y económicas.

Uno de los grandes retos del sector de las ONGs/NFP es su incapacidad para reunir capital suficiente para hacer lo que sabe hacer. Uno de los grandes activos del sector privado es su habilidad para aprovechar grandes proyectos con un retorno de la inversión financiera. Una de las grandes responsabilidades del sector público es equilibrar las necesidades públicas con la

disciplina fiscal. La solución: dejar que el sector privado emita «bonos» para proporcionar financiación al sector de las ONGs/NFP a fin de lograr algo que beneficiaría al sector público sin ningún desembolso de fondos públicos.

Este enfoque a tres bandas está siendo aplicado en un esfuerzo por abordar las tasas de reincidencia criminal en el Reino Unido. El argumento es que si una ONG/NFP puede reducir las tasas de reincidencia criminal, el sector público —es decir, el contribuyente—, ahorra dinero. Si la tasa de reincidencia desciende lo suficiente, no solo ahorraría el costo *per cápita*, sino que también permitiría el cierre de cárceles enteras. El «inversor» está apostando a que la ONG/NFP puede, de hecho, cumplir con tales estándares métricos por lo que el importe de reembolso del bono se basa en lograr este ahorro, con aumentos incrementales a ciertos niveles de rendimiento.

Este enfoque tiene un potencial impresionante, los tres sectores pueden beneficiarse al permitir la aplicación a gran escala de programas con un beneficio social, con mayor alcance del que probablemente sería posible si la ONG/NFP dependiera de las subvenciones típicas o contase con suficiente apoyo del Gobierno. En este caso, hay un fin social razonable y muy deseado, la reducción de la reincidencia debido a una mejor integración social. Se ha de lograr proporcionando importantes beneficios adicionales para el público mediante la reducción de la necesidad de gasto público. El sector privado, que asumió un riesgo financiero, se verá recompensado por haber proporcionado capital suficiente y podrá recoger los frutos. Y, por último, la ONG/NFP correspondiente es un beneficiario importante, será capaz de demostrar su competencia y eficacia para resolver un problema social enquistado y de larga duración.

No obstante, debe decirse que, por muy prometedores que sean los bonos de beneficio social, hay matices importantes:

- El enfoque todavía no se ha probado. El primer experimento a gran escala estará maduro este año.
- Incluso el sector privado ha mostrado bastante cautela. De no haber garantizado las fundaciones el retorno de capital a las firmas de inversión, resulta incierto que se hubiera obtenido con facilidad financiación del sector privado.
- Los bonos de beneficio social parecen ideales para situaciones en que la cuantificación de resultados y de las finanzas sea clara. Pero, ¿qué sucede en otras situaciones?
- Algunos, especialmente en Europa, han argumentado que se pueden utilizar bonos como estos para problemas de mayor envergadura, como los

grandes retos medioambientales internacionales. Estas personas parecen estar motivadas por el escepticismo con respecto a los fondos internacionales para el desarrollo, la falta de confianza en el sector de las ONGs/NFP y la ambivalencia acerca de la consistencia del apoyo del sector público a los esfuerzos internacionales. Expresan su convicción de que solo el sector privado puede realmente resolver los problemas. Sin embargo, a pesar de la defensa pública y por escrito de este enfoque, todavía no existe un solo ejemplo de una compañía financiera privada que haya emitido bonos de beneficio público sin la participación del sector público y filantrópico.

c) *Inversiones relacionadas con programas. Inversiones socialmente responsables. Inversiones relacionadas con una misión.*

Los bonos no son la única manera en que pueden movilizarse los fondos del sector privado para fines filantrópicos. Pese a que hay algunas diferencias de matiz en cuanto a las formas en que se emplean estos términos en relación con las «inversiones», en general todos hacen referencia al uso de recursos filantrópicos en inversiones del sector privado para lograr los objetivos de la filantropía.

Dado que en las diferentes partes del mundo hay leyes y reglamentos diferentes en relación con la propiedad y las donaciones privadas, un artículo como este no puede meterse en tecnicismos de tan importante materia. Pese a todo, estos son sus elementos claves:

- PRI/MRI/SRI son métodos para utilizar fondos filantrópicos como inversiones en lugar de como ayudas para lograr los objetivos de la filantropía.
- Dependiendo de la normativa nacional aplicable, estos fondos pueden emplearse en la contabilidad de la fundación como inversiones o como ayudas.
- Algunos donantes estructuran sus asignaciones filantrópicas como «fondos de préstamo», especialmente a beneficiarios a largo plazo. En países con leyes explícitas al respecto del gasto de la parte caritativa de las fundaciones filantrópicas, como EE.UU. y Reino Unido, las expectativas y procedimientos de reembolso deben explicitarse en cierta medida.
- Algunos donantes realizan inversiones en iniciativas del sector privado. Estas inversiones tienen el objetivo de reforzar aquellas entidades del sector privado, cuyo trabajo es acorde con los objetivos y la misión articulados por el donante o la fundación. Estas inversiones pueden realizarse aun cuando se anticipe un retorno menor de las mismas. Por ejemplo, si una fundación filantrópica está comprometida en la lucha contra el calentamiento global,

pueden abogar por el éxito de un distribuidor privado de paneles solares como lo harían si esta fuese una ONG/NFP.

- Algunos donantes omiten directamente al sector de las ONGs/NFP. Estos donantes son escépticos respecto a la capacidad de dicho sector y creen que el sector privado es el único que cuenta con la agilidad suficiente para tener realmente un impacto duradero y sostenible.

d) *Donaciones para crear grupos de presión política («Advocacy funding»).*

Por último, los donantes que aspiran a un cambio sistémico pueden considerar que para lograr sus objetivos necesitan la acción del sector público/gobierno. En algunos países, tales labores de presión política o lobby son legales y están estructuradas. En otros, cuentan con un estatus legal y político más complicado.

En los países en que los grupos de presión son legales, muchos donantes entienden que la financiación del Gobierno siempre superará a las donaciones privadas. Ninguna donación a un banco de alimentos igualará jamás a un programa nacional de alimentos. Ninguna suma de donaciones privadas a la educación igualará el apoyo ofrecido por los gobiernos de las sociedades industrializadas. Si uno está interesado en un cambio sistémico a gran escala, apoyar la demanda de un cambio de la política pública o la continuación de la financiación pública es una forma más eficiente de apoyar una misión filantrópica, que una serie de subvenciones pequeñas.

A nivel Internacional esto puede resultar más complicado.

Entre los proveedores de fondos más conocidos a nivel internacional que emplean este enfoque se encuentra la red de fundaciones Open Society de George Soros, que asumieron un papel proactivo en la época postcomunista. Su enfoque de presión consistía literalmente en crear o invertir en nuevas instituciones para generar una nueva sociedad civil. En Occidente, dichas fundaciones solamente hubieran levantado algunas ampollas. En cambio, en los países de la CEI (antigua Unión Soviética) —con poca o ninguna tradición de independencia— muchos las recibieron con alarma y como una presencia exterior hostil.

Muchos otros países de todo el mundo plantean objeciones a las actividades de las ONGs de desarrollo internacional. No en vano, muchos donantes han unido la presión política a la financiación directa. Uno de los muchos ejemplos existentes es el papel de la Fundación Bill y Melinda Gates respecto a la vacunación infantil. En el África subsahariana se han generado grandes resistencias a permitir una implantación amplia y universal, por reticencias del Gobierno y por recelos culturales. Solamente gracias a un fuerte esfuer-

zo de presión política para cambiar la política pública podrán lograr —ellos y sus socios— la erradicación de enfermedades infantiles.

De tener éxito, el impacto de las donaciones de presión es evidente. Más complicado resulta, sin embargo, medir y evaluar los esfuerzos de presión de forma continuada. Por ejemplo, en muchos países el mero hecho de desviar las políticas y prácticas medioambientales destructivas se traduce simplemente en evitar que pase algo peor. En muchos casos de presión, evitar un mal resultado es más probable que lograr uno bueno. Incluso cuando los proveedores de fondos reconozcan el «impacto» logrado, el compromiso de la mayoría a la hora de mantener los esfuerzos de presión se pone a prueba cuando el resultado más probable es simplemente «lo menos malo».

X. Conclusiones

Uno de los términos utilizados con mayor frecuencia en el campo actual de la filantropía es «impacto». Los enfoques descritos en este artículo reflejan algunos de los retos para entender su significado y el papel de la filantropía privada, y si este ámbito será capaz de resolver desafíos globales trascendentales. Muchos de los enfoques no han sido todavía suficientemente probados. Ciertamente, de cara al futuro, estará claro que algunos de los métodos demostrarán haber sido poco más que una moda pasajera. Es cierto, por ejemplo, que a pesar de lo que defienden algunos ideólogos en sentido contrario, la filantropía privada no va a desaparecer y es probable que se convierta en un factor aún más significativo en Europa. Nunca va a ser reemplazada por el sector privado de carácter lucrativo. Al mismo tiempo, es inconcebible que ninguna sociedad industrializada sea capaz de confiar en el modelo de la filantropía privada en lugar de la financiación pública/Gobierno para resolver los grandes problemas sociales.

Sin embargo, la propia expansión del compromiso con el «impacto» implica un campo cada vez mayor de sofisticación, globalización y energía. Si la innovación en el sector con ánimo de lucro ha cambiado el panorama económico y tecnológico en todo el mundo, lo mismo puede decirse de la «filantropía de impacto» en la esfera del sector no lucrativo y del «interés general». Siendo justos con la filantropía, se pueden perdonar las modas y los fracasos que inevitablemente han surgido y seguirán haciéndolo, a cambio de un profundo compromiso con la erradicación de enfermedades, el alivio de la angustia de la pobreza y la lucha contra las catástrofes provocadas por la destrucción humana del medio ambiente.

Estas metodologías continuarán desarrollándose y emergiendo. Un año después de la publicación de este artículo, es justo prever que muchos de los enfoques mencionados anteriormente o bien habrán sido superados por otros nuevos o se habrán erigido en una nueva ortodoxia. Seguiremos hablando sobre ellos en futuros análisis.

Una fiscalidad para las fundaciones y el mecenazgo en Europa

Silvia López Ribas

Licenciada en Ciencias Empresariales y en Ciencias Políticas

SUMARIO: I. PRESENTACIÓN.—II. FISCALIDAD DE LAS RENTAS EUROPEAS OBTENIDAS POR FUNDACIONES RESIDENTES EN TERRITORIO ESPAÑOL: 1. *Régimen fiscal regulado en el Título II de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo*: A) Ámbito subjetivo. B) Rentas exentas. C) Determinación de la base imponible. D) Tipo de gravamen. E) Rentas de fuente extranjera. 2. *Régimen fiscal de las entidades parcialmente exentas regulado en el Capítulo V del Título VII del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo*: A) Ámbito subjetivo. B) Rentas exentas. C) Rentas no exentas. D) Base imponible. E) Tipo de gravamen. F) Rentas de fuente extranjera.—III. FISCALIDAD DE LAS RENTAS OBTENIDAS EN ESPAÑA POR FUNDACIONES RESIDENTES EN OTRO ESTADO MIEMBRO DE LA UNIÓN EUROPEA: 1. *Delegaciones en España de fundaciones de Estados miembros de la Unión Europea*. 2. *Otros establecimientos permanentes en España de fundaciones de Estados miembros de la Unión Europea*. 3. *Rentas obtenidas en territorio español por fundaciones de otros Estados miembros de la Unión Europea sin delegación/establecimiento permanente en España*.—IV. RÉGIMEN FISCAL DEL MECENAZGO ESPAÑOL A FAVOR DE FUNDACIONES EUROPEAS CON PRESENCIA EN TERRITORIO ESPAÑOL.—V. RÉGIMEN FISCAL DEL MECENAZGO DE RESIDENTES EN OTRO ESTADO MIEMBRO EUROPEO A FAVOR DE FUNDACIONES RESIDENTES EN ESPAÑA Y DE FUNDACIONES DE OTROS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA CON PRESENCIA EN ESPAÑA: 1. *Contribuyentes del IRNR sin establecimiento permanente en territorio español*. 2. *Contribuyentes del IRNR con establecimiento permanente en territorio español*.—VI. ¿HACIA UN ESTATUTO DE LA FUNDACION EUROPEA?: 1. *Estatuto de la Fundación Europea*. 2. *Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*. 3. *Modificaciones normativas*.—VII. CONCLUSIONES.

I. Presentación

El presente capítulo se divide en dos partes. La primera parte revisa aspectos generales de la tributación en el Impuesto sobre Sociedades de las rentas de fuente europea obtenidas por las fundaciones españolas y la de las rentas de fuente española obtenidas por fundaciones europeas; junto con los incentivos fiscales españoles concedidos al mecenazgo intraeuropeo en los tres impuestos que gravan la renta: Impuesto sobre Sociedades, Impuesto

sobre la Renta de las Personas Físicas e Impuesto sobre la Renta de no Residentes.

El objetivo perseguido no es analizar en profundidad cada una de las medidas de la fiscalidad señalada, sino mostrar las similitudes y diferencias de la normativa tributaria española en el tratamiento que dispensa a las actividades fundacionales y al mecenazgo nacional y el que dispensa a las mismas actividades y mecenazgo cuando tienen lugar con otros Estados miembros de la Unión Europea.

Las fundaciones a las que se refieren estos comentarios son, primordialmente, las definidas en el artículo 2 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (en adelante, Ley 50/2002) como «*organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general*» y que, satisfaciendo el resto de requisitos exigidos por la citada Ley, pueden acogerse a los incentivos fiscales contemplados en el Título II de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo (en adelante, Ley 49/2002). No obstante, para dar una visión completa de la fiscalidad del sector fundacional y de sus benefactores, cuando proceda, se hará referencia a la fiscalidad aplicable a otro tipo de fundaciones y donantes, aquellos que no están en el ámbito de aplicación de la Ley 50/2002 ni de la Ley 49/2002.

Con carácter general, las legislaciones tributarias europeas dan un tratamiento diferente a las rentas de las fundaciones y a su mecenazgo en función de su ámbito doméstico o internacional. Diversos actores de la comunidad internacional llevan varias décadas analizando esta situación y proponiendo alternativas para que dicho tratamiento se aproxime sin que las legislaciones nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea hayan evolucionado en esa dirección. Ha sido el Tribunal de Justicia quien negando la compatibilidad de algunas de las normas diferenciadoras con las libertades recogidas en el Tratado de la Unión ha desencadenado la reforma de varias de las legislaciones europeas sin que pueda decirse que las reformas necesarias hayan finalizado. En paralelo, la propuesta de Reglamento conteniendo un Estatuto de la Fundación Europea elaborada por la Comisión se abre paso en el laborioso procedimiento legislativo europeo intentando encontrar su espacio en el armazón del Derecho comunitario si bien, en el momento de redactar estas líneas, aún no se conoce cuál será su contenido definitivo y en lo que aquí interesa, si contendrá o no preceptos tributarios. Estas cuestiones se abordan en la segunda parte de este capítulo.

II. Fiscalidad de las rentas europeas obtenidas por fundaciones residentes en territorio español

En virtud de lo dispuesto en el artículo 8.1 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo (en adelante, TRLIS) una fundación es residente en territorio español si se ha constituido conforme a las leyes españolas, si tiene su domicilio social en territorio español o si su sede de dirección efectiva está en territorio español.

Las fundaciones que tengan su residencia fiscal en territorio español serán sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades (art. 7.1 a) TRLIS) y, por tanto, serán gravadas por la totalidad de la renta que obtengan, con independencia del lugar donde se hubiere producido y cualquiera que sea la residencia del pagador (art. 7.2 TRLIS).

Adicionalmente, el artículo 9 TRLIS en su apartado 2 dispone que estarán parcialmente exentas del Impuesto sobre Sociedades, en los términos previstos en el Título II Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo (en adelante, Ley 49/2002), las entidades e instituciones sin ánimo de lucro a las que sea de aplicación dicho título, añadiendo el apartado 3 del mismo artículo que estarán parcialmente exentas del Impuesto, en los términos previstos en el Capítulo XV del Título VII de esta Ley, las entidades e instituciones sin ánimo de lucro a las que no sea de aplicación la Ley 49/2002.

Ambos regímenes de exención parcial del Impuesto sobre Sociedades son aplicables a las fundaciones por lo que podemos concluir, antes de pasar al análisis de cada uno de ellos, que las rentas obtenidas en cualquier parte del mundo por fundaciones residentes en territorio español (a las que denominaremos fundaciones españolas) tributarán en el Impuesto sobre Sociedades en el régimen especial de exención parcial regulado en la Ley 49/2002 (opcional si se cumplen determinados requisitos) o, supletoriamente, en el régimen especial de exención parcial del Capítulo XV del Título VIII TRLIS, éste con carácter irrenunciable.

1. Régimen fiscal regulado en el Título II de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo

A) *Ámbito subjetivo*

A efectos de la Ley 49/2002, se consideran entidades sin fines lucrativos las fundaciones (art. 2 a) que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 3 de dicha ley que, muy resumidamente, son:

1.º Que persigan fines de interés general (defensa de los derechos humanos, de las víctimas del terrorismo y actos violentos, los de asistencia social e inclusión social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, laborales, de fortalecimiento institucional, de cooperación para el desarrollo, de promoción del voluntariado, de promoción de la acción social, defensa del medio ambiente, de promoción y atención a las personas en riesgo de exclusión por razones físicas, económicas o culturales, de promoción de los valores constitucionales y defensa de los principios democráticos, de fomento de la tolerancia, de fomento de la economía social, de desarrollo de la sociedad de la información, de investigación científica, desarrollo o innovación tecnológica y de transferencia de la misma hacia el tejido productivo como elemento impulsor de la productividad y competitividad empresarial).

2.º Que destinen a la realización de dichos fines al menos el 70% de determinadas rentas en el año de obtención o en los cuatro años siguientes, destinando el resto a incrementar la dotación patrimonial.

3.º Que la actividad realizada no consista en el desarrollo de explotaciones económicas ajenas a su objeto o finalidad estatutaria, en los términos que establece este precepto de la Ley.

4.º Que los fundadores, asociados, patronos, representantes estatutarios, miembros de los órganos de gobierno así como los cónyuges o parientes hasta el cuarto grado inclusive de cualquiera de ellos, no sean los destinatarios principales de las actividades que se realicen por las fundaciones ni se beneficien de condiciones especiales para utilizar sus servicios, con las salvedades que establece este mismo punto de la Ley para actividades de investigación científica, desarrollo tecnológico, actividades de asistencia social o deportivas, conservación y restauración de bienes del Patrimonio Histórico Español.

5.º Que los cargos de patrono, representante estatutario y miembro del órgano de gobierno sean gratuitos.

6.º Que, en caso de disolución, su patrimonio se destine en su totalidad a alguna de las entidades consideradas como entidades beneficiarias de me-

cenazgo o a otras entidades públicas de naturaleza no fundacional que persigan fines de interés general, de acuerdo con lo dispuesto en este precepto.

7.º Que estén inscritas en el registro correspondiente.

8.º Que cumplan las obligaciones contables previstas en las leyes rectoras las fundaciones así como, cuando proceda, en el Código de Comercio y disposiciones complementarias.

9.º Que cumplan las obligaciones de rendición de cuentas que establezca su legislación específica.

10.º Que elaboren anualmente una memoria económica que especifique ingresos y gastos por categorías y proyectos.

B) *Rentas exentas*

El artículo 6 Ley 49/2002, declara exentas en el Impuesto sobre Sociedades las siguientes rentas obtenidas por las fundaciones:

1.º Las derivadas de los siguientes ingresos: donativos, donaciones y aportaciones en concepto de dotación patrimonial, ayudas económicas procedentes de convenios de colaboración empresarial y de contratos de patrocinio publicitario para colaborar en los fines de la entidad; las cuotas de asociados, colaboradores o benefactores que no generen derecho a percibir prestación de una actividad económica no exenta y las subvenciones que no financien explotaciones económicas exentas.

2.º Las procedentes del patrimonio mobiliario e inmobiliario de la entidad, dividendos y participaciones en beneficios de sociedades, intereses, cánones y alquileres.

3.º Las derivadas de adquisiciones y transmisiones, lucrativas u onerosas, de bienes o derechos.

4.º Las derivadas de explotaciones económicas exentas en los términos del artículo 7 de la Ley 49/2002.

5.º Las rentas exentas anteriores aunque su obtención por el contribuyente, a efectos fiscales, se produzca por atribución o imputación.

El artículo 7 Ley 49/2002, por su parte, enumera las siguientes rentas económicas exentas.

1.º Aquellas a través de las que se desarrolla alguno de los fines de interés general a que se refiere el artículo 3 de la Ley, antes citados, y se realizan en cumplimiento del objeto o finalidad específica de la entidad.

2.º Las de carácter meramente auxiliar o complementario, tanto de explotaciones económicas exentas como de actividades —distintas de explotaciones económicas— realizadas en cumplimiento de los fines de la entidad, siempre que no superen el 20% de los ingresos totales de la entidad.

3.º Las consideradas de escasa relevancia, definidas como aquellas cuyo importe neto de la cifra de negocios del ejercicio no supere en conjunto 20.000 euros.

C) *Determinación de la base imponible*

El artículo 8.1 Ley 49/2002, señala que solo se integrarán en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades las rentas derivadas de explotaciones económicas no exentas. Se considera explotación económica 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, sin que el arrendamiento del patrimonio inmobiliario constituya a efectos de esa Ley una explotación económica.

En la determinación de la base imponible de las explotaciones económicas no exentas se aplicarán las normas generales del Impuesto sobre Sociedades, que tienen carácter supletorio para lo no dispuesto en este régimen especial (art. 5 Ley 49/2002), junto con la regulación específica contenida en el artículo 8.2 Ley 49/2002, que establece la no deducibilidad de los gastos imputables exclusivamente a rentas exentas —con un criterio de imputación proporcional para aquellos gastos parcialmente imputables a rentas no exentas—, la no deducibilidad de la amortización de elementos patrimoniales no afectos a explotaciones económicas no exentas, con idéntica regla de proporcionalidad, y la no deducibilidad de las cantidades que constituyan la aplicación de resultados.

D) *Tipo de gravamen*

El tipo de gravamen de las rentas derivadas de explotaciones económicas no exentas es del 10% (art. 10 Ley 49/2002).

E) *Rentas de fuente extranjera*

Dado que las rentas de una fundación residente en territorio español están sometidas a gravamen en el Impuesto sobre Sociedades con independencia del lugar del que procedan, el tratamiento fiscal que siguen tales rentas es el que se ha señalado en los párrafos anteriores aún cuando procedan de otro Estado miembro de la Unión Europea. Así, las rentas enumeradas

en el artículo 6 Ley 49/2002, que procedan de otro Estado miembro de la Unión Europea, por ejemplo, donaciones, cuotas o aportaciones de donantes residentes en otro Estado miembro de la Unión Europea o rentas derivadas del patrimonio mobiliario o inmobiliario obtenidas en esos países estarán, al igual que si procedieran de fuente interna, exentas. De igual forma, las rentas derivadas del ejercicio de explotaciones económicas realizadas en otro Estado miembro de la Unión Europea que estén entre las consideradas exentas en el artículo 7 gozarán, asimismo, de exención.

Lo mismo cabe decir respecto de aquellas explotaciones económicas no exentas cuando se realicen en territorio español, tampoco gozarán de exención si se realizan en otro Estado miembro de la Unión Europea.

En el caso de que las rentas obtenidas por una fundación española en otro Estado miembro de la Unión Europea estén sujetas a tributación en dicho Estado (por gravarse en él las rentas obtenidas por entidades no residentes) y exentas en España por aplicación de la Ley 49/2002, los impuestos soportados en el extranjero constituirán una imposición definitiva de tales rentas puesto que no podrán deducirse en el Impuesto sobre Sociedades español al no haberse integrado en la base imponible (requisito exigido por los arts. 31 y 32 TRLIS para aplicar la deducción por doble imposición internacional).

Este hecho no es específico de la tributación de las fundaciones sino que afecta a la tributación de todas las rentas de procedencia extranjera que estén exentas de gravamen en la normativa tributaria española con independencia de quien sea el sujeto perceptor. Así, dichas rentas estarán sometidas a la tributación que corresponda en el otro Estado (estado de la fuente) sin que pueda procederse a la devolución de tales impuestos en territorio español (estado de residencia) ya que en él esas rentas no han estado sometidas a gravamen. Lo contrario supondría una detracción de recursos desde la Hacienda pública española a favor de una Hacienda pública extranjera en la medida en que la primera estaría devolviendo al contribuyente español impuestos que ha percibido la Hacienda pública de otro país.

En caso de que las rentas de fuente extranjera obtenidas por la fundación también estén sometidas a gravamen en territorio español, de acuerdo con la Ley 49/2002, podrá aplicarse la eliminación de la doble imposición internacional en los términos establecidos en la normativa general del Impuesto sobre Sociedades dado que las normas de este Impuesto tienen carácter supletorio respecto de lo dispuesto en la Ley 49/2002.

Otra cuestión a destacar en relación con las rentas de fuente extranjera es que las fundaciones se encuentran en el ámbito subjetivo de aplicación de

los convenios para evitar la doble imposición suscritos por España, por lo que la tributación de las rentas que obtengan en países de la Unión Europea con los que España tenga suscrito convenio para evitar la doble imposición deberá producirse en los términos fijados en el convenio que sea de aplicación estando, asimismo, expresamente contempladas en los comentarios relativos al artículo de no discriminación del Modelo de Convenio OCDE.

Por último, la Ley 49/2002, no exige que las actividades que constituyen el objeto o finalidad específica de la fundación deban desarrollarse en territorio español ni tampoco supedita los incentivos fiscales al mecenazgo que concede al lugar del que procedan las rentas de la fundación. Por tanto, los donantes y colaboradores de las fundaciones acogidas al régimen de la Ley 49/2002 gozarán de los incentivos que ésta establece con independencia del lugar del que procedan las rentas de la fundación y del lugar en el que se apliquen sus donaciones. El derecho a tales incentivos exige, exclusivamente, la concurrencia de dos condiciones; que la donación, aportación o colaboración reúna los requisitos exigidos por la Ley 49/2002 y que la fundación receptora tenga derecho y se haya acogido al régimen fiscal regulado para las entidades beneficiarias de mecenazgo en el Título II de dicha Ley.

Así, a modo de ejemplo, supongamos que una fundación residente en territorio español cuyo objeto o finalidad específica es la cooperación internacional al desarrollo, obtiene donaciones de personas y entidades residentes en territorio español así como rentas procedentes de una explotación económica de edición y venta de publicaciones de cooperación para el desarrollo realizada en otro país de la Unión Europea que dedica a financiar la ejecución de proyectos de desarrollo educativo y sanitario en un país no europeo. Pues bien, tanto las cuotas de asociados y las donaciones que reciba como la renta que obtenga de la explotación económica que realiza estarán exentas en el Impuesto sobre Sociedades español y tales cuotas y donaciones darán derecho a los asociados y donantes a los incentivos fiscales al mecenazgo que establece la Ley 49/2002.

2. Régimen fiscal de las entidades parcialmente exentas regulado en el Capítulo XV del Título VII del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo

A). *Ámbito subjetivo*

Aquellas fundaciones que no puedan acogerse al régimen fiscal regulado en la Ley 49/2002 deberán aplicar el regulado en los artículos 120 a 122

TRLIS. Este régimen no es optativo sino obligatorio y resulta menos beneficioso que el regulado en la Ley 49/2002, tanto para las fundaciones como para los donantes, ya que para las primeras la tipología de rentas exentas es menor y el tipo de gravamen de las rentas no exentas es superior y, para los segundos, no existen incentivos fiscales para las donaciones en el Impuesto sobre Sociedades y los incentivos en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y en el Impuesto sobre la Renta de No Residentes son menores tanto en importes como en tipología.

B) *Rentas exentas*

De acuerdo con este régimen, estarán exentas las siguientes rentas obtenidas por fundaciones:

1.º las que procedan de la realización de actividades que constituyan su objeto social o finalidad específica (por ejemplo, cuotas de asociados, subvenciones públicas o aportaciones de fundadores y otros rendimientos siempre que no procedan de una explotación económica);

2.º las derivadas de adquisiciones y transmisiones a título lucrativo que se obtengan o realicen en cumplimiento de su objeto o finalidad específica;

3.º las que se pongan de manifiesto en la transmisión onerosa de bienes afectos a la realización de su objeto o finalidad específica siempre que el producto obtenido se reinvierta en bienes afectos a tal objeto o finalidad.

C) *Rentas no exentas*

Ninguna otra renta, a excepción de las anteriores, está exenta de gravamen en el Impuesto sobre Sociedades, aclarando el artículo 121.2 TRLIS que la exención no alcanza a:

1.º Los rendimientos de explotaciones económicas, aunque coincidan con el objeto social o finalidad específica.

2.º Las rentas derivadas del patrimonio de la fundación (arrendamiento de inmuebles propiedad de la fundación, dividendos, etc.).

3.º Las rentas obtenidas en otras transmisiones distintas de las exentas.

D) *Base imponible*

La base imponible del Impuesto se determinará de acuerdo con las reglas generales del mismo para las rentas no exentas, teniendo en consideración lo establecido en el artículo 122 TRLIS que dispone la no deducibilidad de los

gastos imputables exclusivamente a rentas exentas así como de las cantidades que constituyan aplicación de resultados y de las que se destinen al sostenimiento de las actividades exentas.

E) *Tipo de gravamen*

El tipo de gravamen aplicable a las rentas no exentas es del 25%.

F) *Rentas de fuente extranjera*

Al igual que se ha señalado al tratar el régimen fiscal regulado en la Ley 49/2002, nada se establece en relación con el lugar de procedencia de las rentas exentas o no exentas por lo que éstas seguirán el régimen descrito con independencia de que hayan sido obtenidas en territorio español o en otro Estado miembro de la Unión Europea. De igual forma, y aunque probablemente se trate de un caso mucho menos frecuente en el marco de este régimen que en el de la Ley 49/2002, la tributación soportada en el extranjero por rentas de esa procedencia que estén exentas en el Impuesto sobre Sociedades tendrá carácter definitivo por las razones ya expuestas en apartados anteriores. Si las rentas obtenidas por la fundación están sujetas a gravamen en España serán de aplicación lo dispuesto en la normativa del Impuesto sobre Sociedades para eliminar la doble imposición internacional.

III. Fiscalidad de las rentas obtenidas en España por fundaciones residentes en otro Estado miembro de la Unión Europea

1. Delegaciones en España de fundaciones de Estados miembros de la Unión Europea

El artículo 7 Ley 50/2002, constituye la regulación sustantiva de las fundaciones extranjeras que pretendan ejercer sus actividades de forma estable en España. Dicho precepto señala en su apartado 1 que «*las fundaciones extranjeras que pretendan ejercer sus actividades de forma estable en España, deberán mantener una delegación en territorio español que constituirá su domicilio a efectos de esta Ley, e inscribirse en el Registro de Fundaciones competente en función del ámbito territorial en que desarrollen principalmente sus actividades*».

El apartado 2 del mismo artículo añade que la fundación extranjera que pretenda su inscripción deberá acreditar ante el Registro de Fundaciones correspondiente que ha sido válidamente constituida con arreglo a su Ley personal, pudiendo denegarse la inscripción si no se acredita tal circunstancia

o cuando los fines no sean de interés general de acuerdo con el ordenamiento español. El apartado 3 establece que solo las fundaciones que cumplan los requisitos anteriores podrán utilizar la denominación «fundación» y, por último, el apartado 4 somete a las fundaciones extranjeras al Protectorado que corresponda en función del ámbito territorial en que desarrolle principalmente sus actividades —estatal o autonómico— siéndoles de aplicación el régimen jurídico previsto para las fundaciones españolas.

En el ámbito tributario, las rentas que obtengan las delegaciones de las fundaciones de otros Estados miembros de la Unión Europea (en adelante, delegación) en tanto que se consideren obtenidas en territorio español, estarán sujetas al Impuesto sobre la Renta de No Residentes (IRNR) dado que no se trata de entidades residentes en territorio español al no satisfacer ninguno de los requisitos establecidos en el artículo 8.1 TRLIS anteriormente comentado.

El Impuesto citado, regulado en el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo (en adelante, TRLIRNR), establece dos modalidades de tributación en función de que las rentas del contribuyente no residente hayan sido obtenidas en territorio español mediante un establecimiento permanente situado en el mismo o lo hayan sido sin la concurrencia de tal establecimiento.

La delegación en territorio español de una fundación de otro Estado miembro de la Unión Europea que cumpla los requisitos del artículo 7 Ley 50/2002, se considera un establecimiento permanente a efectos de lo dispuesto en el artículo 13.1.a) TRLIRNR¹. De acuerdo con este artículo existe un establecimiento permanente cuando una entidad dispone en territorio español «... por cualquier título, de forma continuada o habitual, de instalaciones o lugares de trabajo de cualquier índole, en los que realice toda o parte de su actividad, o actúe en él por medio de un agente autorizado para contratar, en nombre y por cuenta del contribuyente, que ejerza con habitualidad dichos poderes». Añade este precepto que, en particular, se entiende que constituyen establecimiento permanente las sedes de dirección, las sucursales, las oficinas, u otros establecimientos.

¹ Aunque no es el objeto de análisis de este capítulo, dado que lo que se estudia es la normativa tributaria doméstica, se aclara que en el marco de la tributación de los no residentes, incluida la determinación de la existencia de un establecimiento permanente, cuando medie un Convenio para evitar la doble imposición suscrito entre España y el país de residencia de la fundación habrá que estar, en primer lugar, a lo dispuesto en dicho convenio para determinar la potestad de gravamen de la renta y su tributación.

En consecuencia, cuando la delegación obtenga rentas en territorio español, de acuerdo con lo señalado en el citado artículo 13.1.a) TRLIRNR, estaremos ante un contribuyente del Impuesto sobre la Renta de No Residentes que opera mediante establecimiento permanente en territorio español.

La delegación tributará (art. 15.1 TRLIRNR) por la totalidad de la renta imputable a la misma, cualquiera que sea el lugar de su obtención, de acuerdo con lo dispuesto en el Capítulo III de dicho Texto Refundido. El artículo 18.1 del mencionado Capítulo dispone que la base imponible del establecimiento permanente se determinará con arreglo a las disposiciones generales del Impuesto sobre Sociedades junto con las particularidades que regula en sus letras a), b) y c), relativas a la no deducibilidad de cánones, intereses y comisiones abonados por el establecimiento permanente a la casa central; la deducibilidad de una parte razonable de gastos de dirección y generales de administración que correspondan al establecimiento y no imputación al establecimiento permanente de cantidades por coste de capitales propios, respectivamente. Estos preceptos, caso de que la delegación incurriera en ellos, serían igualmente aplicables en la determinación de su renta. Los establecimientos permanentes pueden compensar las bases imponibles negativas de acuerdo con lo previsto en el artículo 25 TRLIS (art. 18.2 TRLIRNR).

Por otra parte, la Ley 49/2002 (art. 2.d) considera entidades sin fines lucrativos a las delegaciones de fundaciones extranjeras inscritas en el Registro de Fundaciones por lo que si cumplen los requisitos que dicha Ley establece en su artículo 3, señalados en párrafos anteriores, podrán aplicar, en igualdad de condiciones, el régimen fiscal que dicha Ley regula en su Título II para las fundaciones españolas, si bien tributarán en el Impuesto sobre la Renta de No Residentes.

Adicionalmente, las normas del Impuesto sobre Sociedades son aplicables de forma subsidiaria a las delegaciones para todo lo no previsto en el Título II Ley 49/2002 (art. 5 de dicha Ley).

Como resumen de lo anterior cabe concluir que las delegaciones en España de fundaciones residentes en otros Estados miembros de la Unión Europea son contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de No Residentes y determinarán la base imponible de las rentas que se obtengan aplicando las normas de dicho Impuesto, el régimen fiscal establecido en el Título II Ley 49/2002 y las disposiciones generales del Impuesto sobre Sociedades.

Al igual que en el caso de las fundaciones españolas, la Ley 49/2002, no vincula la aplicación de su régimen fiscal a que las actividades de las delegaciones se realicen en España. La situación contraria se planteó como conse-

cuencia del tenor literal de la disposición adicional decimosexta de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General, antecedente inmediato de la Ley 49/2002, que establecía que la delegación en España sólo podía disfrutar del régimen especial por su actividad en España, si bien esta cuestión ha quedado superada con la Ley 49/2002.

Para determinar la base imponible de las explotaciones económicas no exentas se aplicarán las normas generales del Impuesto sobre Sociedades, además de las tres normas específicas que en materia de no deducibilidad de gastos contiene el artículo 8 Ley 49/2002 y de lo dispuesto en el artículo 18 TRLIRNR, anteriormente citadas.

El tipo de gravamen aplicable a la base imponible es del 10% y en la cuota íntegra podrán practicarse, cuando proceda, las deducciones reguladas en los artículos 30 a 44 TRLIS (art. 19.4 TRLIRNR).

Cabe añadir que estas delegaciones, en tanto que establecimientos permanentes, podrán acogerse, cuando proceda y en la medida que sea compatible con su naturaleza fundacional, a los regímenes especiales del Impuesto sobre Sociedades, en particular y para las explotaciones económicas no exentas a los incentivos fiscales para las empresas de reducida dimensión, de acuerdo con lo establecido en la disposición derogatoria única apartado 2, letra a) Ley 41/1998 del Impuesto sobre la Renta de No Residentes y Normas Tributarias, vigente tras la entrada en vigor del TRLIRNR y que dispone que los regímenes tributarios especiales del Impuesto sobre Sociedades regulados en el Título VIII (actual Título VII) son de aplicación a los establecimientos permanentes.

Por último, el artículo 16 Ley 49/2002 califica a estas delegaciones como entidades beneficiarias del mecenazgo por lo que las donaciones y aportaciones que reciban por parte de donantes y colaboradores así como las otras formas de mecenazgo que contempla dicha Ley podrán disfrutar de los incentivos fiscales establecidos en ella.

2. Otros establecimientos permanentes en España de fundaciones de Estados miembros de la Unión Europea

Cuando las fundaciones extranjeras obtengan rentas en territorio español mediante un establecimiento permanente y no estén dentro del ámbito de aplicación de la Ley 49/2002, o bien opten por no aplicar el régimen fiscal que dicha Ley contiene, aplicarán el regulado para las entidades parcialmen-

te exentas² en el Capítulo XV del Título VII TLRIS, ya que como se ha señalado los regímenes tributarios especiales del Impuesto sobre Sociedades son de aplicación a los establecimientos permanentes.

Así, el régimen fiscal aplicable a estos establecimientos permanentes estará delimitado por lo dispuesto en el Convenio para evitar la doble imposición suscrito entre España y el país de residencia de la fundación, en el TRLIRNR y en el régimen de entidades parcialmente exentas del TRLIS.

El tipo de gravamen aplicable a los establecimientos permanentes es del 30%, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19.1 y disposición adicional segunda TRLIRNR, y el tipo aplicable a las entidades parcialmente exentas del Capítulo XV del Título VII TRLIS es del 25%.

En la contestación a la consulta V2526-05, la Dirección General de Tributos señala que el tipo de gravamen aplicable a la delegación de una asociación sin fines lucrativos que no entra dentro del ámbito de aplicación de la Ley 49/2002, y a la que resulta de aplicación el régimen de entidades parcialmente exentas del TRLIS, es del 30% (35% en el momento de contestación de la consulta) ya que el artículo 18 TRLIRNR se refiere únicamente a que *«la base imponible del establecimiento permanente se determinará con arreglo a las disposiciones del régimen general del Impuesto sobre Sociedades»*. Añade el Centro directivo que *«No obstante, si la actividad es realizada en territorio español mediante un establecimiento permanente y como en este caso existe Convenio para evitar la doble imposición suscrito por España con el país de residencia de la entidad no residente, ésta podrá invocar el principio de no discriminación, dado que el artículo 28.2.e) TRLIS contempla un tipo de gravamen del 25% para las entidades sin fines lucrativos a las que no sea de aplicación el régimen de la Ley 49/2002»*.

La diferencia de tipos de gravamen aplicable a las fundaciones españolas acogidas al régimen fiscal de entidades parcialmente exentas y a los establecimientos permanentes situados en territorio español de fundaciones de la Unión Europea a los que se les aplica el mismo régimen no parece compatible, tal y como se apunta en la consulta, con los Convenios para evitar la doble imposición suscritos entre España y el resto de Estados miembros de la Unión Europea ya que todos los vigentes contienen un precepto de no discriminación, ni tampoco con el Derecho comunitario.

² Véase contestación de la Dirección General de Tributos a la consulta V2526-05.

3. *Rentas obtenidas en territorio español por fundaciones de otros Estados miembros sin delegación/establecimiento permanente en España*

Cuando una fundación de otro Estado miembro de la Unión Europea obtenga rentas en territorio español sin un establecimiento permanente, tanto si aquellas proceden de la realización de actividades y explotaciones económicas como si se trata de alguna de las otras categorías de rentas que se consideran obtenidas en territorio español de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 TRLIRNR³, estaremos ante un contribuyente del Impuesto sobre la Renta de No Residentes sin establecimiento permanente al que no resulta de aplicación el régimen fiscal de la Ley 49/2002, ni el régimen de las entidades parcialmente exentas, antes comentados.

Las normas que rigen la tributación de tales rentas serán las aplicables con carácter general a los contribuyentes no residentes sin establecimiento permanente, esto es, la normativa del Impuesto sobre la Renta de No Residentes y, en su caso, el Convenio para evitar la doble Imposición suscrito entre España y el país de residencia de la entidad. Así, el carácter de fundación de otro Estado miembro no altera la tributación establecida con carácter general para las rentas que obtenga un no residente en territorio español sin establecimiento permanente.

A estos efectos, el artículo 13 TRLIRNR enumera las rentas que se consideran obtenidas en territorio español sin establecimiento permanente lo que debe complementarse con las declaradas exentas en el artículo 14 de la misma norma.

La tributación de tales rentas se realiza, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 15.2 TRLIRNR, de forma separada por cada devengo total o parcial de la renta sometida a gravamen, sin que sea posible compensación alguna entre las mismas y en los términos previstos en el Capítulo IV de la citada Ley cuyo artículo 24 establece que la base imponible correspondiente a los diversos tipos de rendimientos —dividendos, intereses, prestación de servicios, ganancias patrimoniales, etc.—obtenidos por contribuyentes no residentes (fundaciones residentes en otro Estado miembro de la Unión Europea, en nuestro caso) se determinará con arreglo a las normas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, permitiéndose la deducibilidad de los gastos previstos en dicha Ley siempre que se acredite su relación directa

³ Se reitera lo señalado en la nota núm. 1 en relación con los Convenios para evitar la doble imposición.

con los rendimientos obtenidos en España (esto último por su condición de residentes en la Unión Europea).

Se anticipa aquí⁴ que la normativa anterior ha de ser interpretada —al menos en lo que a dividendos se refiere— en sentido contrario a lo señalado, de acuerdo con el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (en adelante, TSJM) quien en recientes Sentencias⁵ ha considerado que la denegación de la exención a los dividendos percibidos por una fundación sueca en España no era acorde con el Derecho comunitario por vulnerar el derecho a la libertad de circulación de capitales.

Los hechos relevantes en el caso son los siguientes. Una fundación sueca cuyo objeto social era la promoción y apoyo de la investigación en Humanidades y Ciencias Sociales, incluyendo Teología y Derecho, a través de la concesión de becas a grupos de investigación e investigadores individuales, era accionista de diversas sociedades españolas. En los años 2005 a 2008 percibió en España dividendos de tales sociedades, sobre los que se practicaron retenciones del 15% por aplicación del Convenio para evitar la doble imposición entre España y Suecia⁶.

La fundación solicitó a la Agencia Tributaria la devolución de las retenciones practicadas, más el interés de demora desde la fecha de su ingreso en el Tesoro y, al transcurrir el plazo de seis meses sin haber obtenido respuesta, interpuso reclamación ante el Tribunal Económico Administrativo Regional contra la desestimación por silencio administrativo de su petición de devolución de ingresos indebidos. Posteriormente, y contra la desestimación por silencio administrativo de las anteriores reclamaciones y su posterior desestimación de forma expresa en diversas resoluciones del citado Tribunal administrativo, se interpusieron sendos recursos ante el TSJM. La fundación solicitaba en la demanda la anulación de las resoluciones recurridas y la devolución de la cantidad indebidamente ingresada en concepto de IRNR por considerar improcedente la retención practicada en España sobre los dividendos pagados a una fundación residente en otro Estado miembro de la Unión Europea.

⁴ *Vid.* epígrafe VI.2 de este Capítulo.

⁵ Por todas, hay quince, *vid.* la Sentencia 12/2004 de 8 de enero de 2014.

⁶ Los dividendos se consideran rentas obtenidas en territorio español por derivar de la participación en los fondos propios de entidades residentes en España (art. 13.1.f del TRLIRNR) a los que se aplica el apartado 10.2.a) del Convenio suscrito entre España y Suecia para evitar la doble imposición que permite un gravamen no superior al 15% y no considerarse aplicable lo dispuesto en los artículos 6.2º (consideración de los dividendos como rentas exentas) y 12 (obligación de no someter a retención las rentas exentas) de la Ley 49/2002.

Los razonamientos jurídicos en los que fundamenta el Tribunal la conclusión antes citada son, de forma muy resumida, los siguientes.

En primer lugar, el TSJM rechaza que la fundación sueca tuviera obligación de inscribirse en el Registro español de Fundaciones, por interpretación coordinada de lo dispuesto en los artículos 2.d) de la Ley 49/2002 y 7.1 de la Ley 50/2002, dado que la fundación sueca no ejercía sus actividades de forma estable en España, quedando cumplida, por otra parte, la exigencia de inscripción administrativa con la efectuada en el pertinente registro del país de residencia de la fundación. Cita el TSJM, en este punto, el apartado 40 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea «Centro de Musicología Walter Stauffer», de 14 de septiembre de 2006 que afirma que 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 sólo en que no está establecida en su territorio.

A continuación, el TSJM examina si los requisitos exigidos en el artículo 3 de la Ley 49/2002 y los artículos 2 y 3.1 de la Ley 50/2002 son satisfechos por la fundación sueca con base en los Estatutos de esta última y en la normativa tributaria sueca aplicable a la entidad, para ver si las fundaciones españolas y esta fundación se encuentran, tal y como se exige en el apartado 42 de la Sentencia «Centro de Musicología Walter Stauffer», en una situación objetivamente comparable. Recuerda aquí el TSJM que, como proclama en apartado 32 de la Sentencia recién citada, «... *las diferencias entre fundaciones residentes en distintos Estados de la Unión Europea sólo pueden considerarse compatibles con las disposiciones del tratado relativas a la libre circulación de capitales cuando la diferencia de trato afecta a situaciones que no sean objetivamente comparables o resulte justificada por razones imperiosas de interés general, como son la necesidad de preservar la coherencia del régimen tributario y la eficacia de los controles fiscales*».

Del análisis comparativo realizado, el TSJM concluye que la fundación sueca reúne los requisitos para gozar de la exención por los dividendos obtenidos en España, lo que comporta la inaplicación del TRLIRNR y del Convenio hispano sueco, por lo que «*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 justificase la existencia de un trato desigual por razón del Estado de residencia de las fundaciones*». En consecuencia, el TSJM estima los recursos interpuestos por la fundación sueca reconociendo a la entidad «*la exención fiscal reclamada, con devolución de la retención practicada más el interés de demora desde la fecha en que se realizó el ingreso indebido*».

IV. Régimen fiscal del mecenazgo español a favor de fundaciones europeas con presencia en territorio español

Los incentivos fiscales al mecenazgo están regulados en el Título III de la Ley 49/2002, artículos 16 a 27, contemplándose dos modalidades de mecenazgo:

— donativos, donaciones y aportaciones (dinero, bienes y derechos del patrimonio del donante, derechos reales de usufructo y obras de arte y del Patrimonio Histórico Español);

— mecenazgo empresarial, que bajo la rúbrica «Otras formas de mecenazgo» se refiere a los convenios de colaboración empresarial en actividades de interés general, los gastos en actividades de interés general y los programas de apoyo a acontecimientos de excepcional interés público.

Como regla general y de forma muy sintética, la base de cálculo de la deducción por las donaciones efectuadas es el importe donado para las monetarias y el valor que para cada tipo de bien o derecho establece el artículo 18.1 Ley 49/2002 para las no monetarias, sin que para estas últimas pueda exceder del valor normal de mercado del bien o derecho transmitido.

Las donaciones y mecenazgo a que se refiere este epígrafe son los realizados por personas físicas o jurídicas residentes en territorio español, sujetas por tanto al IRPF o al IS, en favor de delegaciones en España de fundaciones residentes en otro estado miembro de la Unión Europea acogidas a la Ley 49/2002.

Las entidades beneficiarias de un mecenazgo merecedor de los incentivos fiscales regulados en el Título III Ley 49/2002 están enumeradas en el artículo 16 de dicha Ley y entre ellas se encuentran las delegaciones de fundaciones extranjeras en España que puedan acogerse al régimen fiscal del Título II Ley 49/2002 y a las que nos hemos venido refiriendo como delegaciones.

Las donaciones, aportaciones y colaboraciones realizadas a favor de las delegaciones en España de fundaciones residentes en otro Estado Miembro a que se refiere el artículo 16 Ley 49/2002 por donantes que sean sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades (IS) o contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), se benefician de los incentivos fiscales establecidos para tales donaciones en igualdad de condiciones que las donaciones efectuadas a fundaciones españolas.

Estos incentivos consisten en una deducción en la cuota íntegra del IRPF del 25% de la base de la deducción (art. 19 Ley 49/2002) que no podrá ser

superior al 10% de la base liquidable del contribuyente. Si la actividad que realiza la delegación estuviera calificada como prioritaria del mecenazgo los porcentajes de deducción y límite citados ascenderían al 30% y al 15%, respectivamente (art. 22 Ley 49/2002).

En el caso de sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades, el incentivo (art. 20 Ley 49/2002) consiste en una deducción de la cuota íntegra del 35% de la base de la deducción. Esta base no podrá ser superior al 10% de la base imponible del período impositivo, si bien las cantidades que excedan del 10% se podrán aplicar en los períodos impositivos que concluyan en los diez años inmediatos y sucesivos. De igual forma, si en el período impositivo en el que se efectúa la donación no hay cuota suficiente para aplicar la deducción, la cantidad no deducida podrán aplicarse en las liquidaciones de los períodos impositivos que concluyan en los 10 años siguientes. Si la actividad que realiza la delegación está calificada como prioritaria del mecenazgo los porcentajes de la deducción y del límite citados ascenderían al 40% y al 15%, respectivamente (art. 22 Ley 49/2002).

Por último, el artículo 23 Ley 49/2002 exceptúa de gravamen en el IRPF y en el IS del donante a las rentas positivas que se pongan de manifiesto como ocasión de la donación o aportación en especie.

También resulta de aplicación el incentivo establecido para los convenios de colaboración empresarial en actividades de interés general (art. 25 Ley 49/2002) mediante los que la delegación a cambio de una ayuda económica para la realización de las actividades que constituyen su objeto o finalidad específica se compromete por escrito a difundir, por cualquier medio, la participación del colaborador en dichas actividades. El importe entregado tendrá la consideración de gasto deducible para determinar la base imponible del Impuesto sobre Sociedades y el rendimiento neto de la actividad económica de los contribuyentes acogidos al régimen de estimación directa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Las donaciones, aportaciones y colaboraciones efectuadas por residentes en territorio español, ya sean personas físicas o jurídicas, a fundaciones extranjeras distintas de las delegaciones mencionadas no gozan de incentivo fiscal alguno siendo la Ley 49/2002 clara al respecto mediante la no inclusión de aquellas entidades entre las beneficiarias de mecenazgo señaladas en el artículo 16 de dicha Ley.

En este sentido se pronunció la Dirección General de Tributos en contestación a la consulta 1518-00, aplicable con la Ley 49/2002 aunque referida a la Ley 30/1994, en la que señala que *«La Ley, por tanto, al pretender*

dinamizar de manera sustancial la realización de actividades de interés general, opta por establecer un sistema de garantías que asegure el adecuado destino de los fondos e inversiones en las finalidades que motivan el apoyo del ordenamiento jurídico. Para ello, identifica a través de una serie de cautelas a los entes destinatarios de los beneficios contenidos en la norma» añadiendo que «el legislador pretende limitar la aplicación de los beneficios fiscales contenidos en la norma a aquellos entes susceptibles de someterse a un sistema de control administrativo de su actividad, fines, organización y funcionamiento, circunstancia que resultaría de imposible cumplimiento en caso de entidades no sometidas a la normativa española», por ello, las donaciones efectuadas a favor de una entidad que, «pese a configurarse como asociación sin finalidad lucrativa, no reúne dichos requisitos, al tratarse de un ente constituido bajo la legislación de otro Estado, lo que le aleja del sistema de control establecido por la legislación española [e] imposibilita la aplicación del régimen previsto en la (...) Ley 30/1994 (...) a las cantidades donadas por la consultante...».

En la consulta parcialmente transcrita, el órgano consultivo vinculaba la concesión de beneficios fiscales para las donaciones a los principios de beneficio y control, esto es, al hecho de que se pueda verificar la correcta aplicación de la donación a la consecución de fines de interés general a través de, en este caso, la asociación que la percibe, lo que exige que tal entidad esté sometida al sistema de control establecido por la legislación española.

En este punto cabe recordar, como ya se ha señalado en otro lugar⁷ «... las tres razones que recoge HAYHOE como las tradicionalmente invocadas para no conceder beneficios fiscales a las donaciones internacionales. La primera de ellas es la falta de beneficio que se produce para el Estado del donante, ya que la pérdida de recursos tributarios que experimenta no se ve compensada con una correlativa disminución en los servicios públicos a financiar ni con un aumento del bienestar general de su ciudadanía (añade que esta fue la razón aducida por el Congreso de los Estados Unidos en 1938 para circunscribir la deducibilidad a las donaciones a ESFL residentes en Estados Unidos, lo que no sucedía hasta ese momento), la segunda razón es la pérdida de control del Estado del donante sobre el uso dado a los fondos por la ESFL extranjera y la tercera, la consideración de que estos beneficios fiscales constituyen una transferencia de riqueza de un país a otro, subsidiada por el Estado del donante en forma de impuestos perdidos».

Cómo se verá más adelante estos principios como fundamento de la negación de incentivos fiscales al mecenazgo intraeuropeo han sido cuestionados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

⁷ S. LOPEZ RIBAS, y J. M. UTANDE SANJUAN, «Fronteras Fiscales del Mecenazgo.» Carta Tributaria 19/2009, 1.ª quincena noviembre. Editorial CISS.

V. Régimen fiscal del mecenazgo de residentes en otro Estado miembro europeo a favor de fundaciones residentes en España y de fundaciones de otros Estados miembros de la Unión Europea con presencia en España⁸

Las donaciones a que se refiere este epígrafe son las realizadas por personas o entidades no residentes en territorio español que obtienen rentas gravadas en él a favor de fundaciones españolas, acogidas o no a la Ley 49/2002, y de delegaciones españolas de una fundación residente en otro Estado miembro de la Unión Europea acogidas a la Ley 49/2002.

El donante puede ser:

- Persona física o jurídica no residente en territorio español que opera en él mediante establecimiento permanente y sujeta al IRNR.
- Persona física o jurídica no residente en territorio español que obtiene rentas en él sin establecimiento permanente y sujeta al IRNR.

Los incentivos fiscales que pueden aplicar los contribuyentes del IRNR por los donativos, donaciones y aportaciones que realicen a fundaciones españolas y a las delegaciones incluidas en el artículo 16 Ley 49/2002, están reguladas en el artículo 21 de dicha Ley que diferencia los que pueden aplicar los contribuyentes que obtienen rentas en España sin establecimiento permanente de los que corresponden a los que operan mediante establecimiento permanente en territorio español.

Así, el artículo 21 remite a los primeros a la deducción regulada en el artículo 19 para los contribuyentes del IRPF y a los segundos al artículo 20 que contiene la deducción correspondiente a los sujetos pasivos del IS.

1. *Contribuyentes del IRNR sin establecimiento permanente en territorio español*

El artículo 21.1 Ley 49/2002 dispone que los contribuyentes del IRNR que obtengan rentas en territorio español sin mediación de establecimiento permanente (con independencia de que sean personas físicas o jurídicas) y efectúen una donación, ya sea a favor de una fundación española o de una

⁸ Se sigue aquí lo expuesto en S. LOPEZ RIBAS, «Aspectos internacionales del régimen fiscal de las entidades sin fin de lucro y del patrocinio», en S. MUÑOZ MACHADO, M. CRUZ AMORÓS y R. DE LORENZO GARCÍA, (dirs.), *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, Fundación ONCE y en M. CRUZ AMORÓS y S. LOPEZ RIBAS, *La fiscalidad de las entidades sin ánimo de lucro: estímulo público y acción privada*, CIDEAL y PWC, Madrid, 2004.

delegación, podrán practicar la deducción establecida en el artículo 19.1 de esa Ley, lo que supone una deducción en la cuota íntegra del Impuesto del 25% de la donación (base de cálculo de la deducción). La deducción se practicará en las declaraciones por el IRNR que presente el contribuyente respecto de hechos imponible acaecidos en el plazo de un año desde la fecha del donativo, donación o aportación. La base de cálculo de la deducción no podrá exceder del 10% de la base imponible del conjunto de las declaraciones presentadas en ese plazo.

Si la actividad que realiza la fundación española o la delegación estuviera calificada como prioritaria del mecenazgo, los porcentajes de la deducción y del límite citados ascenderían al 30% y al 15%, respectivamente.

Adicionalmente, el artículo 23 Ley 49/2002 exige de tributación en el IRNR a las ganancias patrimoniales (variación en el valor del patrimonio del sujeto pasivo que se ponga de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquél) que se pongan de manifiesto en el donante o aportante no residente con ocasión de la donación o aportación⁹, lo que podrá afectar a las donaciones de bienes o derechos propiedad del donante cuya transmisión esté sujeta en territorio español, para lo que habrá que estar a lo dispuesto en el Convenio para evitar la doble imposición aplicable y en el TRLIRNR. Esta exención es el incentivo fiscal complementario para las donaciones en especie que, de otra forma, resultarían penalizadas frente a las consistentes en entregas de dinero.

Asimismo, estos contribuyentes podrán aplicar la deducción regulada en el artículo 68.3.b) Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, de acuerdo con lo establecido en el artículo 26 TRLIRNR, consistente en el 10% de las cantidades donadas a las fundaciones españolas legalmente reconocidas que rindan cuentas al órgano del protectorado correspondiente (a las que no resulte de aplicación la Ley 49/2002).

En relación con estos contribuyentes/donantes hay que precisar que si el país de residencia del donante grava la renta de acuerdo con un criterio de renta mundial, aquél deberá incluir en su base imponible la renta obtenida y gravada en territorio español eliminando la doble imposición internacional

⁹ Véase contestación de la Dirección General de Tributos a la consulta núm. 2435-00 sobre el régimen fiscal aplicable a la donación de unas acciones que una entidad sin fin de lucro acogida a la Ley 30/1994 iba a recibir en donación procedente de una entidad residente en Liechtenstein, sin establecimiento permanente en España.

soportada de acuerdo con la normativa del país de residencia. Con carácter general en el ámbito de la fiscalidad internacional, los impuestos que se pueden deducir en el país de residencia son los efectivamente satisfechos en el país de la fuente¹⁰, en nuestro caso España, que se habrán visto minorados por el incentivo fiscal derivado de la donación efectuada. Esto acontece así para todo tipo de entidades y rentas que se ven bonificadas en el país de la fuente salvo que exista un convenio para evitar la doble imposición suscrito entre el país de la fuente y el de residencia con una cláusula *tax sparing*.

2. Contribuyentes del IRNR con establecimiento permanente en territorio español

Los contribuyentes del IRNR que operan en España mediante establecimiento permanente podrán aplicar la deducción establecida en el artículo 20 Ley 49/2002 para los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades por las donaciones que efectúen a fundaciones españolas y delegaciones.

El apartado 1 del artículo 20 establece una deducción en la cuota íntegra del Impuesto del 35% de la base de cálculo de la deducción. Las cantidades correspondientes al período impositivo no deducidas se podrán aplicar en las liquidaciones de los períodos impositivos que concluyan en los diez años inmediatos y sucesivos.

El apartado 2 del mismo artículo limita la base de la deducción al 10% de la base imponible del período impositivo, pero añade que el importe que exceda de ese límite se podrá aplicar en los períodos impositivos que concluyan en los diez años inmediatos y sucesivos.

Si la actividad que realiza la fundación española o la delegación está calificada como prioritaria del mecenazgo, la deducción y límite citados ascenderán al 40% y al 15%, respectivamente (art. 22 Ley 49/2002).

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23 Ley 49/2002, estos contribuyentes también verán exonerada de tributación en el IRNR la renta positiva que se ponga de manifiesto con ocasión de la donación o aportación a una entidad beneficiaria del mecenazgo de elementos patrimoniales afectos al establecimiento permanente¹¹. La renta derivada de la transmisión lucrati-

¹⁰ También con carácter general, el impuesto máximo deducible es el menor de los dos siguientes, el satisfecho en el extranjero y el que tales rentas generen en el país de residencia.

¹¹ Según el artículo 16.1 TRIRNR se consideran elementos patrimoniales afectos al establecimiento permanente los vinculados funcionalmente al desarrollo de la actividad que constituye su objeto. Los activos representativos de la participación en fondos propios de una entidad sólo se considerarán elementos patrimoniales afectos al establecimiento permanente

va (donación) se calcula de acuerdo con las reglas del Impuesto sobre Sociedades al que remite el TRLIRNR. Así, según el artículo 15 TRLIS, en una transmisión lucrativa la entidad transmitente integrará en su base imponible la diferencia entre el valor normal de mercado de los elementos transmitidos y su valor contable, entendiéndose por el primero el que hubiera sido acordado en condiciones normales de mercado entre partes independientes. Esta renta aflora como consecuencia de la donación y se declara exenta por las mismas razones que las expuestas en el caso de contribuyentes sin establecimiento permanente.

También resulta de aplicación el incentivo regulado en el artículo 25 Ley 49/2002 para los Convenios de colaboración empresarial en actividades de interés general mediante los que una fundación española o una delegación, a cambio de una ayuda económica para la realización de las actividades que constituyen su objeto o finalidad específica, se compromete por escrito a difundir, por cualquier medio, la participación del colaborador en dichas actividades. El importe entregado tendrá la consideración de gasto deducible en la determinación de la base imponible del establecimiento permanente que tribute en el IRNR siendo incompatible, para los mismos gastos, con el resto de incentivos fiscales previstos en la Ley 49/2002.

En cuanto al incentivo por gastos en actividades de interés general, de acuerdo con el artículo 26 Ley 49/2002, los gastos realizados por un establecimiento permanente situado en territorio español en los fines de interés general a que se refiere el número 1.º del artículo 3 de la citada Ley, tendrán la consideración de deducibles en la determinación de la base imponible de su Impuesto sobre la Renta de no Residentes. Esta deducción será incompatible para los mismos gastos con los demás incentivos regulados en la Ley y, al igual que en los Convenios de colaboración empresarial, no puede ser aplicada por los contribuyentes del IRNR sin establecimiento permanente.

Los últimos incentivos del mecenazgo empresarial son los que se conceden a los programas de apoyo a acontecimientos de excepcional interés público que están regulados en el artículo 27 Ley 49/2002 y que para los contribuyentes del IRNR que operan en territorio español mediante establecimiento consisten, muy resumidamente, en los siguientes:

- Deducción en la cuota íntegra del 15% de los gastos de propaganda y publicidad para promocionar el acontecimiento, sujeto a determinados límites y requisitos que establece el artículo 27.

cuando éste sea una sucursal registrada en el Registro Mercantil y se cumplan los requisitos establecidos reglamentariamente.

- Deducción, de acuerdo con lo previsto en el artículo 21 Ley 49/2002, por las donaciones y aportaciones que realicen a favor del consorcio (órgano administrativo que se encarga de la ejecución del programa del acontecimiento de excepcional interés público). Adicionalmente, los programas y actividades relacionados con el acontecimiento que sean calificados como prioritarios de mecenazgo y realizados por las entidades beneficiarias del mecenazgo o por el consorcio gozarán de los porcentajes incrementados para deducción y límite previstos en el artículo 22 de la Ley 49/2002.

Las cantidades donadas a las fundaciones legalmente reconocidas que rindan cuentas al órgano del protectorado correspondiente y a las asociaciones declaradas de utilidad pública a que se refiere el artículo 68.3.b) Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio no dan derecho a deducción alguna en esta modalidad de tributación del IRNR.

Para terminar, lo señalado en el último párrafo del apartado 5.1 anterior para los contribuyentes sin establecimiento permanente se predica, igualmente, en relación con las donaciones y la eliminación de la doble imposición internacional en los contribuyentes con establecimiento permanente.

VI. ¿Hacia un Estatuto de la Fundación Europea?

1. *Estatuto de la Fundación Europea*

Desde hace varias décadas la comunidad internacional ha analizado la fiscalidad de las actividades internacionales de las entidades sin fin de lucro que realizan actividades de interés general y del mecenazgo transfronterizo¹². Este apartado se va a centrar en el tratamiento que esta materia ha tenido en los últimos años en el marco de la Unión Europea¹³, en concreto, en los aspectos fiscales del proyecto de Reglamento que aprueba un Estatuto de la Fundación Europea así como en la reacción del Tribunal de Justicia de la

¹² Para una revisión de la materia véase S. LÓPEZ RIBAS, «Aspectos internacionales del régimen fiscal de las entidades sin fin de lucro y del patrocinio», en S. MUÑOZ MACHADO, M. CRUZ AMORÓS y R. DE LORENZO GARCÍA, (dirs.), *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, Fundación ONCE y S. LÓPEZ RIBAS y J. M. UTANDE SANJUAN, «Fronteras Fiscales del Mecenazgo». Carta Tributaria. 19/2009, 1.ª quincena de noviembre. Editorial CISS.

¹³ Con anterioridad, el Parlamento Europeo adoptó en 1987 una Resolución en la que consideraba que los incentivos fiscales a las entidades sin fin de lucro que realizaban actividades de interés general estaban sobradamente justificados y proponía que fueran objeto de armonización.

Unión Europea ante el distinto tratamiento dado en la mayoría de las legislaciones tributarias europeas a las fundaciones y al mecenazgo intraeuropeo frente al dado a fundaciones y mecenazgo doméstico.

En octubre de 2010 se presentó la comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones titulada «Hacia un Acta del Mercado Único. Por una economía social de mercado altamente competitiva» con cincuenta propuestas para trabajar, emprender y comerciar juntos.

La propuesta número 37, en pro de un mercado único basado en una economía social altamente competitiva, contiene tres iniciativas para mejorar el entorno jurídico en el que se estructura una parte de las actividades de la economía social. Una de las iniciativas era que la Comisión presentase, antes de finalizar 2011, una iniciativa legislativa sobre el Estatuto de la Fundación Europea. Su necesidad se fundamentó en que la intensificación de las actividades de las fundaciones permite alcanzar ambiciosos objetivos en áreas en las que la creatividad y la innovación europeas son esenciales para la competitividad del mercado único en un entorno mundializado, especialmente en el campo de la investigación. Sin embargo, las diferentes legislaciones y cargas administrativas dentro de la Unión constituyen obstáculos que inhiben el desarrollo de las fundaciones en Europa lo que podría soslayarse mediante la creación del Estatuto de la Fundación Europea. La Comisión Europea presentó en 2012 un Reglamento para crear una forma jurídica europea, la fundación europea, que se aplicará exclusivamente a las fundaciones de utilidad pública, será opcional y coexistirá con el marco jurídico nacional de los Estados miembros, pudiendo constituirse como tal desde su creación o bien mediante conversión de una fundación nacional.

La Exposición de Motivos de la propuesta de Reglamento del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Fundación Europea (EFE)¹⁴ explica el estudio de viabilidad¹⁵ llevado a cabo por expertos externos y hecho público en 2008 que sugirió que el estatuto de la fundación europea, con independencia de que en él se abordasen o no las cuestiones tributarias, sería la opción preferible para dar respuesta a los problemas identificados. El Estatuto es avalado por el sector fundacional como un instrumento legal que dará unidad y coherencia a los procesos jurídico-administrativos, reducirá procedimientos y costes, eliminará incompatibilidades, permitirá obtener recursos

¹⁴ COM (2012) 35 final.

¹⁵ Feasibility Study on a European Foundation Statute.

y socios de otros Estados miembros y estimulará proyectos fundacionales paneuropeos.

Las otras opciones analizadas en el estudio de viabilidad fueron la «adopción de medidas» continuando con las iniciativas en curso, incluidos los procedimientos de infracción, y el trabajo en la esfera tributaria; la realización de una campaña informativa para mejorar el conocimiento que tenían las fundaciones del tratamiento de las operaciones transfronterizas en las diversas legislaciones nacionales, junto con la elaboración, por parte de las fundaciones, de una carta y sello de calidad europeo de las fundaciones para garantizar la fiabilidad de sus actividades; la elaboración de un estatuto de fundación europea sin abordar cuestiones tributarias y la armonización limitada de las disposiciones legales sobre las fundaciones, incluidas las Leyes que regulan el tratamiento fiscal de estas entidades y de sus donantes.

La Comisión celebró en 2009 una consulta pública sobre las recomendaciones del estudio de viabilidad en la que expresaron sus opiniones fundaciones, autoridades nacionales y organizaciones empresariales a la vez que mantuvo contactos con el Centro Europeo de Fundaciones. Tomando en consideración el estudio de viabilidad y los comentarios y preocupaciones de todos estos actores, la Comisión elaboró la propuesta de Reglamento optando por soluciones sobre las que pudiera llegarse más fácilmente a un compromiso dada la diversidad existente de Leyes nacionales.

En relación con la pluralidad legislativa existente en la Unión Europea, el problema general identificado en la evaluación de impacto, de acuerdo con la citada Exposición de Motivos, es que *«...la diversidad de normas nacionales en los ámbitos civil y fiscal hacen que las operaciones transfronterizas de las fundaciones resulten costosas y engorrosas y que, como consecuencia de ello, la canalización transfronteriza de fondos hacia fines de utilidad pública a través de las fundaciones sea una vía ampliamente infrautilizada»*.

Por todo lo anterior, la propuesta de Reglamento ha optado por abordar en el EFE cuestiones tributarias disponiendo, de acuerdo con su Exposición de Motivos, *«la aplicación automática a la fundación europea y sus donantes de las mismas ventajas fiscales que las otorgadas a las entidades nacionales de utilidad pública. Esto se debe a que se exigirá a los Estados miembros que consideren las fundaciones europeas como equivalentes a las entidades de utilidad pública constituidas en virtud de su propia legislación nacional. Los donantes y los beneficiarios de la fundación europea deben ser tratados de conformidad con ese mismo principio»*.

Así, el EFE regula en su Capítulo VIII el tratamiento fiscal de la fundación europea (art. 49), el tratamiento fiscal de los donantes de la fundación europea (art. 50) y el tratamiento fiscal de los beneficiarios (art. 51).

El artículo 49 relativo al tratamiento fiscal de la fundación europea (FE) establece lo siguiente:

«1. Con respecto a los impuestos sobre la renta y sobre las plusvalías, los impuestos sobre sucesiones y donaciones, los impuestos sobre bienes inmuebles, los impuestos sobre transmisiones y actos jurídicos documentados y otros gravámenes similares, el Estado miembro en el que tenga su domicilio social la FE aplicará a esta el mismo tratamiento fiscal que el que se aplique a las entidades de utilidad pública establecidas en ese Estado miembro.

2. Por lo que respecta a los impuestos a los que se refiere el apartado 1, los Estados miembros distintos de aquel en el que la FE tenga su domicilio social aplicarán a la FE el mismo tratamiento fiscal que el que se aplique a las entidades de utilidad pública establecidas en esos Estados miembros.

3. A efectos de los apartados 1 y 2, la FE se considerará equivalente a las entidades de utilidad pública constituidas en virtud del Derecho de los Estados miembros de que se trate».

El artículo transcrito establece la igualdad de trato a efectos fiscales en todos los impuestos para las fundaciones de cada Estado miembro y la FE. Esto implicará, en el marco de la imposición sobre la renta, por una parte, que las rentas domésticas y europeas obtenidas por una FE estén gravadas en cada Estado miembro en el Impuesto sobre Sociedades de la misma forma que se gravan tales rentas en las fundaciones nacionales y, por otra, que las rentas de origen europeo obtenidas por la FE estén gravadas en el país de la fuente por un Impuesto sobre la Renta de No Residentes o *withholding tax* equivalente al gravamen interno de esa renta cuando es obtenida por una fundación residente.

El contenido del artículo 49, sin entrar en el análisis de los aspectos sustantivos que se exigirán a la FE para poder aplicar este régimen ya que no es el objeto de este capítulo, resolvería las diferencias de tributación existentes entre las fundaciones españolas que están en el ámbito de aplicación de la Ley 49/2002 y aquellas europeas que, cumpliendo los requisitos exigidos por la Ley 49/2002, no pueden disfrutar de sus beneficios fiscales por no registrarse como delegaciones de fundaciones extranjeras en España. Ahora bien, la no discriminación que se consigue con el EFE sin necesidad de realizar un test de equivalencia con las fundaciones nacionales afecta a un sujeto fundacional concreto, que tiene una dimensión transfronteriza voca-

cional, la Fundación Europea, pero no afectará a las fundaciones nacionales que obtengan rentas o desarrollen actividades en otros Estados miembros y que no se hayan acogido a dicho Estatuto.

En cuanto a los donantes de la fundación europea, el tratamiento fiscal que regula el EFE persigue la misma igualdad de trato a nivel de beneficiarios que el comentado para las fundaciones. Así, el artículo 50 EFE establece que:

«1. En lo que respecta a los impuestos sobre la renta, sobre donaciones, sobre transmisiones y actos jurídicos documentados y otros gravámenes similares, toda persona física o jurídica que realice una donación a la FE, dentro o fuera del país en que esta se encuentre, estará sujeta al mismo tratamiento fiscal que el que se aplique a las donaciones realizadas a las entidades de utilidad pública establecidas en el Estado miembro en el que el donante tenga su residencia a efectos fiscales.

2. A efectos de lo previsto en el apartado 1, la FE beneficiaria de la donación se considerará equivalente a las entidades de utilidad pública constituidas en virtud del Derecho del Estado miembro en el que el donante tenga su residencia a efectos fiscales».

Al igual que en el caso de las fundaciones, este artículo equipara los incentivos fiscales que se deben conceder a los donantes de una FE con los que se conceden a los donantes de una fundación nacional, en particular, si la primera no está radicada en el país de residencia del donante. Sitúa, por otra parte, la concesión del beneficio fiscal por la donación otorgada a la fundación europea en el país de residencia del donante. Este artículo exigirá, probablemente, revisar la regulación actual de la deducción por donaciones en la normativa española para los contribuyentes del IRNR sin establecimiento permanente, de forma que tal deducción sea soportada, igualmente, por el Estado de residencia del donante, en la medida que haya sido realizada a favor de una fundación europea. Al igual que acontece con el artículo anterior, el artículo 50 EFE no resuelve la aplicación de incentivos fiscales a las donaciones que residentes en España efectúen a favor de una fundación residente en otro Estado miembro y no acogida al Estatuto.

Por último y aunque no es objeto de análisis en este trabajo se transcribe a continuación el artículo 51 EFE que regula, con la misma finalidad que los anteriores de no discriminación, la igualdad en el tratamiento fiscal de los beneficiarios de las actividades de la fundación europea. Así, dicho artículo dispone que *«Los beneficiarios de la FE estarán sujetos al mismo tratamiento, en lo que respecta a las subvenciones u otras prestaciones recibidas, que el que se aplicaría si estas hubieran sido concedidas por una entidad de utilidad pública establecida en el Estado miembro en el que el beneficiario tenga su residencia a efectos fiscales».*

2. Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Las dos sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJCE) que se indican a continuación, conocidas como Sentencia Centro de Musicología Walter Stauffer (2006) y Sentencia Perche (2009), han supuesto un punto de inflexión en el tratamiento fiscal de las entidades sin fin de lucro que realizan actividades de interés general y el mecenazgo en el ámbito de la Unión Europea¹⁶.

La Sentencia del TJCE de 14 de septiembre de 2006 en el caso Centro de Musicología Walter Stauffer abordó el régimen fiscal aplicable a una entidad sin fines lucrativos italiana cuyo objeto era la concesión de becas para financiar los estudios de musicología, fundamentalmente, a ciudadanos suizos. Esta entidad era propietaria de un inmueble en Alemania de cuyo arrendamiento obtenía rentas que destinaba a su fin fundacional. La normativa alemana declaraba exentas en el Impuesto sobre Sociedades las rentas de esa naturaleza obtenidas por fundaciones de utilidad pública domiciliadas en Alemania (sujetas, por tanto, al Impuesto por obligación personal), pero no se consideraban exentas si estaban sujetas por obligación real (equivalente al Impuesto sobre la Renta de No Residentes en España), lo que sucedía al Centro de Musicología Walter Stauffer por estar domiciliado en Italia.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de enero de 2009, Sentencia Persche, trae causa en una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal alemán en el curso de una controversia sobre la deducibilidad fiscal de una donación en especie realizada por un contribuyente alemán a favor de un organismo de utilidad pública reconocido, situado en Portugal. La Administración tributaria alemana denegó la deducción porque ésta solo procedía cuando el organismo beneficiario estaba establecido en Alemania y se justificaba mediante el correspondiente impreso oficial extendido por el beneficiario quien tiene que demostrar que su actividad se realiza para alcanzar los fines fiscalmente favorecidos lo que la Administración tributaria debe poder comprobar mediante inspección *in situ*. El órgano jurisdiccional alemán que dio por buena tal negativa se cuestionó, no obstante, si una donación en especie estaba comprendida en el ámbito de aplicación de los artículos 56 a 58 TCE y, si esto era así, se oponía a ellos que un Estado miembro permitiera la deducibilidad fiscal de la donación solo si el beneficiario estaba domiciliado en territorio nacional.

¹⁶ Esta materia sigue lo expuesto, dónde se trata con mayor detalle, en S. LÓPEZ RIBAS y J. M. UTANDE SANJUAN, «Fronteras Fiscales del Mecenazgo». Carta Tributaria. 19/2009, 1.ª quincena de noviembre. Editorial CISS.

En el examen de los dos casos anteriores, el TJCE llega a las conclusiones que se exponen resumidamente a continuación:

— En ambos casos la libertad comunitaria vulnerada es la libre circulación de capitales y no la de mercancías (como se planteaba en el caso Persche) ni la libertad de establecimiento (lo que se cuestionaba en el caso Centro de Musicología Walter Stauffer).

— Se reconoce la libertad de los Estados miembros para determinar los fines de las entidades no lucrativas que se deciden proteger e incentivar mediante beneficios fiscales, ya que esta materia se incardina en el espacio social y económico de cada Estado miembro y no en el de la Unión Europea. El Derecho comunitario exige la no discriminación por razón de residencia de las fundaciones pero permite que los Estados incentiven fiscalmente solo a las fundaciones que persigan los fines tipificados en su normativa interna.

— Se considera contrario al Derecho comunitario que un Estado miembro discrimine a una entidad no lucrativa por motivo de su residencia frente a otras domiciliadas en su territorio cuando ambas cumplan fines protegidos e incentivados por la legislación tributaria de dicho Estado.

— Se considera contrario al Derecho comunitario que la normativa de un Estado miembro en relación con las donaciones efectuadas a favor de organismos de utilidad pública sólo conceda la deducción fiscal a las donaciones efectuadas a favor de tales organismos si están establecidos en el territorio nacional, sin posibilidad de que el contribuyente (donante) demuestre que la donación entregada a un organismo establecido en otro Estado miembro cumple los requisitos exigidos en dicha normativa para la concesión de ese beneficio.

— Se desestiman los principios de beneficio y control defendidos por la doctrina administrativa y argumentados por los Estados miembros ante el TJCE para denegar incentivos fiscales a las donaciones a fundaciones residentes en otros Estados miembros, si bien se reconoce el derecho de los Estados miembros a una aplicación correcta y proporcional de su sistema tributario exijan al donante la justificación que consideren pertinente.

En este punto parece interesante recordar que las alegaciones presentadas en el caso Persche por diferentes gobiernos sostenían que la deducibilidad fiscal limitada a las donaciones en beneficio de organismos situados en su territorio no contradecía las disposiciones relativas a la libre de circulación por los siguientes motivos:

— Los organismos de utilidad pública nacionales y extranjeros no están en situación comparable ya que los Estados miembros pueden aplicar distin-

tos conceptos de beneficencia y diferentes requisitos para su reconocimiento; sólo pueden verificar que se respetan las exigencias y requisitos impuestos en el caso de organismos nacionales y, además, los Estados renuncian a parte de sus ingresos fiscales como consecuencia de la exención de las donaciones a favor de organismos de utilidad pública de su territorio porque estos últimos realizan actuaciones de interés público que, de otro modo, deberían realizar ellos con cargo a recursos tributarios.

— La limitación en la deducibilidad está justificada por la necesidad de garantizar la eficacia de los controles fiscales.

— El Estado miembro del donante no está obligado a recabar información ni por sí mismo ni por los mecanismos de asistencia mutua de la Directiva 77/799 y contradice el principio de proporcionalidad el hecho de que se le obligue a hacer comprobar el cumplimiento de los requisitos impuestos a los organismos de utilidad pública por cada donación que efectúen sus contribuyentes a favor de organismos situados en otros Estados miembros.

Estos argumentos fueron, como ya se ha señalado, rebatidos por el TJCE con las siguientes razones. En primer lugar, el TJCE consideró que la promoción de la consecución de fines de interés general por el sector no lucrativo mediante incentivos fiscales que conllevan una renuncia presupuestaria a cambio de que tales fines no se realicen por el Estado, no justifica que los incentivos no se concedan a organismos no establecidos porque no sea posible efectuar tal compensación presupuestaria, ya que según la reiterada Jurisprudencia, evitar la pérdida de ingresos fiscales no figura entre los objetivos del artículo 58 TCE. Sí se admite, sin embargo, la diferenciación cuando los organismos de otros Estados miembros persigan objetivos distintos de los establecidos en la legislación nacional (Sentencia Centro de Musicología Walter Stauffer).

En relación con la necesidad de preservar la eficacia de los controles fiscales, el TJCE entiende que para ello se debe respetar el principio de proporcionalidad y *«no puede excluirse a priori que el contribuyente pueda aportar los justificantes pertinentes que permitan a las autoridades tributarias del Estado miembro de tributación comprobar, de manera clara y precisa, la existencia y la naturaleza de los gastos realizados en otros Estados miembros»*. El TJCE considera que nada impide a las autoridades tributarias exigir al contribuyente que presente las pruebas que consideren necesarias para apreciar si se cumplen los requisitos de deducibilidad de la donación, asistiéndose de lo dispuesto en la Directiva 77/799 y aceptando que si la comprobación de los datos resulta especialmente difícil, incluso en el ámbito de dicha Directiva, nada impide que las autoridades fiscales interesadas denieguen la deducción solicitada si no se aportan

las pruebas que consideren necesarias para la correcta liquidación del impuesto.

Es reseñable que en el caso Centro de Musicología Walter Stauffer, la Comisión mantuvo la conveniencia de aplicar una concepción supranacional, a nivel europeo, del interés general pero ni la Abogada General ni el Tribunal la compartieron. En concreto, y en opinión de la Abogada General una concepción supranacional del interés general era «*bastante osada*» debido a «... *las incompletas competencias normativas de que dispone la Comunidad precisamente en el ámbito no económico*».

Una primera comparación de la doctrina del Tribunal de Justicia en esta materia y el contenido tributario propuesto en el EFE muestra que el Tribunal, a pesar de que desestima la no concesión de beneficios fiscales a las donaciones transfronterizas por razón de beneficio o control, no deja de subrayar la capacidad que deben tener las Administraciones tributarias para comprobar la procedencia de la deducción a tales donaciones. No hay que olvidar que las Administraciones tributarias tienen como mandato verificar la correcta aplicación de los sistemas tributarios y aunque dicha función la ejercen con base en competencias nacionales, asistidas por la normativa europea en materia de asistencia mutua e intercambio de información, no puede soslayarse que la fiscalidad de las donaciones a fundaciones europeas requerirá, asimismo, de adecuada verificación.

Para finalizar, no puede dejar de señalarse que algunos de los preceptos de la normativa tributaria española comentados relativos al régimen fiscal de las fundaciones y del mecenazgo no pasarían el tamiz de las conclusiones de las Sentencias del TJCE señaladas cuando se aplican a actividades transfronterizas en la Unión Europea¹⁷.

3. *Modificaciones normativas*

Como consecuencia de las Sentencias del TJCE señaladas en el apartado anterior así como de procedimientos de infracción abiertos por la Comisión Europea, países como Holanda, Polonia, Slovenia, Francia, Finlandia, Dinamarca, Bulgaria, Luxemburgo y Alemania, hasta el momento, han modificado su normativa para adaptarla a la doctrina del Tribunal, equiparando el tratamiento fiscal de las fundaciones y mecenazgo intraeuropeo al de fundaciones y mecenazgo nacionales.

¹⁷ *Vid.* epígrafe III.3 de este Capítulo.

En cuanto a la forma de llevar a cabo esta adaptación se destacan los aspectos procedimentales de la realizada por Luxemburgo para permitir el conocimiento y control preciso de las donaciones transfronterizas habiendo implantado un mecanismo para justificar la deducibilidad de las donaciones de sus residentes a instituciones sin fin de lucro reconocidas y situadas en otros Estados miembros de la Unión Europea, Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza, que sigue lo dictado por el TJCE.

Así, la Administración tributaria luxemburguesa considera que la Sentencia Persche no obliga a las autoridades fiscales de un Estado miembro a reconocer automáticamente un estatuto privilegiado a los organismos de utilidad pública establecidos en el extranjero sino que tienen derecho a controlar si las condiciones de elegibilidad impuestas por su país de residencia se cumplen efectivamente.

Para ello, se realiza un «test de equivalencia» de la organización de utilidad pública extranjera beneficiaria de la donación con las entidades de esa naturaleza residentes en Luxemburgo a través de un formulario (disponible en la Web en varios idiomas) en el que los representantes legales de la entidad beneficiaria certifican que se trata de una entidad jurídica constituida de acuerdo con las Leyes del Estado que proceda; que persigue directa, exclusivamente y sin ánimo de lucro una serie de fines de interés general que deben estar así calificados en el Estado del beneficiario; que la entidad está exenta de Impuestos sobre la Renta y Patrimonio en su país de residencia en el año en el que recibió la donación y que tal donación sería deducible para donantes residentes en dicho país y que se comprometen a remitir al donante una copia de los documentos de autorización fiscal de la organización. De igual forma, la Administración tributaria luxemburguesa señala que podrá recurrir a otros medios de control o requerir cualquier otra forma de justificación, reservándose el derecho de solicitar asistencia a las autoridades fiscales del Estado de residencia de la organización de acuerdo con la Directiva 77/799.

VI. Conclusiones

El TJCE, a través de las Sentencias (Centro de Musicología y Persche), ha fijado criterios claros para el tratamiento fiscal de las rentas de fuente europea obtenidas por fundaciones que persigan fines de interés general y del mecenazgo intraeuropeo, eliminado toda discriminación con la fiscalidad de la renta de las fundaciones y del mecenazgo nacionales y reconociendo, por otra parte, el derecho de los Estados a exigir al donante inter-

nacional la justificación que consideren pertinente para comprobar la equivalencia de instituciones y *status* fiscales tanto de la institución como de la donación.

Por su parte, la propuesta de Reglamento para un Estatuto de la Fundación Europea presentada por la Comisión en 2012 avanza en un tratamiento fiscal para las rentas y donaciones percibidas por la Fundación Europea constituida a su amparo, equiparable al que se dé a las rentas de fundaciones y donaciones en los distintos Estados miembros. La aprobación del EFE con el régimen fiscal que contiene en el momento de efectuar estos comentarios permitiría que aquellas fundaciones de vocación paneuropea que se constituyan o se transformen en el tipo jurídico «Fundación Europea» vean gravadas sus rentas bajo el régimen fiscal incentivado para fundaciones que esté vigente en el Estado miembro del que se trate, ya sea el de residencia o el estado de la fuente. De igual forma, los donantes de la FE recibirían los incentivos fiscales concedidos a las donaciones nacionales por el Estado miembro en el que residan lo que, sin duda, podría favorecer la financiación de los proyectos paneuropeos que aquellas fundaciones emprendan. El EFE se ciñe, por tanto, a un sujeto privilegiado y ampliamente reconocido por todas las legislaciones civiles y tributarias de los Estados miembros, cual es la fundación con fines de interés general sometida a ciertos controles o supervisión administrativa. En este sentido, la aprobación del EFE supondría un avance no desdeñable. Cabe añadir que, en nuestra opinión, los mecanismos de comprobación por las Administraciones tributarias de las donaciones incentivadas al amparo del EFE habrán de seguir las líneas señaladas por el TJCE, fundamentalmente, en la Sentencia Persche.

Ahora bien, dada la diversidad institucional del sector no lucrativo que persigue fines de interés general en Europa, el EFE no resuelve todos los casos de discriminación en el tratamiento fiscal de las rentas internacionales, de las entidades sin fin de lucro, ni del mecenazgo intraeuropeo. Por ello, tal vez no deba descartarse que en el seno de la Unión Europea se abran nuevos procedimientos de infracción¹⁸ o se planteen nuevos casos ante el TJCE que busquen resolver casos de discriminación concretos que no se vean amparados por el EFE y que la solución de estos casos conlleve nuevas reformas tributarias unilaterales. Estas reformas unilaterales también podrían beneficiar

¹⁸ En el momento de concluir estas notas, la Comisión ha iniciado la primera fase (remisión de carta concediendo un período para que el país responda satisfactoriamente) de un procedimiento de infracción contra España por la tributación de dividendos pagados a fundaciones europeas. Este procedimiento trae causa en una denuncia presentada en 2010 contra España, Francia, Italia, Alemania, Finlandia y Suecia.

al tipo jurídico «Fundación Europea», mediante la inclusión de dicha institución entre las incentivadas en la legislación tributaria del Estado miembro y lo mismo cabe señalar en relación con los incentivos fiscales concedidos a los donantes de la Fundación Europea.

Fundaciones y crisis económica. Concurrencia de causas de extinción y destino del patrimonio fundacional¹

Ernesto Vidal Llarío

Abogado asociado del bufete BROSETA Abogados
Doctorando en Derecho Mercantil por la Universitat de València

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. SITUACIONES DE CRISIS COMO CAUSA DE EXTINCIÓN LEGAL DE UNA FUNDACIÓN: 1. *Contexto económico y fundacional de crisis*. 2. *Concurrencia legal de causas de extinción*. III. DESTINO DEL PATRIMONIO FUNDACIONAL: 1. *Marco legal regulatorio del patrimonio fundacional*. 2. *Requisitos legales del destinatario de los bienes*: A) Entidad no lucrativa privada. B) Que persigan fines de interés general. C) Tener afectados sus bienes a la realización de fines de interés general incluso en el caso de su propia disolución.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA

I. Introducción

La crisis económica y financiera iniciada en 2008, no se ha limitado a ser un simple accidente o inflexión del ciclo económico, sino que por el contrario, ha afectado a la mayoría de instituciones tanto económicas como sociales, que en tantos hechos jurídicos ha puesto en muchas ocasiones a prueba el marco normativo en el que se desarrollan. Así, respecto a las primeras, las instituciones económicas, los efectos han sido múltiples, más variados e intensos, las situaciones concursales se han multiplicado, se ha reestructurado el sistema financiero y se han regulado nuevas formas de afrontar las situaciones de crisis por parte de todos los operadores económicos. Pero respecto de las segundas, las instituciones sociales, entre las que cabe englobar a las fundaciones, la crisis económica también se ha manifestado, teniendo una importante repercusión en sus actividades diarias, en su situación fundacional o en el régimen de extinción, repercusiones para las que el marco regulatorio en el que actúan no estaba especialmente preparado.

¹ Con la colaboración de Manuel FELIU REY, Profesor Titular de Derecho Civil en la Universidad Carlos III de Madrid, Director de la Cátedra ASGECO de derechos de los consumidores, y asesor académico en el despacho BROSETA Abogados.

Ante esta situación, cada vez son más las fundaciones que han visto reducida su capacidad económica hasta el punto de no poder realizar las actividades para las que fueron constituidas, entrando por tanto en una de las causas de extinción previstas en la normativa de fundaciones, que regula muy escuetamente estas situaciones. Al análisis legal de este tipo de situaciones dedicaremos la primera parte del estudio, en el que trataremos la incidencia de la crisis como causa de extinción legal de una fundación. En segundo lugar, analizaremos la posibilidad de que los bienes que integran el patrimonio de una fundación sean destinados a una asociación de carácter empresarial.

II. Situaciones de crisis como causa de extinción legal de una fundación

1. Contexto económico y fundacional de crisis

Son numerosas las fundaciones que durante los últimos ejercicios económicos están haciendo constar en las correspondientes memorias económicas aprobadas por los patronatos que no han recibido donaciones o ingresos, y que no lograron conseguir ningún otro tipo de ingresos para soportar su actividad. Ello suele provocar que se incurra en pérdidas que en los casos más habituales se acuerdan destinar a «resultados negativos de ejercicios anteriores»².

En el actual contexto económico de crisis, desde el sector privado se han reducido las aportaciones y donaciones a las fundaciones, pero también desde el sector público se han producido recortes en subvenciones, así como en otras fuentes de ingresos públicos, por lo que a las fundaciones cada vez más se les hace imposible percibir ningún ingreso para la realización de proyectos propios de su objeto, o suscribir ningún tipo de convenio de colaboración en actividades de interés general. Así, *«ante la situación económica adversa del entorno y a la insuficiencia de ingresos, las actividades de las fundaciones son necesariamente nulas o de imposible realización, no pudiendo desarrollar las actividades o fines fundacionales previstos en sus estatutos»*.

Ello implica que en la actualidad, cada vez son más las fundaciones que ni tienen ni pueden conseguir los recursos necesarios para poder llevar a cabo las actividades deseadas y designadas en sus objetivos. Además, cuanto

² Es especialmente importante tener en cuenta los efectos contables y patrimoniales de la reiterada incursión en pérdidas, ya que suponen un deterioro continuado y reducción del patrimonio neto de la fundación.

más se prolongue la falta de recursos, más aumentan las pérdidas en las que incurren, siendo para ello necesario la adopción de medidas que eviten esta situación.

2. *Concurrencia legal de causas de extinción*

Es en este escenario, en el que deben valorarse las posibilidades, requisitos y condiciones necesarias para la extinción de una fundación por causas económicas que imposibilitan el desarrollo de actividades y de consecución del fin fundacional.

Para ello debe partirse de lo dispuesto en el artículo 39 del Código Civil, que disciplina con carácter general la extinción de las personas jurídicas según sigue:

«Si por haber expirado el plazo durante el cual funcionaban legalmente, o por haber realizado el fin para el cual se constituyeron, o por ser ya imposible aplicar a éste la actividad y los medios de que disponían, dejasen de funcionar las corporaciones, asociaciones y fundaciones, se dará a sus bienes la aplicación que las leyes, o los estatutos, o las cláusulas fundacionales, les hubiesen en esta previsión asignado. Si nada se hubiere establecido previamente, se aplicarán esos bienes a la realización de fines análogos, en interés de la región, provincia o municipio que principalmente debieran recoger los beneficios de las instituciones extinguidas».

Esta regulación genérica que prevé nuestro Código Civil para todas las personas jurídicas debe completarse y concretarse para cada clase o tipología de entes jurídicos según lo previsto en la normativa específica para las mismas, que en el caso de la regulación de la extinción de fundaciones encuentra su base legal en el artículo 25 Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones³ (en adelante, «LF»), y en sus artículos 31 y 32, que determinan las causas y las formas de extinción de las fundaciones.

³ En función del ámbito de actividad de cada fundación, que vendrá determinada por los estatutos de las mismas y por el Registro de Fundaciones en los que estén inscritas, la regulación aplicable a las mismas será la nacional o la correspondiente Ley autonómica.

En el caso de la Comunidad Valenciana, este régimen queda sujeto a la Ley 8/1998, de 9 de septiembre, de Fundaciones de la Comunidad Valenciana (LFCV), *Diario Oficial de la Generalitat Valenciana*, 11 de diciembre de 1998, núm. 3.391, p. 19.672, que regula en el Capítulo V del Título I, la modificación, fusión, extinción y liquidación de las mismas, que en este punto contiene una remisión a la Ley de Fundaciones.

El artículo 31 de la LF ha establecido con carácter tasado las seis causas⁴ admitidas en Derecho⁵ que pueden ser la base para la extinción de las mismas:

- La expiración del plazo para el que fueron constituidas.
- La realización íntegra del fin fundacional.
- Por imposibilidad de realización del fin fundacional.
- Por fusión.
- Por causas previstas en el acto constitutivo o en estatutos.
- Por otras causas establecidas en las leyes.

Ante las situaciones expuestas de crisis económica, falta de recursos e imposibilidad de conseguirlos debe analizarse la concurrencia de la causa de imposibilidad de realización del fin fundacional⁶.

Esta premisa para la extinción impuesta por la Ley, puede ser de carácter físico o jurídico⁷, que en su primer caso puede englobar las situaciones como la aquí descrita de falta de recursos y financiación suficiente para desarrollar los fines y actividades fundacionales. En este sentido, se entiende incluida también los casos en que se ha agotado el patrimonio de la fundación, o

⁴ Es comúnmente admitida en la doctrina la clasificación de las mismas entre las causas voluntarias [apartados a) y e) del art. 31 LF] y las causas legales [apartados b), c), d) y f) del art. 31 LF].

Véase al respecto MARTÍ LACALLE, R., «Artículo 31. Causas de extinción», en *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 812 y ss.

⁵ Recientemente, el artículo 36.4 de la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias, *Boletín Oficial del Estado*, de 28 de diciembre de 2013, núm. 311, p. 105.878, ha incluido un nuevo supuesto de extinción para fundaciones bancarias. En el caso de las fundaciones ordinarias que adquieran una participación en una entidad de crédito que alcance determinados umbrales, se les obliga a transformarse en fundaciones bancarias en un plazo de seis meses. En el caso de que no hayan ejecutado la transformación en dicho plazo, el artículo establece que «se producirá la extinción de la fundación y la apertura del procedimiento de liquidación, que se realizará por el patronato de la fundación bajo el control del Protectorado».

⁶ Merece destacar cómo en este punto la redacción de la LF difiere de la que prevé el Código Civil, en el sentido de que mientras que éste habla de «ser ya imposible aplicar a éste [el fin fundacional] la actividad y los medios de que disponían», la LF habla de «imposibilidad de realización del fin fundacional». En este caso, la LF permite aplicar un concepto más abierto o genérico que permite incluir una mayor cantidad de supuestos o situaciones que pueden quedar amparadas como causa de extinción de una fundación, ya que de la dicción literal del Código Civil podría llegar a entenderse que se toma como presupuesto el hecho de que habiendo patrimonio, éste no puede aplicarse al fin fundacional.

⁷ VALERO AGÚNDEZ, U., *La Fundación como forma de empresa*, Sever-Cuesta, Valladolid, 1969, p. 451.

queda tan disminuido⁸ que se hace imposible el desarrollo normal de las actividades programadas.

El requisito de imposibilidad de realización del fin fundacional se concreta en que sea una situación nacida con posterioridad al nacimiento de la fundación (como es el caso, ya que la falta de recursos y su entrada en pérdidas han aparecido varios años tras su constitución) y que no se pueda superar mediante los mecanismos legales previstos en los artículos 29 y 30 LF (requisito que también se cumple porque es más que evidente que las causas que aquejan a estas fundaciones son todas ellas de índole no jurídica sino económica, por lo que cualquier modificación estatutaria⁹ carece de sentido para superar la imposibilidad de realización del fin fundacional).

Un aspecto importante a tener en cuenta para acreditar formalmente y dejar constancia de este tipo de situaciones de falta de medios económicos y estructura para llevar a cabo sus actividades es dejar constancia de ello en las memorias económicas que apruebe el patronato y ratificadas por el protectorado.

La Jurisprudencia sobre la concurrencia de causas económicas para la extinción expresamente ha admitido situaciones prácticamente idénticas a las analizadas. Así, por ejemplo, el Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Valencia, en un Auto¹⁰ de 19 de enero de 2002 admitía en su fundamento jurídico tercero, que:

«Es claro, que en este orden de cosas, que (...) no habiéndose acreditado actividad alguna en los últimos años (...) todo ello debe llevar a concluir la evidencia de la imposibilidad de realización de los fines fundacionales».

⁸ Ya con anterioridad a la aprobación de las vigentes leyes de fundaciones, la doctrina más autorizada analizó este tipo de situaciones a la luz de las causas de extinción. Véase al respecto DURÁN RIVACOBA, R., *El negocio jurídico fundacional*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 208 y 212; CAFFARENA LAPORTA, J., «Modificación de los estatutos de la fundación. Artículo 29», en *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Mecenazgo*, Iustel-Fundación ONCE, Madrid, 2005, pp. 413 y ss.

⁹ Al respecto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 613/2011, de 28 de octubre, analiza la extinción de una fundación, y desestima la alegación de una de las partes, que pedía que se modificara el cometido de la misma para adaptarlo a las necesidades actuales. Concluye dicha Sentencia en que la fundación estaba incurso en una de las causas previstas por la Ley de Fundaciones para proceder a su extinción y que ello prevalece sobre la modificación estatutaria.

¹⁰ En el auto citado, por parte de los servicios jurídicos de la Generalitat Valenciana se había interpuesto una demanda de procedimiento incidental contra el patronato de una determinada fundación instando a que se dictase resolución apreciando la concurrencia de causas de extinción de la misma, por lo que tras analizar la situación económica y fundacional (desconocimiento de su patrimonio, no aceptación del cargo de patronos, etc.), se declara la imposibilidad de la realización de los fines fundacionales y la extinción de la misma.

Sobre la falta de recursos propios para afrontar los gastos más esenciales de mantenimiento y subsistencia de la fundación se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo 215/2005, de 17 de junio, que en su fundamento jurídico 1.º concluye que:

«la incapacidad económica de la entidad demandada para asumir mínimamente los costes de mantenimiento y reforma del único bien de la Fundación (...) por lo que es procedente la estimación de la causa de extinción alegada en la demanda».

Al tratarse del acto jurídico más importante que puede realizar una fundación, es normal que la Ley exija como norma general, que concurran las voluntades de extinción del patronato y del protectorado. En este caso, la extinción de la fundación requerirá acuerdo del patronato ratificado por el protectorado¹¹.

La extinción, no supondrá la realización de un único y concreto acto jurídico, sino que implicará un proceso de apertura de un período de liquidación de bienes y derechos, previo a su transmisión a otras entidades.

III. Destino del patrimonio fundacional

1. Marco legal regulatorio del patrimonio fundacional

La segunda de las cuestiones objeto de análisis trata de determinar la viabilidad de que el patronato de una fundación acuerde el destino del haber fundacional a una asociación de carácter empresarial.

Por ello, es clave el artículo 33.2 LF, que determina que:

«2. Los bienes y derechos resultantes de la liquidación se destinarán a las fundaciones o a las entidades no lucrativas públicas o privadas que persigan fines de interés general y que tengan afectados sus bienes, incluso para el supuesto de su extinción, a la consecución de aquéllos, y que hayan sido designados en el negocio fundacional o en los Estatutos de la fundación extinguida. En su defecto, este destino podrá ser decidido, en favor de las mismas fundaciones y entidades mencionadas, por el patronato, cuando tenga reconocida esta facultad por el fundador, y, a falta de esa facultad, corresponderá al Protectorado cumplir ese cometido».

Así, podemos desglosar el destino de los bienes y derechos en dos alternativas:

¹¹ Un análisis de las funciones del protectorado en relación con la extinción de una fundación, puede consultarse en CUÑAT EDO, V., «Artículo 35. Funciones del Protectorado», en *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 863 y ss.

a) Casos en los que la fundación ha previsto en sus estatutos o negocio fundacional, que los bienes y derechos sean destinados a determinados destinatarios (que deberán ser entidades que persigan fines de interés general)¹².

b) Casos en los que la fundación no tiene previsto el destino de los bienes, por lo que se aplica el régimen legal previsto: los bienes y derechos resultantes de la liquidación se destinarán a decisión del patronato (siempre que el fundador le haya reconocido esta facultad¹³):

- A las fundaciones o a las *entidades no lucrativas privadas*.
- Que persigan *fines de interés general*.
- Que tengan *afectados sus bienes*, incluso para el supuesto de su disolución, *a la consecución de los fines de interés general*.

En concreto, a continuación se analizará el destino que el patronato puede dar a los bienes y derechos resultantes de la liquidación en aquellos casos en los que tenga reconocida esta facultad sin ninguna concreción o previsión adicional en cuanto al destino, dado que se trata de una previsión estatutaria muy frecuente en el ámbito fundacional. Dado que esta decisión no puede realizarse de forma totalmente libre, sino que deberá cumplir los tres requisitos legalmente establecidos para cumplir por el beneficiario de los bienes, es necesario definir el alcance exacto de estos límites de actuación del patronato para determinar las concretas funciones y ámbito de libertad en la toma de decisiones en la fase de liquidación de una fundación. El alcance de estos límites legales adquiere mayor importancia en la medida en que son obligaciones de aplicación al destino del patrimonio remanente de una fundación tanto en los casos en los que el propio fundador haya querido determinarlo en el negocio constitucional de la fundación¹⁴ (o en modificaciones a sus

¹² Un completo análisis del margen de actuación del fundador en la determinación del destino del remanente del patrimonio fundacional puede verse en TRAPIELLA NIETO, I., *Constitución y extinción de fundaciones*, REAL PÉREZ, A. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 266 y ss.

¹³ El reconocimiento de estas facultades debe estar necesaria y expresamente previsto en la misma escritura fundacional o en los estatutos o cláusulas fundacionales. GONZÁLEZ CUETO, T., *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2003, p. 259.

¹⁴ Es claro que el propio fundador también deberá adaptar su voluntad fundacional a lo dispuesto en el artículo 33 de la LF, pero este modo de fijación *ex ante* del destino del patrimonio remanente de la fundación deberá pasar un control previo de legalidad al inscribir los estatutos fundacionales en el correspondiente registro de fundaciones, lo que no ocurre en el caso que analizamos, en el que el patronato debe actuar con sujeción a lo dispuesto en el artículo 33 LF pero con un control de su actuación posterior por parte del protectorado. Para un análisis más detallado de estas situaciones, véase REAL PÉREZ, A. y PIÑAR MAÑAS, J. L., *Derecho de fundaciones y voluntad del fundador: estudio, desde la evolución del derecho español de fundaciones*,

estatutos) como en los caso en los que el patronato deba decidir este este destino por no haberse pronunciado el fundador.

2. *Requisitos legales del destinatario de los bienes*

A) *Entidad no lucrativa privada*

Analizamos a continuación la situación de las asociaciones de carácter empresarial y el cumplimiento de los mismos.

Las asociaciones de carácter empresarial son sin duda entidades de carácter privado, en la medida en que:

a) Están sujetas a la Ley 19/1977, reguladora del derecho de libertad sindical y asociaciones profesionales, lo cual determina el carácter intrínsecamente privado de sus miembros, excluyéndose legalmente la participación en la misma de las Administraciones Públicas.

b) Al definirse los requisitos para ser miembro de las mismas, se restringe a federaciones empresariales, asociaciones de empresas, colegios profesionales de naturaleza empresarial y empresas.

Tienen carácter no lucrativo debido a que según el artículo 1.2 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación¹⁵,

del régimen jurídico de la voluntad del fundador en la Constitución de 1978 y en la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, Marcial Pons, Madrid, 2000.

¹⁵ En este punto es de especial interés detallar la aplicación de la Ley Orgánica 1/2002, reguladora del Derecho de Asociación a las asociaciones empresariales, *Boletín Oficial del Estado*, de 26 de marzo de 2002, núm. 73, p. 11.981. Aunque las organizaciones empresariales están sujetas al régimen previsto en la Ley 19/1977 sobre el derecho de asociación sindical, *Boletín Oficial del Estado*, de 4 de abril de 1977, núm. 80, p. 7.510; y al Real Decreto 873/1977 sobre depósito de los estatutos de las organizaciones constituidas al amparo de la Ley 19/1977, reguladora del derecho de asociación sindical, *Boletín Oficial del Estado*, de 28 de abril de 1977, núm. 101, p. 9.168, éste es muy escueto, dejando numerosas lagunas que deben suplirse mediante la aplicación subsidiaria de otras normas. Por ello, ha sido debatido doctrinalmente si es posible la aplicación o no de la Ley Orgánica 1/2002, que por una parte en su artículo 1.3 excluye de su aplicación a las organizaciones empresariales y se remite a las normas especiales, y por otra parte, en su disposición adicional segunda, fija su carácter supletorio respecto de cualquier tipo de asociaciones que incidan en el artículo 22 de la Constitución.

Este debate ha sido definitivamente zanjado mediante la Sentencia del Tribunal Constitucional 52/1992, de 8 de abril, *Boletín Oficial del Estado*, de 13 de mayo de 1992, núm. 115, p. 2, donde se afirma en términos absolutamente concluyentes que «*la sindicación de empresarios (términos antagónicos) se sitúa extramuros del artículo 28.1 de la Constitución, encontrando su acomodo en la genérica libertad de asociación del artículo 22 de la misma*». Vid. al respecto también la Sentencia del Tribunal Constitucional 75/1992, de 14 de mayo, *Boletín Oficial del Estado*, de 16 de junio de 1992, núm. 144, p. 12.

incluye dentro de su ámbito de aplicación a todas las asociaciones que «no tengan fin de lucro».

B) *Que persigan fines de interés general*

Las actividades de las asociaciones de carácter empresarial en defensa del interés general las encontramos entre otros en sus estatutos, y se pueden agrupar en:

a) El fomento y defensa de la economía de mercado, así como el desarrollo económico sostenible en beneficio del interés general, mediante recomendaciones y propuestas de actuación en materia socioeconómica, lo cual constituye la base para la aplicación y consecución de los artículos 38 y 128 de la Constitución.

b) El fomento en el progreso de las técnicas de dirección de empresas mediante la realización de estudios y la difusión de los medios de formación.

c) La promoción del desarrollo de la investigación e innovación tecnológica en las empresas.

d) El fomento de una formación de calidad.

Asimismo, en el artículo 32.1.a) de la Ley Orgánica 1/2002¹⁶ se contiene una definición de interés general en los siguientes términos:

«a) *Que sus fines estatutarios tiendan a promover el interés general, en los términos definidos por el artículo 31.3 de esta Ley, y sean de carácter cívico, educativo, científico, cultural, deportivo, sanitario, de promoción de los valores constitucionales, de promoción de los derechos humanos, de asistencia social, de cooperación para el desarrollo, de promoción de la mujer, de promoción y protección de la familia, de protección de la infancia, de fomento de la igualdad de oportunidades y de la tolerancia, de defensa del medio ambiente, de fomento de la economía social o de la investigación, de promoción del voluntariado social, de defensa de consumidores y usuarios, de promoción y atención a las personas en riesgo de exclusión por razones físicas, sociales, económicas o culturales, y cualesquiera otros de similar naturaleza».*

Es claro por ello, la reiterada correspondencia entre los fines de las asociaciones de carácter empresarial y la definición legal de interés general.

Para un estudio más en detalle de la cuestión véase ESTEVE SEGARRA, A., *Las Asociaciones Empresariales: Régimen Jurídico y Representatividad*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2003.

¹⁶ En términos prácticamente idénticos se expresa el artículo 33.1.a) de la Ley 14/2008, de 18 de noviembre, de Asociaciones de la Comunitat Valenciana, *Diario Oficial de la Generalitat Valenciana*, de 25 de noviembre de 2008, núm. 5.900, p. 87.872, para definir el interés general como requisito para que una asociación pueda ser declarada de utilidad pública.

C) *Tener afectados sus bienes a la realización de fines de interés general incluso en el caso de su propia disolución*

La afectación de los bienes de una asociación de carácter empresarial a la realización de fines de interés general en caso de disolución, puede estar determinada de modo indirecto, ya que en sus estatutos pueden establecer que al remanente se le dará el destino que acuerde su Asamblea General. Ésta, como ya se ha analizado anteriormente¹⁷, al estar sujeta al régimen general de asociaciones, sólo podrá darles el destino de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 33.2 de la LF de que en los estatutos de la entidad receptora se fije la afectación de los bienes resultantes de la liquidación de una fundación, debe examinarse también a la luz de lo dispuesto en el artículo 7.2.k) de la Ley Orgánica de Asociaciones, que establece entre las menciones que deben contener los estatutos de una asociación:

«Las causas de disolución y destino del patrimonio en tal supuesto, que no podrá desvirtuar el carácter no lucrativo de la entidad».

De lo dicho se desprende, que aunque en los estatutos de una asociación de carácter empresarial no se haya fijado el destino de sus bienes, éstas no podrían aprobar en ningún caso un precepto estatutario que establezca el reparto o destino de sus bienes a los socios u otras finalidades que no sean las de su objeto social, ya que ello supondría una contravención flagrante del artículo 7.2.k) de la Ley Orgánica de Asociaciones.

En este sentido, la doctrina¹⁸ al analizar el citado artículo 7.2.k) de la Ley Orgánica de Asociaciones aclara que:

«los recursos y beneficios no pueden tener otro destino que el cumplimiento de los fines asociativos, tal como resulta de la prohibición que, acorde con la naturaleza de las asociaciones, establece el artículo 13 Ley Orgánica de Asociaciones».

Los mismos autores, continúan su estudio, y al comentar el artículo 13 son tajantes al afirmar que:

«el fin no lucrativo exige que esos beneficios sean destinados exclusivamente al cumplimiento de sus fines, permitiéndole en su caso extender su ámbito. Y en el supuesto de disolución de la asociación, los bienes sobrantes, después de liquidar el patrimonio y pagar a los acreedores, serán aplicados a los fines previstos en los estatutos. (...) La interdicción de repartos es absoluta. No caben “en ningún caso”.

¹⁷ Véase al respecto la nota núm. 11.

¹⁸ GONZALEZ PÉREZ, J. y FERNÁNDEZ FARRERES, G., *Derecho de Asociación. Comentarios a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo*, Civitas, Madrid, 2002, p. 199.

Y la norma específica los prohíbe, no sólo entre asociados, sino también entre cónyuges o personas que convivan con los asociados o entre sus parientes».

Otros autores¹⁹, insisten en la misma línea, al afirmar que:

«La ausencia de lucro que caracteriza a las asociaciones impide la posibilidad de hacer distribución entre los socios del patrimonio social existente en el momento de la disolución».

Ello supone que las asociaciones de carácter empresarial no pueden restituir el patrimonio a sus socios, ni mucho menos entregarse a terceros ajenos a la misma.

Otro sector doctrinal (García-Trevijano y López-Nieto), han concretado también que aunque los estatutos de la asociación ordenaran que el destino del patrimonio fuera el reparto entre los socios, ello no sería admisible, ya que supondría *«una desviación de la finalidad propia de estas personas jurídicas»* y añade que admitir esta posibilidad sería conseguir la misma finalidad que se consigue con una sociedad (de capital).

La posibilidad de que una asociación de carácter empresarial, disponga de su patrimonio aún antes de su disolución, debe analizarse a la luz del régimen general sobre el destino del patrimonio de las asociaciones y su afectación a sus fines asociativos. Por ello, lo primero es recordar el mandato legal del artículo 13.2 Ley Orgánica de Asociaciones, que al tratar el régimen de actividades establece que:

«2. Los beneficios obtenidos por las asociaciones, derivados del ejercicio de sus actividades económicas, incluidas las prestaciones de servicios, deberán destinarse, exclusivamente, al cumplimiento de sus fines, sin que quepa en ningún caso su reparto entre los asociados ni entre sus cónyuges o personas que convivan con ellos con análoga relación de afectividad, ni entre sus parientes, ni su cesión gratuita a personas físicas o jurídicas con interés lucrativo».

En segundo lugar, es especialmente importante el dictamen previo que realizó el Consejo de Estado, de 9 de mayo de 2001, sobre la Ley Orgánica de Asociaciones, que ya advertía en su considerando VII (párrafo 33) que:

«Es tradicional e integra la esencia del asociacionismo que el patrimonio no sea repartido entre los asociados. Se trata de la inserción de un elemento final en la relación jurídica de asociación, que la modula a modo de fin y que impone una asignación del mismo al patrimonio una vez disuelta. En las sociedades civiles (como en las mercantiles) o en las formas de copropiedad, el ejercicio del derecho de diso-

¹⁹ LÓPEZ-NIETO Y MALLO, F., *La ordenación legal de las asociaciones*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 496.

lución parcial (separación) o la disolución, comporta la liquidación y atribución del patrimonio a los miembros o socios; en la asociación, no. Puede tener la misma una duración por tiempo determinado, pero su fin es indefinido, en principio y pervive. Por ello conviene precisar esa prohibición, así como que el fin puede ser cumplido de modo análogo, aplicando los bienes restantes a otros similares, caso de disolución. En los términos en que está redactado (“que no podrá desvirtuar el carácter no lucrativo”) puede resultar insuficiente (en el régimen del Código Civil la libertad de asignar destino estatutariamente a los bienes caso de disolución venía acompañada de la necesidad de un acto formal de reconocimiento administrativo, o de la aplicación del régimen de la sociedad civil); ahora no es así, y por ello convendría precisar que el destino de los bienes debe respetar la finalidad de la asociación, o utilizar una fórmula similar».

Este pronunciamiento del Consejo de Estado es especialmente importante en dos sentidos: (1) porque a falta de jurisprudencia que interprete estos aspectos de la Ley Orgánica de Asociaciones es un criterio interpretativo de referencia y autoridad incuestionable, y (2) porque el pronunciamiento del Consejo de Estado no indica una opción legislativa que no ha sido atendida, sino que es para mayor claridad y rigor técnico de la norma.

De todo ello, cabe necesariamente concluir que durante la vida de las asociaciones de carácter empresarial el patrimonio queda afecto y destinado a la realización de sus fines sociales por el mandato legal del artículo 13 Ley Orgánica de Asociaciones (y precisado en el mismo sentido por la doctrina) y que en caso de extinción de una asociación de carácter empresarial, el destino de su patrimonio queda igualmente afecto a la realización de los mismos fines y actividades también por mandato legal del artículo 7.1.k) de la misma norma (que además impide que una asociación de carácter empresarial establezca en sus estatutos un destino diferente a los mismos).

Finalmente, para los casos en los que una asociación de carácter empresarial sea la fundadora de una fundación, este análisis debe completarse atendiendo a la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que se ha pronunciado sobre la posible reversión a favor del fundador de los bienes de una fundación en su Sentencia 341/2005, de 21 de diciembre²⁰. En el supuesto de hecho se analizaba la constitucionalidad de una norma autonómica (concretamente de la Comunidad Autónoma de Madrid) que preveía que «A los bienes y derechos resultantes de la liquidación de una fundación extinguida se les dará el destino previsto por el fundador», sin prohibir expresamente por tanto la po-

²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 341/2005, de 21 de diciembre, *Boletín Oficial del Estado*, de 20 de enero de 2006, núm. 17. p. 40.

sibilidad de reversión a favor del fundador. En este caso, el Tribunal Constitucional establece:

«Lo que los recurrentes imputan realmente al precepto autonómico recurrido es que no prohíba expresamente el establecimiento de cláusulas de reversión de los patrimonios fundacionales, es decir, que en su tenor literal no limite esa capacidad de elección del fundador. El análisis de esta posible causa de inconstitucionalidad ha de partir de nuestra doctrina, antes reproducida, sobre el derecho de fundación y de que tal prohibición tampoco se explicita en la normativa dictada al amparo del art. 149.1.1 CE, teniendo en cuenta el principio tantas veces reiterado que propugna la interpretación conforme a la Constitución de los preceptos legales (por todas STC 24/2004, de 24 de febrero, F. 6).

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

En definitiva, la omisión que, como ya hemos dicho, los recurrentes denuncian como causa de inconstitucionalidad del art. 27.2 de la Ley de fundaciones de la Comunidad de Madrid, no puede entenderse que permite al fundador hacer previsiones, para después de la extinción de la fundación, que ignoren o contradigan la finalidad de interés general que la Constitución impone como esencia de la natura-

leza jurídica de la institución y que, a su vez, se establece también en el Código Civil, en la Ley estatal de fundaciones y en la propia Ley autonómica impugnada».

Atendiendo a la doctrina constitucional establecida según la citada Sentencia, la prohibición de la reversión no es un elemento esencial del derecho de fundación²¹. En consecuencia, para verificar qué incidencia tiene el hecho de que una asociación de carácter empresarial fuera la entidad fundadora de una fundación que se pretende extinguir se tendrá que analizar, en primer lugar, que dicha reversión no está prohibida por la legislación vigente; en segundo lugar, que la entidad beneficiaria de dicha reversión cumple con los requisitos para ser considerada como entidad sin ánimo de lucro cuyos bienes están afectos permanentemente a fines de interés general; y finalmente, que con motivo de la liquidación no se le entreguen bienes o derechos distintos de aquellos que aportó.

En relación al primer punto, el artículo 33.2 de la LF ni prevé ni prohíbe expresamente la reversión, simplemente establece que los bienes se entregarán a la entidad designada por el fundador en el negocio fundacional o en los Estatutos, o bien a la entidad designada por el patronato o el Protectorado. Es cierto que no se contiene una previsión expresa como la incluida en el artículo 33.3 LF relativa a las fundaciones públicas, respecto de las que se señala expresamente que pueden prever en sus Estatutos la reversión a favor del fundador, pero como se ha señalado tampoco se contiene ninguna prohibición expresa por lo que cabe entender que dicha reversión será admisible siempre y cuando la entidad beneficiaria cumpla los requisitos previstos en el mismo artículo 33.2, enlazando así con el segundo punto que debe ser analizado.

Por todo ello, a nuestro juicio el hecho de que una asociación de carácter empresarial sea la entidad fundadora de una fundación que se pretende extinguir no debería tener incidencia alguna en cuanto a considerar a la asociación de carácter empresarial como apta para ser designada destinataria de los bienes resultantes de la liquidación de una fundación.

²¹ Como cláusula de cierre, cabe recordar que la doctrina ya adelantó esta línea interpretativa favorable a la reversión de los bienes fundacionales incluso con anterioridad a la citada sentencia del Tribunal Constitucional: *«en ninguno de los puntos aparece la afectación permanente, definitiva e irrevocable de la dotación o del patrimonio de la fundación a fines de interés general, como un elemento básico o “contenido esencial” del derecho de fundación. De lo que podría deducirse que el concepto constitucional de fundación resultaría lo suficientemente amplio como para admitir en su seno fundaciones en las cuales la destinación patrimonial a fines de interés general fuese reversible y temporal»*. TRAPIELLA NIETO, I., *Constitución y extinción de fundaciones*, REAL PÉREZ, A. (dir.), p. 275, op. Cit.

IV. Conclusiones

A la vista de todo lo anterior, cabe concluir lo siguiente:

1) Las situaciones económicas de falta de ingresos debidas a la situación y coyuntura económica que provocan una situación de pérdidas, hacen que los recursos disponibles para una fundación sean insuficientes para el desarrollo de las actividades previstas en su objeto fundacional, viéndose reducida la dotación a causa de las pérdidas en las que está incurriendo.

2) En esto casos, concurre en las fundaciones el requisito legal para su extinción de imposibilidad de realización del fin fundacional, según se ha entendido por la Jurisprudencia y la Doctrina.

3) El patronato de estas fundaciones podría aprobar que el destino de los bienes y derechos resultantes de su liquidación se destine a una asociación de carácter empresarial, ya que en ellas concurren los requisitos legales de ser entidades sin ánimo de lucro, que persiguen fines de interés general y que tienen afectados sus bienes a la consecución de los mismos.

4) Las asociaciones de carácter empresarial tienen afectado su patrimonio a la consecución de los fines de interés general que conforman su objeto social:

a) Durante la vida de las mismas por imperativo legal de la Ley Orgánica de Asociaciones y por ser un principio básico del régimen de las mismas.

b) En caso de extinción:

i) No sería necesario establecer en los Estatutos de la misma la afectación del patrimonio a los fines de su objeto social ya que por mandato legal quedan afectos.

ii) Por ello, no cabría aprobar una modificación estatutaria que permita el reparto de su patrimonio entre los socios.

V. Bibliografía

CAFFARENA LAPORTA, J., «Modificación de los estatutos de la fundación. Artículo 29», en *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Mecenazgo*, Iustel-Fundación ONCE, Madrid, 2005.

CUÑAT EDO, V., «Artículo 35. Funciones del Protectorado», en *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

DURÁN RIVACOBA, R., *El negocio jurídico fundacional*, Aranzadi, Pamplona, 1996.

- ESTEVE SEGARRA, A., *Las Asociaciones Empresariales: Régimen Jurídico y Representatividad*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2003.
- GONZÁLEZ CUETO, T., *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2003.
- GONZALEZ PÉREZ, J. y FERNÁNDEZ FARRERES, G., *Derecho de Asociación. Comentarios a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo*, Civitas, Madrid, 2002.
- LÓPEZ-NIETO Y MALLO, F., *La ordenación legal de las asociaciones*, Dykinson, Madrid, 2004.
- MARTÍ LACALLE, R., «Artículo 31. Causas de extinción», en *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- REAL PÉREZ, A. y PIÑAR MAÑAS, J. L., *Derecho de fundaciones y voluntad del fundador: estudio, desde la evolución del derecho español de fundaciones, del régimen jurídico de la voluntad del fundador en la Constitución de 1978 y en la Ley 30/1994, de 24 de noviembre*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- TRAPIELLA NIETO, I., *Constitución y extinción de fundaciones*, REAL PÉREZ, A. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- VALERO AGÚNDEZ, U., *La Fundación como forma de empresa*, Sever-Cuesta, Valladolid, 1969.

La disposición patrimonial sin autorización administrativa previa en las fundaciones (a propósito de una fundación *sospechosa*)

César Hornero Méndez

Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

SUMARIO: I. LA *SOSPECHA* SOBRE LAS FUNDACIONES.—II. LOS HECHOS DE UNA FUNDACIÓN *SOSPECHOSA* (Y LAS SENTENCIAS QUE LOS ENJUICIAN).—III. LA DISPOSICIÓN DEL PATRIMONIO FUNDACIONAL.—IV. LA DISPONIBILIDAD DE LOS BIENES DE LA FUNDACIÓN VINCULADOS DIRECTAMENTE AL CUMPLIMIENTO DE SUS FINES.—V. LA SANCIÓN POR EL INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE LA AUTORIZACIÓN PREVIA, CUANDO SE PRETENDE DISPONER DEL PATRIMONIO DE LA FUNDACIÓN.—VI. MÁS SOBRE LAS CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS PREVISTOS PARA LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN DEL PATRIMONIO FUNDACIONAL REALIZADOS POR EL PATRONATO.—VII. CONCLUSIÓN: CÓMO ACABAR CON LA *SOSPECHA*.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. La *sospecha* sobre las fundaciones

Las fundaciones han sido siempre acreedoras de una suerte de desconfianza. Su reconocimiento como instituciones de servicio, como importantes contribuyentes al interés general y al bien común, no las ha librado de un halo de *sospecha*, que ha justificado su sometimiento al control público (mediante el Registro y el Protectorado) y que explica la mala prensa que en algunas etapas las ha perseguido. Esta desconfianza ha ido evolucionando o, mejor, ha tenido distintas versiones o contenidos, pero ha estado presente de forma constante en la historia contemporánea de las fundaciones, al menos desde el siglo XIX, que es cuando cuaja el modelo de éstas que conocemos en la actualidad¹. Es un fenómeno, por otra parte, éste de la desconfianza y la sospecha hacia las fundaciones, muy español, muestra de ciertas debilidades patrias (por decirlo finamente)².

¹ Para esta historia, bastante conocida, el mejor relato se sigue encontrando en MALUQUER DE MOTES, C., *La fundación como persona jurídica en la codificación civil: de vinculación a persona (Estudio de un proceso)*, Barcelona, 1983; también véase SEBASTIÁN LÓPEZ, J. L., *De la utilitas publica al interés público del art. 35 del CC español* (Tesis doctoral Universidad Complutense), dos tomos, Madrid, 1985.

² En esta línea, DÍAZ BRITO, F. J., «La validez de los actos de disposición y gravamen de los bienes fundacionales realizados sin autorización administrativa previa», RDP, 1997, pp. 877-878, destaca que «la historia de la fundación en nuestro Derecho es la historia de un solapa-

Inicialmente, en España las fundaciones sufrieron la desconfianza propia de formar entre las vinculaciones perpetuas (o muy duraderas) de la propiedad. La enemiga hacia todo tipo de vinculaciones que emplearon con ardor los ilustrados y los reformistas del siglo XVIII no hacía distinción, como sabemos, entre vinculaciones *buenas* y vinculaciones *malas*. El problema de las vinculaciones era fundamentalmente económico y tan negativo y nefasto para la economía del país podía ser, en principio, un mayorazgo o un fideicomiso familiar como una obra pía o un patronato, por muy dedicados que estuvieran estos últimos a aliviar los sufrimientos de huérfanos desvalidos o de doncellas pobres. Como se conoce, en nuestro país costó unos cuantos años comprender que no todas las vinculaciones eran iguales y que algunas, por estar destinadas a fines de interés general, quedaban justificadas a pesar de constituir una amortización de la propiedad. La distinción entre unas y otras, entre las vinculaciones buenas y las no tan buenas, estaba ya presente en la propia Ley desvinculadora de 11 de octubre de 1820 y de manera más clara en la Ley General de Beneficencia de 20 de junio de 1849³.

Desde luego este hecho, esa distinción entre *buenas* y *malas*, influirá directamente en su supervivencia y en su instalación entre los sujetos de Derecho y las personas jurídicas reconocidas en nuestro ordenamiento (el CC, de forma original y novedosa frente a otras codificaciones, las situará expresamente en su regulación general de las personas jurídicas, arts. 35 a 39). Este proceso, sin embargo, no será sencillo. Llegar a la conclusión de la bondad y la conveniencia de las fundaciones costó un tiempo y se tradujo en esa visión arraigada de que eran unas instituciones toleradas por el Estado, por el poder público, que les permitía compartir algunas de sus cargas. Esta consideración explica por sí sola el control al que éstas debían quedar sometidas por medio del Protectorado, órgano administrativo pensado casi en exclusiva para desarrollar esa función que, por mucho que se quiera, tiene un indudable tinte de desconfianza y de sospecha (aunque hay que reconocer que originariamente no fue así o no debió ser así y que el Protectorado tenía un claro fin

do recelo legislativo hacia una figura que, si bien se presta a manipulaciones ilícitas, está concebida para prestar importantísimos servicios al bienestar común».

³ Precisamente, la conexión entre fundaciones y beneficencia será una constante en el siglo XIX e influirá directa e intensamente en la decantación del modelo de ésta que hemos llamado contemporáneo; el posterior Real Decreto e Instrucción sobre ejercicio del Protectorado del Gobierno en la Beneficencia particular, de 14 de marzo de 1899, norma por la que se rigieron, durante casi cien años, tantísimas fundaciones es prueba de ello; por mucho que hoy se haya superado la tradicional asimilación entre fundaciones y beneficencia, es innegable que históricamente han formado un binomio indisoluble, muy presente además en la percepción popular (y positiva) de las mismas.

proteccionista de la fundación; se trataba de protegerla muchas veces de los codiciosos parientes del fundador y de su patronato; con ese propósito se le concedieron, al Protectorado, poderes y facultades amplias sobre las fundaciones⁴). Esta desconfianza estatal o pública, como podemos denominarla, quedaba codificada o, como diría un *cursi* contemporáneo, vehiculizada a través del Registro y del Protectorado. Este control —en su constitución, fundamentalmente a través del Registro y la inscripción, y en el desarrollo de su vida ordinaria, por medio del Protectorado y también del registro⁵— forma parte de ese modelo contemporáneo de fundación al que nos estamos refiriendo, hasta el punto de resultar indiscutible (otra cosa es la opinión que se tenga sobre la pertinencia de dicha intervención pública sobre las fundaciones o sobre su intensidad y alcance concretos)⁶.

⁴ Es aquello que DE CASTRO Y BRAVO, F., *La persona jurídica*, Madrid (2.ª ed., 1997), p. 101, nota 73, calificará como «frenesí avaricioso», clima en el que «las familias se disputan entre sí los bienes desvinculados» y en el que se ven implicados también especuladores de toda clase social, lo que acarrea que se produzca un «bajísimo clima moral en el que no se estima injustificada el ansia de los patronos por apropiarse de los bienes destinados por sus mayores al alivio de pobres y necesitados».

⁵ Precisamente, DÍAZ BRITO, F. J. «La validez de los actos de disposición...», cit., p. 878, destaca como el aspecto en el que ha manifestado de un modo más patente esa «desconfianza subliminal» —así la califica— hacia la fundación es el carácter tremendamente intervencionista con el que se ha configurado la gestión patrimonial de ésta.

⁶ Es evidente, no obstante, que ha existido una notable evolución en la concepción del Protectorado, desde una claramente inspectora e intervencionista a la actual, que trata de aunar, al menos en la letra de la ley, el control con el apoyo, el impulso y el asesoramiento —como puede leerse ya en la Exposición de Motivos de la LF 1994—. La evolución con relación al poder del Protectorado desde la Ley General de Beneficencia de 1849, de mediados del XIX pero vigente hasta finales del XX, es evidente si leemos, por ejemplo, el artículo 11 de ésta, en el que se establecía, nada más y nada menos, en su apartado 5, que «por ningún establecimiento de beneficencia, sean públicos o particulares, ni por sus patronos, podrá oponerse la menor dificultar o entorpecimiento a las visitas que el Presidente de la Junta General o los Jefes políticos por sí o por delegados especiales suyos girasen a los mismos. La autoridad de inspección de estos representantes del Gobierno es omnimoda en el acto de visita sobre cuanto tenga relación con examinar el estado económico del establecimiento, la regularidad de su administración y el cumplimiento de las obligaciones a que por reglamento se halla consagrado» o en su apartado 7 que «todos los establecimientos de beneficencia están obligados a formar sus presupuestos y a rendir anualmente cuentas circunstanciadas de su respectiva administración. Estos presupuestos y cuentas se examinarán y repararán por las Juntas Generales, provinciales o municipales, según la clase de los establecimientos, dándoles después el curso correspondiente». Para la consideración de aquello que se pensaba que debía ser el Protectorado que recogiese entonces (a principios de los noventa) una futura Ley de Fundaciones, véanse diversos trabajos de PIÑAR MAÑAS, J. L.; así, una buena síntesis de su opinión prelegislativa, la encontramos en «La regulación de las fundaciones: jurisprudencia y pautas de futuro», en *Las fundaciones y la sociedad civil*, Madrid 1992, pp. 193-226, esp. pp. 215-217, dedicadas a «La nueva definición de las funciones del Protectorado. Hacia un Protectorado de apoyo, asesoramiento y control». En el mismo terreno de lo deseable —aunque a la

El contenido de la desconfianza hacia las fundaciones varió, fue de otro tipo, desde finales del siglo XIX hasta casi terminar el siglo XX. La desconfianza se concretó en este período en el hecho de que las fundaciones resultaban, desde el punto de vista legal o normativo, una figura poco fiable y nada segura. Se convirtió en un lugar común, con todo fundamento, referirse a la regulación de las fundaciones en nuestro país como una maraña de normas fragmentarias, en las que la certeza y la seguridad jurídicas escaseaban. Aunque hay razones de otra índole —principalmente nuestro exiguo desarrollo económico y social—, España no destacó, a pesar de esa temprana consagración de las fundaciones como personas jurídicas en el CC, por el número de fundaciones creadas y activas, a diferencia de lo que empezó a suceder en otros países europeos. El estado de la regulación aplicable a éstas no era un elemento a favor de dicha proliferación; más bien todo lo contrario: un verdadero impedimento que condenaba a su no realización a muchas de las iniciativas que se pudieran tener en este campo. La Ley estatal de Fundaciones de 1994, luego sustituida por la actual Ley de 2002, vino a paliar este problema que se había visto acrecentado, de algún modo, por la promulgación de leyes autonómicas desde principios de los ochenta⁷.

La tercera versión de la desconfianza hacia las fundaciones, cronológicamente la más reciente, se habría gestado en los últimos años. Habría tenido como manifestación la opinión generalizada de que las fundaciones estaban siendo, podían ser utilizadas para fines no siempre confesables, para unos fines *reales* no encuadrables con claridad entre sus fines típicos (siempre de interés general). Se habría producido un sospechoso, para muchos, *boom* fundacional⁸. Varios factores habrían coincidido, además de esa clarificación legislativa de 1994 y 2002, en que ello fuera así; básicamente factores de índole socio-económica. Así hay que ver la irrupción del llamado Tercer Sector, de la jaleada economía social (hoy incluso consagrada legislativamente, de modo general,

vista ya de la LF 1994— se manifiesta también por el *equilibrio* entre control (por parte del Protectorado) y autonomía (de la fundación), MARTÍNEZ NIETO, A., «El Protectorado de las fundaciones», *La Ley*, Madrid 1998, p. 1623.

⁷ Efectivamente, la LF 1994, por lo que se refiere a esta caótica legislación anterior, nació con un objetivo muy claro, tal y como se podía leer en su Exposición de Motivos, de «Ofrecer una regulación sistemática, ordenada y precisa de las fundaciones, acorde con la trascendencia jurídica y social del hecho fundacional».

⁸ Sobre esta sobreutilización de las fundaciones y la necesidad de reforma de la LF actual, véase DE LORENZO GARCÍA, R., PIÑAR MAÑAS, J. L., SANJURJO GONZÁLEZ, T., «Reflexiones en torno a las fundaciones y propuestas de futuro», en *Anuario de Derecho de Fundaciones* 2011, Iustel/AEF, Madrid, p. 62.

mediante la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social)⁹. También la comparecencia de uno de los conceptos-estrella de estos años, hoy un tanto *dèmodè* (por abuso del mismo, como suele suceder) como es la responsabilidad social corporativa. Pero sobre todo habría jugado a su favor la proliferación de cierto empresariado, en bastantes casos, si se nos permite la expresión, de medio pelo (y de media y poca moral en muchos casos), que veía en las fundaciones un instrumento rápido para adquirir un lustre o un marchamo no alcanzable de otro modo. Y también, por último, se habría dado un uso generalizado de la figura por parte de los poderes públicos y las administraciones, hasta incurrir incluso en ciertas contradicciones, creando fundaciones, la mayoría de las veces, meramente instrumentales¹⁰.

Todo ello reunido, se ha traducido, de nuevo, en desconfianza y sospecha hacia las fundaciones. Y es que ha sido habitual considerarlas, por ejemplo, por lo que se refiere a las del sector público, como una suerte de mecanismo elusivo de determinados controles —en el marco genérico de la recurrente huida del Derecho administrativo— o, directamente, como medios aptos para los enredos empresariales, para la evasión fiscal y la búsqueda de otros beneficios no muy *sanos*. Ello ha hecho adquirir carta de naturaleza, tras el boom, a esta nueva versión de la desconfianza, alimentando el prejuicio y la sospecha hacia las fundaciones (algo, por otra parte, que suele ser bastante humano y habitual: al entusiasmo le suele seguir la desilusión y la depresión).

Un poco de todo esto, desconfianza, sospecha y también cierto prejuicio, en la versión que acaba de indicarse, tiñen los hechos de las dos Sentencias del TS, de 7 de marzo y 20 de julio de 2011, que vamos a considerar. Como veremos, los hechos (y otras circunstancias externas a los mismos que inevitablemente tendremos en cuenta) justifican que podamos calificar (con motivo) a la fundación que los protagoniza como una fundación *sospechosa*.

⁹ Acerca de esta disposición, véase FELIÚ REY, M. I., «Claroscuros de la Ley 5/2011 de Economía Social», en *Anuario de Derecho de Fundaciones 2011*, Iustel/AEF, Marid, pp.117-151.

¹⁰ Sobre las fundaciones del sector público, la bibliografía es copiosa. Véase últimamente ALLÍ TURRILLAS, J.-C., *Fundaciones y Derecho administrativo*, Madrid, 2010, esp. pp. 409-466; MENÉNDEZ GARCÍA, P., «Las Fundaciones del Sector Público», en *Fundaciones: problemas actuales y reforma legal*, Pamplona, 2011, pp. 111-163 y también, GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., «La reestructuración del sector público fundacional», en *Anuario de Derecho de Fundaciones 2012*, Iustel/AEF, Marid, pp. 19-56.

II. Los hechos de una fundación sospechosa (y las Sentencias que los enjuician)

En efecto, los hechos que desencadenan el pleito que culmina en la primera de las Sentencias, la de 7 de marzo de 2011, mostrarían una cierta, llamémosla así, predisposición en la letrada de la Junta de Andalucía que interpone la demanda y que respondería a esa desconfianza y sospecha generales de ver en las fundaciones un potencial (y paradójico, porque se supone que debe ser todo lo contrario) agresor del interés general —aunque en este caso, como veremos, y sin querer descargar de responsabilidad a la letrada, esa actitud puede tener bastante fundamento—. Esta cierta predisposición, desconfiada y sospechosa, es algo que puede deducirse del mero relato del proceso. En este caso, la letrada, a instancias del Protectorado concernido, interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 19 de Sevilla una demanda en la que interesó que se dictara Sentencia anulando un acuerdo del patronato de la fundación protagonista, adoptado el 6 de septiembre de 2005. Este dato, la fecha de la reunión del patronato, es muy importante; de una parte, determina la aplicación todavía en este supuesto de la Ley estatal de Fundaciones y no de la Ley autonómica recién promulgada entonces y que entraría en vigor precisamente pocos días después (también pocos días después, como veremos en los hechos de la otra Sentencia, de 23 de septiembre, el patronato volvió a reunirse *sospechosamente* para otro acuerdo similar).

El acuerdo del patronato de esta primera reunión consistía en la decisión de enajenar el inmueble en el que radicaba el domicilio de la fundación, una decisión que habría sido adoptada, en opinión de la letrada, con flagrante incumplimiento de la normativa legal y estatutaria aplicable, en tanto que no se habría producido la preceptiva autorización previa del Protectorado, ejercido en este caso por la Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía. Dicha autorización, el núcleo de la cuestión principal aquí debatida, está prevista en el artículo 21 Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones. El acto de enajenación —que no se discute en ningún momento— consistió en la aportación del inmueble en cuestión a una sociedad de responsabilidad limitada, entregándose a cambio a la fundación participaciones mayoritarias en ésta. El Juzgado de Primera Instancia de forma equivocada —a nuestro parecer; con lo que adelantamos nuestra opinión final sobre la cuestión jurídica aquí debatida— dio la razón a la parte demandante, a la Junta de Andalucía, declarando nulo el acuerdo del patronato. Digamos que la desconfianza y la sospecha —por otra parte, creemos más que justificadas— hacia esta fundación y hacia este concreto acto de disposición realizado por su

patronato, le hicieron darle la razón a la demandante, a la Administración, sin tener, creemos, la norma aplicable de su lado. Ello explica el razonamiento, un tanto forzado, del Juzgado de Primera Instancia al entender que el inmueble, aunque hubiese sido aportado a la fundación con posterioridad a la constitución de la fundación, estaría, no obstante, directamente vinculado al cumplimiento de los fines fundacionales, pues en el mismo se fijó el domicilio de aquella, debiéndose considerar por ello —llega a afirmar la Sentencia— como dotación inicial por mandato del artículo 12.4 LF, algo que nos parece a todas luces excesivo y cuando menos fruto de una interpretación muy amplia y extensiva de este precepto.

La Audiencia Provincial de Sevilla, interpuesto el correspondiente recurso de apelación por parte de la fundación, falló a favor de ésta y, en consecuencia, desestimó la demanda de la Junta de Andalucía. La conclusión de la Audiencia fue que uno de los dos requisitos que exige el artículo 21 LF —de un lado, la enajenación onerosa o gratuita de bienes o derechos (o la imposición de algún tipo de gravamen sobre estos) y, de otro, que dichos bienes o derechos formen parte de la dotación inicial o estén directamente vinculados a fines de interés general—, no se daría; en concreto, el segundo de ellos no se cumpliría y, por tanto, no sería necesaria la autorización previa del Protectorado. Basta, tal y como dispone el mismo precepto y como parece que sí se llevó a cabo, con la comunicación a posteriori al Protectorado. Sobre este extremo, afirmaba la Sentencia de la Audiencia lo siguiente: «Por consecuencia, podemos concluir que ese segundo presupuesto no se da en el caso que nos ocupa, por lo que la demanda debió ser desestimada al no ser necesaria la previa autorización de la Consejería de Cultura, tanto para la aportación del bien que nos ocupa como para la constitución de la sociedad limitada, que se constituyó y a la que se aportó dicho bien, habiendo cumplido el patronato de la fundación con lo dispuesto en el reiterado artículo 21.3 con la comunicación realizada vía notarial, tanto de la constitución por parte de la fundación como la aportación del bien en cuestión».

Un punto de interés en la Sentencia de la Audiencia, no discutido en ésta ni luego por supuesto en casación, pero que debía estar presente en la demanda interpuesta, es el hecho de que la fundación acordase la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada, a la que, como se ha indicado, se realizó la aportación del inmueble objeto de la demanda. A la constitución de la sociedad se alude en la Sentencia de la instancia considerándola ajustada a lo que la LF previene (cfr. art. 24.2) sobre la posibilidad de que las fundaciones puedan participar en sociedades mercantiles en las que no se responde personalmente de las deudas sociales (en este caso se constituye una

de responsabilidad limitada), siendo, eso sí, necesario comunicar al Protectorado notarialmente que la fundación tiene una participación mayoritaria en la sociedad constituida¹¹.

Esta extraña operación de la fundación constituyendo una sociedad y aportando a la misma el inmueble donde radica su domicilio abona, por sí sola, la desconfianza y la sospecha que el Protectorado y en su nombre la letrada de la Junta desahogan en la demanda interpuesta. Todo, como concluye la Audiencia Provincial, perfectamente legal —como concluirá también la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en la Sentencia de 7 de marzo de 2011 que traemos aquí— pero todo también perfectamente sospechoso. Un cierto exceso de celo de la administración, de la Junta de Andalucía en este caso, que se pone de manifiesto en estos hechos, que concluyen precisamente con su derrota y el reproche de dicho exceso, estaría sin embargo, creemos, justificado, no sólo por lo extraño del comportamiento de la fundación en este hecho concreto —las fundaciones, se supone, están para otra cosa— sino por otros actos conocidos de la misma en ese período. Esos otros hechos u actos podrían ilustrarse con alguna presencia en los medios de comunicación del fundador y presidente del patronato, un conocido empresario del sector (¡ya salió!) inmobiliario en la que no resulta desde luego muy bien parado, por lo que a su honradez y probidad empresarial se refiere. No es ésta, obviamente, la sede para hacerse eco de ello, con independencia de que lo tengamos inevitablemente en cuenta (como parece que lo tuvo, casi con seguridad, el Protectorado, la letrada y luego el Juzgado...).

Otros datos que corroboran el carácter sospechoso de la fundación protagonista nos los proporciona la otra STS que comentamos aquí, de 20 de julio de 2011. Los hechos son muy similares. El patronato volvió a reunirse unos días después, el 23 de septiembre de 2005 —antes, en la Sentencia anterior, acabamos de ver que se había reunido el 6 de septiembre— con el objeto de constituir una sociedad de responsabilidad limitada —hay que entender que otra distinta de la del acuerdo de 6 de septiembre—. En esta nueva reunión se decidió la aportación a la Sociedad de un bien inmueble perteneciente a la fundación. A cambio ésta recibiría participaciones en dicha entidad mercantil. Este bien, y es un dato que debe ser tenido en cuenta,

¹¹ Sobre esta posibilidad, por todos, véase EMBID IRUJO, J. M., «Funcionamiento y actividad de la fundación (Artículos 23 a 27)», en MUÑOZ MACHADO, *et al.* (dirs.), *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, Madrid, 2005, pp. 398-408; posteriormente, del mismo autor, «Empresa y fundación en el ordenamiento jurídico español (la fundación empresarial)», en Anuario de Derecho de Fundaciones, Iustel/AEF, Madrid, 2010, pp. 15-67; también LA CASA GARCÍA, R., *La fundación-empresa*, en OLIVENCIA, M., *et al.* (dirs.), *Tratado de Derecho Mercantil, Tomo XVII*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

había sido donado a la fundación en marzo de 2004 por una empresa inmobiliaria de la que era titular el fundador y presidente del patronato.

La impresión negativa —y de nuevo la sospecha— es inevitable. Los dos patronatos, celebrados en apenas tres semanas y el tipo de acuerdos que se adoptaron en ellos, con esos cambios de titularidades de inmuebles, sugieren que se trata de operaciones propias de una estrategia de reestructuración empresarial y financiera, con fines perfectamente imaginables y con seguridad no muy confesables. En cualquier caso, demuestran una utilización de la fundación muy alejada desde luego de su razón de ser y del cumplimiento de sus fines.

La letrada de la Junta de Andalucía —cabe pensar que se puede tratar de la misma, de la letrada adscrita a la Consejería de Cultura— interpuso demanda ejercitando acción de impugnación de este acuerdo de 26 de septiembre para que fuera declarado nulo, esta vez al amparo de lo dispuesto en el artículo 45.2 párrafo 2.º Ley 10/2005, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía (LFCAA), entrada ya en vigor en el ínterin de un patronato a otro. En su opinión, el acuerdo sería nulo de pleno derecho al no haberse obtenido previamente la autorización del Protectorado, tal y como dispone el artículo 30 LFCAA. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Sevilla estimó la demanda al entender que dicha autorización era necesaria ya que se trataba de la enajenación de un bien que representaba, de acuerdo con el último balance anual aprobado por la fundación, un valor superior al 20% del activo de ésta. Este es uno de los supuestos que el mencionado artículo 30 LFCAA, a diferencia de la Ley estatal en que sólo se requiere la comunicación de la realización del acto de disposición, contempla para exigir la previa autorización del Protectorado. Como se señala en la Sentencia de Primera Instancia, no se trataría de un acto de enajenación de un bien que forma parte de la dotación (letra a), ni de un bien que, sin formar parte de ésta, se encuentra directamente vinculado a fines de interés general (letra b). En este caso, a diferencia de lo que sucede en la otra Sentencia, el hecho determinante de la necesidad de la autorización del Protectorado es cuantitativo o económico¹².

¹² También la Sentencia del Juzgado es muy aprovechable, por algunas de sus manifestaciones, para abonar las sospechas que albergamos sobre la fundación. Así, señala, *levantando el velo*, que «hubiera sido de utilidad que la parte demandada aclarara qué interés legítimo era entonces el que motivó tal acto de liberalidad de x, administrador único de x. A.A., fundador y Presidente del Patronato de la Fundación y, por supuesto, administrador único de xx, S.L., para despejar conclusiones quizá equivocadas sobre intereses subyacentes mucho menos legítimos, a las que de manera inevitable conduce la sucesión de hechos que se expone», o cuando afirma que en el acto de aportación del inmueble a favor de la sociedad «no se

La Audiencia Provincial de Sevilla, interpuesto recurso de apelación por la fundación, resolvió en octubre de 2007. No está de más señalar que se trata de la misma Sección de la Audiencia y del mismo ponente del asunto anterior. Los protagonistas se repiten. No sabemos si el hecho de no haber dado la razón —en nuestra opinión acertadamente— a la letrada de la Junta en la Sentencia de 4 de julio de 2007, le conduce a no dársela tampoco en esta otra de octubre del mismo año. Hay que pensar que no. En cualquier caso, nuestra opinión es que la conclusión de esta segunda Sentencia de la Audiencia Provincial podía haber estado, creemos, mejor fundamentada, como pondremos de manifiesto comentando la STS que termina por enmendarle la plana y darle la razón, esta vez sí, a la letrada de la Junta. A modo de adelanto, la Audiencia falla entendiendo que el acuerdo impugnado del patronato ha de ser objeto de nulidad *simple* —así la denomina— y no de nulidad absoluta o de pleno derecho. Su parecer, en el sentido de que se trataría, en el caso de la ausencia de autorización previa del Protectorado, de un defecto no esencial y susceptible de sanación se nos antoja bastante endeble, al menos tal y como lo fundamenta. Opinión esta que será la del Tribunal Supremo, que casará precisamente la Sentencia por esta razón, declarando la nulidad radical del acto de disposición¹³.

atisba indicio alguno de necesidad o utilidad para los fines fundacionales, que resulta también exigible en todo caso para la válida adopción de un acuerdo de este tipo, según lo preceptuado en el apartado 1 del artículo 30».

¹³ El Fundamento de Derecho sexto de la STS de 20 de julio de 2011 dice así: «Según ha declarado la Sentencia recurrida —y no se ha discutido en el proceso— el patronato de la fundación demandada decidió en el acuerdo impugnado efectuar un acto de disposición de un bien, perteneciente al patrimonio de la fundación, cuyo valor es superior al 20% del activo de la fundación según el último balance, el acto de disposición se ha llevado a efecto y el Protectorado —ejercido por Consejería competente de la Junta de Andalucía, según el artículo 44.2 LFCAA— no ha otorgado autorización para el mismo, ni antes de adoptarse el acuerdo ya que no fue solicitada, ni después de adoptarse el acuerdo, pues es la Junta de Andalucía quien interpuso la demanda instando su nulidad. El acuerdo impugnado contraviene lo dispuesto en el artículo 30.1.c) LFCAA. La cuestión planteada en el recurso se contrae a determinar si la infracción del artículo 30.1.c) LFCAA es de la relevancia necesaria para que el acuerdo sea nulo de pleno derecho. La LFCAA no contempla expresamente la sanción de nulidad para aquellos acuerdos que no respeten las previsiones establecidas para la enajenación y gravamen de los bienes de la fundación, por lo que de acuerdo con la doctrina antes expuesta, debe analizarse si la finalidad de la norma vulnerada justifica que la infracción determine la nulidad absoluta del acto. El artículo 30 LFCAA persigue hacer efectivo el sometimiento de las fundaciones a la tutela y protección de los poderes públicos, como garantía de cumplimiento de la voluntad fundacional, dirigida a la consecución de un interés general o público. Por tanto, la inexistencia de la preceptiva autorización —al margen de que su falta pueda o no ser subsanada— lleva consigo la nulidad radical del acto, pues con ello se ha dejado sin efectividad una norma que persigue un fin que trasciende más allá de

A continuación, como corresponde, vamos a comentar aquellos aspectos discutidos en estos pleitos y en estas SsTS que tienen, en nuestra opinión, mayor relevancia. Es evidente que la principal cuestión de interés es la relativa al patrimonio fundacional y, en particular, a la disponibilidad respecto de éste por parte de la fundación, incluyendo en esto último la intervención del Protectorado. De ella penden otras cuestiones más específicas. De un lado, el régimen sancionatorio previsto en la LF, cuando se produce el incumplimiento de los requisitos que han de darse en este tipo de actos de disposición, cuando se realizan contra lo dispuesto en ésta, y en especial si la nulidad es la sanción que corresponde en este caso, cuestión abordada en la segunda de las Sentencias, en la de 20 de julio de 2011, en los términos apenas reseñados. De otro, una cuestión mucho más específica como es qué ha de entenderse por vinculación directa de los bienes o derechos que forman parte del patrimonio fundacional, sin ser dotación, a los fines fundacionales. Esta cuestión es tratada en la primera, en la STS de 7 de marzo de 2011.

III. La disposición del patrimonio fundacional

En las dos Sentencias que comentamos, el conflicto que las genera tiene que ver con el patrimonio fundacional y con la disposición que de elementos integrantes de éste —sendos bienes inmuebles en cada uno de los casos— hace la propia fundación. Ésta es la cuestión nuclear. A la vista de ello, no parece necesario recordar algo que, tratándose de fundaciones, parece evidente: la importancia del patrimonio como elemento integrante de las mismas, hasta el punto de que podría afirmarse, al menos con cierta perspectiva histórica, que la fundación es, por encima de todo, un patrimonio (o dicho de otra forma, contemplada desde la perspectiva de éste; el patrimonio —obviamente, instrumentalizado por una voluntad— puede considerarse el *desencadenante* principal de la fundación). La LF lo deja claro desde un principio, definiendo la fundación (art. 1) como aquellas organizaciones que tienen afectado, de modo duradero y sin ánimo de lucro, su patrimonio a fines de interés general. Con toda tranquilidad y de manera rotunda, puede afirmarse que no hay fundación sin patrimonio.

Puede afirmarse, además, que así ha sido hasta la irrupción relativamente reciente del término «organización», presente como acabamos de ver en la propia definición que la LF 2002 (y antes en la de 1994) ofrece de las fundaciones. Este término ha hecho que el elemento patrimonial como defini-

cuestiones estrictamente económicas puesto que va dirigido a la protección del interés público. En consecuencia, el acuerdo impugnado es nulo de pleno derecho».

torio de las fundaciones quede un tanto desplazado u oscurecido¹⁴. Lo que no se ha podido (porque no se puede) es eliminarlo. El patrimonio se integraría en la esencia fundacional, y aunque no está expresamente previsto en la CE, a nuestro entender, formaría parte incluso del contenido esencial del artículo 34, encontrándose, por tanto, amparado por la protección desplegada por la garantía institucional asignada a éste. Y es que el patrimonio en la fundación es *innegociable*: forma parte del *mínimo* de toda fundación, junto con el fin de interés general y la organización. Lo *negociable*, lo que puede ser objeto de disposición por el legislador, es la configuración de ese patrimonio a lo largo de la vida de la fundación, incluido el inicio de ésta cuando el mismo se presenta como dotación.

En efecto, el patrimonio, en el momento puntual del nacimiento de la fundación, está representado por la dotación, que debe constar expresamente en el llamado negocio jurídico fundacional [art. 10, c) LF]. Sin embargo, el patrimonio es algo más que la dotación —al menos deberá serlo, como indicio, entre otras cosas, de la buena marcha de la fundación—, si bien existe ese momento en el que ambos, patrimonio y dotación, es normal que coincidan exactamente. De ahí la importancia que debe otorgarse a la segunda, como representación del patrimonio *ab initio*, y de ahí también que se exija a la dotación que sea adecuada y suficiente —utilizando el parámetro de los fines de interés general— en la medida en que desde el principio se pretenda salvaguardar aquello (el patrimonio) que va a permitir que la fundación pueda verdaderamente servir para los fines para los que nace¹⁵.

El capítulo IV LF, artículos 19 a 22, se dedica específicamente al Patrimonio de la fundación¹⁶. Por lo que se refiere a la composición de este

¹⁴ Sobre la personificación del patrimonio como esencia de la fundación, véase MONTES PENADÉS, V. L., «El patrimonio», en BENEYTO PÉREZ, J. M., *Tratado de fundaciones*, tomo I, Barcelona, 2007, p. 681. Habla abiertamente de personificación de la organización, MORILLO GONZÁLEZ, F., *El proceso de creación de una fundación*, 2.ª ed., Pamplona, 2003, p. 27. Últimamente DE LORENZO GARCÍA, R., PIÑAR MAÑAS, J. L., SANJURJO GONZÁLEZ, T., «Reflexiones en torno...», cit., p. 63, señalan, entre las reformas de la Ley 50/2002, la de «reforzar la conceptualización de la Fundación como organización que como patrimonio afecto». En su opinión, este cambio de orientación en la conceptualización de las fundaciones facilitaría su «modernización» y «exige un funcionamiento interno más flexible en el desarrollo de sus actividades», en concreto, redundaría en «un procedimiento de gestión patrimonial más flexible que debe ir acompañada de una reducción de la intervención del Protectorado en la actividad de gestión patrimonial de la fundación».

¹⁵ En general, sobre esta concepción, digamos, dinámica del patrimonio fundacional, véase PÉREZ ESCOLAR, M., *La actividad económica de las fundaciones. Tensiones legislativas e interés general*, Madrid, 2008.

¹⁶ Para una excelente exposición de conjunto acerca de éste, véase SANTOS MORÓN, M.ª J., «El patrimonio de la fundación. Régimen de gestión patrimonial (Artículos 19 a 22, y 28)»,

patrimonio, confirma lo establecido en el artículo 12 LF, dedicado a la dotación, en cuanto a qué es aquello que puede integrar el patrimonio fundacional; éste, según establece el artículo 19. 1 LF, «podrá estar constituido por toda clase de bienes y derechos susceptibles de valoración económica que integren la dotación, así como aquellos que adquiera la fundación con posterioridad a su constitución, se afecten o no a la dotación». Ello demostraría el carácter *amplio* con que se concibe el patrimonio fundacional, siempre dentro de los límites marcados por esa necesaria valoración económica. Los inmuebles donados que aparecen en los hechos de las dos Sentencias comentadas podrían, por tanto, formar parte sin problema alguno del patrimonio de la fundación. La titularidad de este patrimonio, establece el artículo 20 LF, de los bienes y derechos que lo integran, correspondería a ésta, que deberá figurar como titular de dichos bienes y derechos, los cuales, se añade, «se harán constar en su inventario y en el Registro de Fundaciones, y se inscribirán en su caso, en los Registros correspondientes».

Lo que nos interesa especialmente es la previsión de la LF respecto de lo que podemos denominar el *dinamismo* del patrimonio fundacional. En efecto, tal y como éste se concibe, y a la vista de lo previsto en los artículos 21 y 22 LF, la fundación, siendo un patrimonio destinado a un fin de forma duradera, no supone en absoluto un patrimonio inmovilizado ni cualquier suerte de *mano muerta* rediviva. Siempre que el cumplimiento de los fines fundacionales esté garantizado, dentro de los límites que se establecen para ello, el patrimonio fundacional va a poder desarrollar una presencia activa en el tráfico, a través de diversas operaciones: desde las más básicas, como son la enajenación, el gravamen, la donación o la subvención, a otras más *complicadas* como puede ser una transacción. A estas operaciones se refiere expresamente el artículo 21 LF. Este *dinamismo* de la fundación se pondría igualmente de manifiesto en el artículo 22 LF, relativo a la capacidad de las fundaciones para recibir herencias, legados y donaciones. Se trata de algo que la LF considera beneficioso para la fundación, como se desprende del hecho de que

en MUÑOZ MACHADO, *et al.* (dirs.), *Comentarios a las leyes de fundaciones y de mecenazgo*, Madrid, 2005, pp. 277-356. Posteriormente, partiendo de este texto pero mejorado y ampliado, véase «Algunas cuestiones sobre la gestión patrimonial de la Fundación», en CAZORLA PRIETO, L. M. *et al.*, *Fundaciones: problemas actuales y reforma legal*, Pamplona, 2011, pp. 219-247. También véase SERRANO CHAMORRO, M.^a E., *Las fundaciones: dotación y patrimonio*, Madrid, 2010 (3.^a ed.), aunque sorprendentemente se deja atrás, ya que prácticamente no lo aborda, las cuestiones relativas a los actos de disposición del patrimonio fundacional, cfr. pp. 260-264 (aunque se autoremita a otro trabajo de su autoría: «Composición, administración y disposición del patrimonio de las fundaciones», *Act. Civ.*, 2009, pp. 2486-2513, en el que dice abordar esta cuestión, no lo trata en realidad).

no se puedan «repudiar herencias o legados ni dejar de aceptar donaciones sin la previa autorización del Protectorado, o en defecto de éste, sin aprobación judicial con audiencia del Ministerio público».

El régimen previsto en el artículo 21 LF para los supuestos de disposición de los bienes y los derechos que integran el patrimonio fundacional es bastante sencillo¹⁷. La Ley diferencia según el tipo de acto de disposición de qué se trate y de qué bienes y derechos sean los implicados en éste. En función de estos criterios, dispone bien que haya de solicitarse previa autorización del Protectorado para poder llevar a cabo el acto, bien que baste con que le sea comunicado una vez realizado. En concreto, será necesaria la autorización previa del Protectorado —que se concederá, se señala, si existe justa causa debidamente acreditada—, cuando se trata de «la enajenación, onerosa o gratuita, así como el gravamen de los bienes y derechos que formen parte de la dotación, o estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales» (art. 21.1 LF). En cambio, los actos de disposición relativos a los bienes que no forman parte de la dotación o que no están vinculados directamente al cumplimiento de los fines fundacionales deberán ser sólo comunicados al Protectorado en el plazo máximo de treinta días siguientes a su realización. Se aclara que estarían comprendidos en esta obligación de comunicación actos que supongan, «la transacción o compromiso, y de gravamen de bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes de interés cultural, así como aquellos cuyo importe, con independencia de su objeto, sea superior al 20% del activo de la fundación que resulte así del último balance aprobado» (art. 21.3 LF). Además de ésta autorización o de esta comunicación al Protectorado, se dispone la constancia de los actos de disposición en el Registro de Fundaciones, así como en el Registro de la Propiedad o en el Registro público que corresponda por razón del objeto (art. 21.4 LF)¹⁸.

¹⁷ Como señala GONZÁLEZ CUETO, T., *Comentarios a la Ley de Fundaciones. Ley 50/2002, de 26 de diciembre*, Pamplona, 2003, p. 173, este artículo es una de las más importantes novedades de la Ley, en la línea marcada por ésta de flexibilizar las relaciones entre cada fundación y su Protectorado respectivo. En el sentido que estamos tratando, de desconfianza y sospecha hacia las fundaciones, entiende GONZÁLEZ CUETO, este precepto partiría de entender que «el sistema había alcanzado una madurez suficiente y el sector era fiable, al menos mayoritariamente», siendo razonable «acometer el proceso de dotar de mayor autonomía de gestión a las fundaciones y, en consecuencia, a sus patronatos».

¹⁸ En general, sobre este precepto, véase GONZÁLEZ CUETO, T., *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, cit., pp. 173-180; y MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T., «Artículo 21. Enajenación y gravamen», en OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Valencia, 2008, pp. 541-591.

Aquello que se echa en falta en este régimen jurídico —además de otras cuestiones de detalle que son tratadas, como ahora veremos, en el Reglamento que desarrollará la Ley tres años después—, es establecer cuáles son las consecuencias del incumplimiento, es decir, qué sanción lleva aparejada la realización de un acto no autorizado o no comunicado. Lo único que se hace, de forma bastante vaga e innecesaria, es establecer en el artículo 21.3 *in fine* LF que el Protectorado podrá ejercer las acciones de responsabilidad que correspondan contra los patronos, cuando los acuerdos del patronato resultaren lesivos para la fundación en los términos previstos en la Ley.

Sí se ocupa de regular la LF algo que se discute en la primera Sentencia que consideramos —incluso constituye el fundamento de la demanda interpuesta por la Junta de Andalucía— como es qué ha de entenderse por bienes y derechos, que sin constituir parte de la dotación, sí están directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales —supuesto en el que, como acabamos de ver, es necesario para su disposición contar con la previa autorización del Protectorado—. El artículo 21. 2 LF utiliza el criterio de la adscripción o señalamiento expreso de tal carácter; así establece que ha de entenderse que dicha vinculación existe cuando la misma está contenida en una declaración de voluntad expresa, ya sea del fundador, del Patronato de la fundación o de la persona física o jurídica, pública o privada, que realice una aportación voluntaria a la fundación, siempre respecto de los bienes aportados, como es obvio. La vinculación, se añade —y refuerza, creemos, la exigencia del carácter expreso de ésta—, también podrá darse por resolución motivada del Protectorado o de la autoridad judicial, posibilidad que presupone, entendemos, la existencia de un conflicto sobre si unos determinados bienes o derecho presentan tal condición¹⁹.

Como hemos adelantado, el Reglamento de Fundaciones de competencia estatal (RFCE), aprobado por el Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, regula con mayor detalle, como corresponde a una norma de esta naturaleza, el régimen jurídico del patrimonio fundacional (cfr. arts. 16 a 22). Describe mejor la configuración y la composición de éste (art. 16) y el régimen de disposición y gravamen de los bienes de la fundación (art. 17). Se extiende de manera prolija sobre cómo debe ser la solicitud de autorización

¹⁹ Este apartado 2 del artículo 21 se introduce en la LF 2002 proveniente del Real Decreto 316/1996, de 23 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de Competencia Estatal, que así lo establecía en su artículo 4.1, en desarrollo aclaratorio del artículo 19 LF 1994 que no lo recogía. Sobre esta cuestión en el RFCE 1996, véase OLMOS VICENTE, I., «El régimen de autorizaciones para enajenar y gravar bienes de las fundaciones», en PIÑAR MAÑAS, J. L. y OLMOS VICENTE, I. (dirs.), *Las fundaciones. Desarrollo reglamentario de la Ley*, Madrid, 1997, pp. 159-160.

y la comunicación por parte del patronato (art. 18) y el procedimiento de autorización administrativa del Protectorado (art. 19). A diferencia de lo que hemos visto que sucede con la LF, con su vaga previsión del artículo 21.3 *in fine*, el Reglamento sí contempla en cambio qué sucede, cuáles son los efectos de la falta la autorización previa o de comunicación al Protectorado (como ya lo había hecho también, hay que decirlo, el Reglamento anterior de desarrollo de la LF 1994 promulgado en 1996). En concreto, el artículo 21 RFCE, dispone dos cosas: primero, habilita al Protectorado para requerir del patronato, para lo que dispondrá éste de un plazo de quince días, cuanta información considere conveniente cuando haya tenido conocimiento de que se han llevado a cabo actos de disposición o gravamen sin la preceptiva autorización o sin cumplir la obligación de comunicar el acto o negocio realizado; y segundo, lo más determinante, el Protectorado, a la vista de las circunstancias concurrentes, resolverá sobre la procedencia de subsanar el defecto, y autorizará a posteriori el negocio efectuado, ello sin perjuicio de que pueda entablar una acción de responsabilidad contra los patronos o de que pueda solicitar de la autoridad judicial su destitución. La previsión del RFCE resulta, como decimos, determinante para establecer el alcance de la ineficacia del acto realizado sin la correspondiente autorización previa, en el sentido de que hace muy difícil sostener que pueda estarse ante un supuesto de nulidad radical o absoluta. Al magistrado ponente de la Audiencia Provincial hay que ponerle en su deber el desconocimiento o al menos la falta de referencia a este precepto que hubiese apuntalado su opinión (o intuición) de que la sanción prevista para estos casos no es la nulidad radical sino lo que él denomina, de modo no muy afinado, como nulidad *simple*.

Por su parte, la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía, cuya entrada en vigor, como hemos visto, tuvo lugar entre el primero y el segundo de los episodios que dan lugar a los asuntos resueltos en las Sentencias consideradas, y que se aplica, por tanto, sólo al último, regula los actos de disposición del patrimonio fundacional en su artículo 30. Lo hace de forma muy parecida a la Ley estatal, estableciendo sustancialmente el mismo sistema de autorización previa y de simple comunicación, según se trate de unos supuestos u otros. La LFCAA puede calificarse como de mucho más intervencionista —así lo hace el ponente de la Audiencia Provincial en el segundo de los supuestos—, a diferencia de lo que sucede con otras leyes autonómicas de fundaciones que reducen la intervención del Protectorado a la comunicación²⁰. Esta calificación no es caprichosa. Se basa en los requisitos generales que establece, en el apartado 1

²⁰ Véase SANTOS MORÓN, M.³ J., «Algunas cuestiones sobre...», cit., p. 223, nota. 13.

del precepto, para este tipo de actos (requisitos que, como ya hemos visto, en el régimen estatal se encuentran en el art. 18 RFCE). En primer lugar, establece que los actos de disposición y también los de administración de todos los bienes de la fundación, sin distinción, es decir, pertenezcan o no a la dotación, serán a título oneroso. En segundo lugar, dispone que habrá de estar justificada la necesidad o conveniencia de dichos actos así como la inversión prevista de la contraprestación, salvo que se trate de prestaciones propias del cumplimiento del fin fundacional. Es evidente que se trata de un régimen mucho más limitativo —sólo podrá disponerse onerosamente— y en el que se exige una mayor concreción o precisión, digámoslo así, por parte de la fundación y del patronato que pretende realizar un acto de estas características y que debe reclamar la autorización del Protectorado o comunicárselo. Pero donde se aprecia ese mayor intervencionismo es en el hecho de que incluya, entre los actos que han de ser objeto de autorización previa por parte del Protectorado, aquellos en los que se disponga de bienes o derechos que, con independencia de su objeto, representen un valor superior al 20% del activo de la fundación que resulte de su último balance anual aprobado (art. 30.2, c). En el régimen estatal, apenas reseñado, la intervención del Protectorado con relación a este supuesto se resuelve con la mera comunicación de la realización de dicho acto y no con la exigencia de la previa autorización por parte de éste.

Pero lo que no se hace tampoco en la Ley autonómica, al igual que sucede con la LF estatal, es establecer la sanción correspondiente en caso de incumplimiento de estos requisitos. A lo más que se llega, de nuevo, es a recordar la habilitación del Protectorado para ejercitar acciones de responsabilidad contra los patronos que adopten este tipo de acuerdos lesivos para la fundación (art. 30.3, II LFCAA).

A modo de ilustración, hay que decir que el Reglamento de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía, aprobado mediante Decreto 32/2008, de 5 de febrero²¹, no aplicable por tanto a ninguno de los supuestos aquí debatidos, que son de septiembre de 2006, regula de forma muy prolija y detallada, en los artículos 18 a 24, el régimen de disposición y gravamen de los bienes de la fundación, estableciendo cómo deben proceder los patronatos de las fundaciones que realicen un acto de estas características y cómo ha de actuar el Protectorado en estos supuestos. Por lo que atañe a las consecuencias y a las sanciones a imponer en el caso de que falte la solicitud

²¹ Sobre esta disposición en general, véase ORDÓÑEZ MUÑOZ, A., «El Derecho de Fundaciones de Andalucía», en DE LORENZO, R., *et al.*, *Tratado de Fundaciones*, Pamplona, 2010, pp. 385-386.

de autorización o la comunicación, su artículo 24 no va mucho más allá de lo que hemos visto en su equivalente, en el Reglamento estatal, reproduciéndolo prácticamente en su totalidad, en la línea vista de permitir la posibilidad de subsanar el defecto ratificando el Protectorado a posteriori el acto efectuado²². Sí se introduce, y esto sí constituiría una novedad respecto de la norma estatal, un supuesto más, previsto en el apartado 3, relativo a la adquisición de un bien inmueble, acordada por el patronato de la fundación, mediante la constitución sobre el mismo de un préstamo hipotecario sin que sea posible, por razones de mercado o de interés para ésta, solicitar la autorización del Protectorado. En este caso, así se dispone, el patronato habrá de proceder en el plazo de un mes a contar desde la constitución del préstamo hipotecario a aportar la documentación necesaria —se establece expresamente en el art. 20. a), solicitando del Protectorado la ratificación de lo actuado—²³. Esta previsión se mueve en la línea de entender que la exigencia de estos requisitos no ha de equivaler necesariamente, cuando son conculcados, a la nulidad radical y absoluta del acto de disposición que los incumple.

Éste es, básicamente, el marco normativo en el que se desenvuelven los dos supuestos discutidos aquí, si bien uno se desarrolla bajo la vigencia exclusiva de la LF estatal y otro, por pocos días, bajo la de la LFCAA. Aun tratándose en ambos casos de actos de disposición de inmuebles pertenecientes a la misma fundación, la cuestión principal finalmente dilucidada en cada una de las resoluciones del Tribunal Supremo es distinta. Ambas han sido adelantadas ya, y van a ser abordadas sucesivamente en el orden cronológico de las Sentencias.

IV. La disponibilidad de los bienes de la fundación vinculados directamente al cumplimiento de sus fines

En la primera de las Sentencias consideradas, en la de 7 de marzo de 2011, todo se centra finalmente en determinar qué significa que un bien, formando parte del patrimonio fundacional, está directamente vinculado al cumplimiento de los fines fundacionales. De ello depende, en el supuesto discutido en esta Sentencia, que fuera necesario o no previamente a la disposición del

²² Véase ORDÓÑEZ MUÑOZ, A., «El Derecho de Fundaciones de Andalucía», cit., p. 393.

²³ ORDÓÑEZ MUÑOZ, A., «El Derecho de Fundaciones de Andalucía», cit., p. 394, critica, con razón, este supuesto contemplado en el Reglamento de Fundaciones Andaluzas, tildándola de regulación un tanto sorprendente, además de parcial e incompleta, que permite pensar en la posibilidad de su aplicación analógica a otras situaciones de disposición patrimonial por parte de las fundaciones (sin contar con la preceptiva autorización de la administración) en las que primen razones de urgencia.

bien —en este caso, se aporta a una sociedad de responsabilidad limitada— contar para ello con la autorización del Protectorado. Recordemos que el Juzgado de Primera Instancia entendió que no se había cumplido esta prescripción legal, ya que el inmueble, en el que la fundación tenía además fijado su domicilio efectivo, debía considerarse vinculado directamente a los fines fundacionales —incluso, se llega a afirmar en la misma, que formaba parte de la dotación inicial de la fundación—. La Audiencia Provincial, como también hemos visto, no lo consideró así, concluyendo que de los dos requisitos exigidos por el artículo 21. 1 LF, necesarios para que se dé la exigencia de autorización del Protectorado, no concurre el consistente en que el bien objeto de disposición forme parte de la dotación o que, sin formar parte de ésta, se encuentre vinculado, mediante voluntad expresa en ese sentido, a los fines de la fundación, sin que el hecho de designar en el inmueble el domicilio de ésta implique necesariamente tal vinculación.

En el Fundamento de Derecho segundo de la Sentencia se aborda la cuestión, dando la razón a la Audiencia —lo que compartimos—, ayudando por añadidura a fijar la doctrina de cómo debe interpretarse y aplicarse este requisito que da lugar a la necesidad de la autorización previa en este tipo de actos. El motivo del recurso de casación, tal y como lo plantea la administración demandante y recurrente, parte del presupuesto de que para determinar si existe o no vinculación directa del inmueble enajenado al cumplimiento de los fines fundacionales, no ha de acudirse en exclusiva, como hace la Sentencia de la Audiencia, a la existencia de una voluntad expresa (ya sea del fundador, del patronato de la fundación o de la persona física o jurídica que realiza la aportación, o, en su caso, como alternativa, una resolución motivada del Protectorado o de la autoridad judicial) sino que hay que tener en cuenta la posibilidad, nada infrecuente, de que dicha vinculación se realice en los estatutos de la fundación. En efecto, en los estatutos de la fundación que protagoniza estos hechos, en su artículo 25, y es una declaración bastante habitual en los de muchas fundaciones, se determina la vinculación de todo el patrimonio fundacional al cumplimiento de los fines de ésta. El Tribunal Supremo concluye que no debe confundirse esta vinculación «genérica» —así la califica—, realizada de este modo en los estatutos, con una vinculación «expresa y concreta», que es el presupuesto para la autorización previa. Entenderlo de este modo, como se plantea en el recurso, señala la Sentencia, equivaldría a privar de sentido al artículo 21 LF «que distingue entre los bienes directamente vinculados, para cuya enajenación o gravamen es precisa la autorización del Protectorado, de aquellos otros, que únicamente exigen la comunicación a éste». En esta línea, concluye, el artículo 21.2 LF contendría «una norma de interpretación auténtica» acerca de qué debe

entenderse por vinculación directa a los fines fundacionales, estableciendo los supuestos en los que esta circunstancia se da, ninguno de los cuales sucede en este caso²⁴.

En el supuesto de la Sentencia, se cumplió con lo previsto en el artículo 21.3 LF, procediendo el patronato a comunicar por vía notarial tanto la constitución de la sociedad por parte de la fundación como la aportación del inmueble en cuestión.

Hay que partir, como se hace bien en la Sentencia de la Audiencia, de que todos los bienes de la fundación están vinculados a sus fines si bien hay unos, los que conforman la dotación y aquellos que sin formar parte de ésta se vinculan expresamente a la misma, que están *más* vinculados que otros, que el resto de bienes que también integran el patrimonio fundacional. Ello es lo que da sentido al artículo 21. 2 LF; en otro caso, no lo tiene.

En este punto, creemos que ha de compartirse la interpretación del Tribunal Supremo, coincidente con la de la Audiencia Provincial. La lógica con la que se plantea el recurso es distinta de la que fundamenta, pensamos, el artículo 21 LF. Éste parte de la idea de que en una fundación no todos los bienes y derechos, no todo su patrimonio, tienen que estar vinculado al cumplimiento de sus fines. Cuestión distinta es que exista de hecho —como no puede ser de otro modo— una vinculación genérica de todo el patrimonio a la fundación que ostenta la titularidad sobre el mismo. Dicha vinculación es la que, como hemos visto, puede (y suele) hacerse constar, de ese modo genérico, en los estatutos. Pero entender, en un ejercicio claro de apriorismo, que todos los bienes, sin distinción, están vinculados a los fines fundacionales al mismo nivel contradeciría, entre otras cosas, la lógica diferenciación entre dotación y patrimonio. Y privaría de sentido absolutamente al artículo 21 LF. En definitiva, hay que tener claro que no todos los bienes y derechos que integran el patrimonio fundacional tienen que estar sujetos directa e inmediatamente al cumplimiento de los fines fundacionales. Ello no significa, es obvio igualmente, que no pueda existir una fundación en que ello sea así, pero porque así se haya previsto expresamente, en el modo en

²⁴ OLMOS VICENTE, I., «El régimen de autorizaciones...», cit., p. 160, ocupándose del artículo 4.1 RFCE 1996, antecedente inmediato del actual artículo 21. 2 LF, señalaba que debía interpretarse restrictivamente y no exigirse autorización, «al tratarse de una limitación al poder de disposición del Patronato», y lo justificaba, si bien, matizaba de inmediato, en la línea que mantendremos que «ante la duda fundada y razonable de que un determinado bien pueda estar directamente vinculado, parece preferible asumir la necesidad de la autorización o, al menos, condicionar la enajenación a condición suspensiva, por si al efectuar la comunicación al Protectorado éste estimara que es necesaria la autorización».

que el apartado 2 del artículo 21 LF lo contempla. El carácter expreso en el establecimiento de la vinculación es evidente que opera a favor de la seguridad jurídica, como puede percibirse justamente en este caso. La aportación concreta de esta Sentencia consistiría en interpretar que la declaración genérica contenida en los estatutos de la fundación —tan habitual, debe insistirse, en los estatutos de muchas fundaciones—, no colma el requisito del carácter expreso y concluyente de la vinculación²⁵.

Esta misma línea de razonamiento es la que explica que en la Sentencia se rechacen los otros motivos de la recurrente, empeñados en sostener la vinculación del inmueble donado a los fines fundacionales. No se admite como tal, y para ello se invoca el artículo 6 LF, el que se establezca, como de hecho sucedió, el domicilio de la fundación en dicho inmueble. En opinión de la recurrente, el domicilio tendría una importante vinculación con la actividad fundacional y revelaría por sí solo la existencia de la vinculación requerida. La conclusión de la Sala de lo Civil, que acoge lo sostenido por la Audiencia, es que el hecho de designar como domicilio un edificio concreto no implica necesariamente la vinculación de éste al fin de la fundación, ya que éste, el domicilio, es perfectamente fungible y modificable. En definitiva, la conclusión es que no basta que se establezca como domicilio un inmueble para que éste quede afectado a los fines fundacionales. Con lo cual, entendemos, se subraya la necesidad de que dicha vinculación tenga carácter expreso, con independencia de quién o cómo se lleve a cabo²⁶.

V. La sanción por el incumplimiento del requisito de la autorización previa, cuando se pretende disponer del patrimonio de la fundación

La otra cuestión debatida, también ya adelantada y que nos parece, sin duda, más importante, se aborda con extensión en la segunda de las Sentencias del TS que comentamos, de 20 de julio de 2011. Es la relativa a la sanción que corresponde cuando se produce el incumplimiento del requisito de la autorización previa, cuando se pretende disponer de un bien o derecho de la fundación, en los términos establecidos legalmente. En el caso analizado,

²⁵ Esta conclusión es ratificada en la otra STS que tratamos aquí, en su Fundamento de Derecho sexto, si bien con relación al artículo 30. 2 II LFCOA, que concluye «que para que sea operativa la vinculación genérica de los bienes a los fines fundacionales es necesario que exista un acuerdo expreso que vincule de manera directa y concreta un bien a dichos fines».

²⁶ En este sentido, véase MONTES PENADÉS, V. L., «El patrimonio», cit., p. 699. También GONZÁLEZ CUETO, T., *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, cit., p. 175, y MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T., «Artículo 21. Enajenación y gravamen», cit., pp. 567-568.

en el que es la Ley andaluza de Fundaciones la que se aplica y no la estatal, la conclusión de la Audiencia Provincial de Sevilla, enmendándole la plana al Juzgado de Primera Instancia, fue la de que, si bien se había producido un claro incumplimiento del artículo 30.2 c) LFCAA, por ser el inmueble aportado a la sociedad constituida de valor superior al 20% del activo de la fundación, el acuerdo del patronato de 23 de septiembre de 2005 en el que así se acordó estaba afectado por una nulidad «simple» —así se calificó— y no de pleno derecho. El razonamiento de la Sentencia del tribunal *a quo*, que nos parece una tanto confuso y forzado, fue el siguiente: «es nulo, si bien la nulidad de la que adolece no es de pleno derecho, pues considera este Tribunal que dicho defecto podría ser sanado, en caso de obtener la correspondiente autorización del Protectorado, aunque sea con posterioridad, al no ser un defecto esencial, toda vez que no se trata ni de un bien que forme parte de la dotación inicial ni mucho menos hay que considerarlo directamente vinculado al cumplimiento de los fines fundacionales, como razonamos en la Sentencia citada, pues todos los bienes de una Fundación necesariamente están vinculados al cumplimiento de los fines de la fundación y sólo están directamente vinculados los que expresamente se vinculen cuando dicha vinculación esté contenida en una declaración de voluntad expresa, ya sea del fundador o 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. Igualmente, tal vinculación podrá realizarse por resolución motivada del Protectorado o de la autoridad judicial. Como expresamente lo establece el Artículo 30.2 párrafo 5 de la Ley andaluza aplicable, sin que conste esa declaración expresa y terminante, más allá de lo que es una declaración genérica de afectación de un bien a un fin, propio de la naturaleza de las fundaciones».

Como ya señalamos antes, quizá el ponente de la Audiencia Provincial podría haber encontrado otros argumentos más contundentes, mejor elaborados, con los que sostener su razonable apreciación de que estamos ante una nulidad —aunque quizá haríamos mejor en utilizar otro término— que puede ser sanada o corregida. Un buen apoyo, como también adelantamos, del que no se hace eco, es el que ofrece el RFCE, vigente cuando se dicta esta resolución y cuya lectura deja pocas dudas respecto de que la sanción pueda ser (no debe serlo) la nulidad radical o absoluta.

Con un argumentario tan lábil no debe extrañar, por tanto, que el Tribunal Supremo le haya enmendado a su vez la plana. En primer lugar, la STS se hace eco de la deficiencia técnica de la LFCAA —al igual que sucede con la Ley estatal— de no contemplar expresamente la sanción, ni de nulidad ni

de ningún otro tipo —salvo la reclamación de responsabilidad de los patronos—, que llevan aparejados los actos o acuerdos que no respeten las previsiones establecidas para la enajenación o gravamen de los bienes de la fundación. En segundo lugar, ello hace que haya de acudir al artículo 6.3 CC —que es el que se considera directamente infringido en el motivo de casación—, que proclama, con carácter general, la nulidad de pleno derecho de los actos contrarios a las normas imperativas o prohibitivas, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de su contravención. En aquellos casos, se señala a continuación, en los que el acto es contrario a algún precepto legal pero no se ordena mantener su validez ni se establece su nulidad, el Tribunal Supremo tiene establecido que será el juzgador en cada supuesto el que debe analizar la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados. Esta valoración le permitirá concluir bien con la declaración de la validez del acto contrario a la ley, si la levedad del caso lo permite, bien aplicando la sanción de nulidad en los supuestos en que concurran trascendentales razones que hagan patente el carácter gravemente contrario a la ley, a la moral o al orden público (SsTS de 18 junio de 2002 y de 27 de febrero de 2004).

Con este planteamiento, dando por cierto —eso no se discute—, el incumplimiento del artículo 30.2 c) LFCAA, y teniendo en cuenta que ésta, como acaba de señalarse, no contempla expresamente la sanción de nulidad, lo que procede y así lo lleva a cabo la Sala es analizar «si la finalidad de la norma vulnerada justifica que la infracción determine la nulidad absoluta del acto». La conclusión de la Sala es afirmativa, en el sentido de que el acuerdo impugnado es nulo de pleno derecho, basándose en el siguiente razonamiento: «El artículo 30 LFCAA persigue hacer efectivo el sometimiento de las fundaciones a la tutela y protección de los poderes públicos, como garantía de cumplimiento de la voluntad fundacional, dirigida a la consecución de un interés general o público. Por tanto, la inexistencia de la preceptiva autorización —al margen de que su falta pueda o no ser subsanada— lleva consigo la nulidad radical del acto, pues con ello se ha dejado sin efectividad una norma que persigue un fin que trasciende más allá de cuestiones estrictamente económicas, puesto que va dirigido a la protección del interés público».

El razonamiento del Tribunal Supremo, aunque finalmente sostengamos también la ineficacia del acto de disposición, nos parece muy mejorable y bastante discutible en alguno de sus extremos. En primer lugar, no creemos que sea indiferente que la contravención, la «falta», como la califica, de lo prevenido en la Ley —en este caso, la LFCAA pero vale lo mismo para la

LF estatal—, pueda o no ser subsanada. El hecho de que pueda serlo es lo que explicaría que estemos ante un supuesto de nulidad radical o absoluta o ante *otra cosa*, ante otra sanción o categoría de invalidez o de ineficacia —según la Sentencia de la Audiencia Provincial que se casa con esta resolución, una nulidad «simple», calificación, como ya hemos apuntado, cuando menos no muy afortunada por lo poco elaborada que resulta—. La Sentencia no alude en ningún momento —al igual que sucedía en el tribunal *a quo*— a los artículos del RFCE y del RFCAA, que prevén la posibilidad de la subsanación. Recordemos que este último, que es el que sería de aplicación en este caso —aunque no pudo ser tenido en cuenta por la Audiencia Provincial, pues no había sido promulgado aún—, contempla expresamente la posibilidad de subsanar el defecto, ratificando el Protectorado *a posteriori* la enajenación o el gravamen efectuado sin la correspondiente autorización. Esto impide entender, insistimos, que en estos supuestos pueda hablarse de nulidad absoluta o radical. Lo que no está muy claro es ante qué tipo de sanción e ineficacia estamos. De todo ello, como ahora veremos, se ha hecho eco la doctrina que ha abordado la cuestión.

Que no pueda hablarse de nulidad absoluta o radical no significa que el acto de disposición, el acuerdo de aportación del inmueble a la constitución de una sociedad mercantil, sea válido y eficaz. Es más, en este caso, nos parece que hay que dar la razón al Tribunal Supremo, al declararlo ineficaz aunque no acierte, creemos, en el modo en que lo califica (como radicalmente nulo). Porque es evidente que el artículo 24 RFCAA, además de desterrar la nulidad absoluta, está señalando un camino para que un acto de disposición que requiere de autorización previa por parte del Protectorado —en este caso, la enajenación de un inmueble que representa más de un 20% del activo del balance de la fundación— pueda ser eficaz, aunque no se haya cumplido dicho requisito. El problema es que este artículo 24 RFCAA, de desarrollo de la LFCAA y que viene a paliar en parte el defecto técnico de ésta de no especificar claramente la sanción que corresponde en estos casos, no estaba vigente en septiembre de 2005 cuando se adopta el acuerdo discutido. Podemos sólo preguntarnos acerca de aquello que cabía que se hiciera entonces, lo que supone entrar en la especulación o en la valoración de lo que llevan a cabo cada una de las instancias judiciales y que nos puede resultar, como hemos dicho, más o menos convincente.

Lo que sí está claro, y es desde luego determinante, es lo que sí hizo efectivamente la Administración, en este caso el Protectorado de la Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía, y que fue no convalidar o subsanar la falta de autorización previa dando por buena y suficiente la comunicación

a posteriori de la adopción del acuerdo (cosa que sí se hizo por parte de la fundación). Este modo de proceder del Protectorado, reaccionando ante la que estima una infracción de la norma aplicable a este tipo de supuestos, ofrece, en nuestra opinión, pocas dudas sobre la ineficacia del acto, aunque no tengamos muy claro de qué tipo de ineficacia se trata o cómo puede calificarse exactamente.

La Audiencia Provincial al calificar la nulidad como «simple» y no añadir cuáles pueden ser las consecuencias de la misma, cuando menos si el acto podía ser o no convalidado, no estaba contribuyendo desde luego a aclarar dicha cuestión. En este sentido, habría tenido algo de razón la recurrente —aunque no se la termine dando el Tribunal Supremo—, cuando planteó, además del recurso de casación, donde ya hemos visto que sí obtiene el parecer favorable de la Sala Primera, un recurso extraordinario por infracción procesal, por entender contravenidas, en este caso, las normas procesales reguladoras de la Sentencia. En el recurso, la letrada alegó que la Sentencia impugnada había incurrido en defectos de motivación, al no exponer la razón por la que se declaraba la nulidad «simple» del acuerdo discutido y no la nulidad absoluta del mismo; una falta de motivación que también habría generado confusión y planteado añadidos problemas de ejecución de la Sentencia, ya que en ella no se determinaba la parte a la que correspondía tomar la iniciativa para subsanar la falta de autorización de la enajenación por parte del Protectorado, quedando indeterminadas las consecuencias derivadas de la posible falta de concesión de tal autorización. Este recurso, eminentemente procesal, es desestimado, también por razones eminentemente procesales, al entender el Tribunal Supremo que hubo motivación suficiente de la Sentencia.²⁷ En cuanto a qué atenderse y cómo debía haberse procedido después de la Sentencia de la Audiencia, sobre «cuál de las partes litigantes debe tomar la iniciativa para subsanar la falta de autorización de la enajenación y que no han quedado fijadas las consecuencias derivadas de la posible falta de concesión de la autorización por parte del Protectorado», la respuesta de la Sala es todavía más *procesalista* si cabe, señalando que dichas omisiones podían haber

²⁷ En concreto, se concluye del siguiente modo: «La Sentencia impugnada cumple con las exigencias derivadas del deber de motivación, ya que permite conocer el criterio jurídico por el que se declara que el acuerdo impugnado no es nulo de pleno derecho, sino susceptible de ser convalidado por una aprobación a posteriori del Protectorado. La razón en que se basa la Sentencia recurrida es que el inmueble enajenado no forma parte de la dotación inicial de la fundación ni está expresamente vinculado al cumplimiento de sus fines. Si este criterio es o no el procedente es una cuestión que atañe al fondo de la controversia, ajena al requisito de motivación de la Sentencia y al ámbito del recurso extraordinario por infracción procesal».

sido paliadas con una petición de subsanación de la Sentencia, al amparo del artículo 215. 1 LEC.

Sea como fuere, creemos que podría habersele exigido al magistrado de la Audiencia Provincial un mayor esfuerzo y no el que se limitase a indicar la no concurrencia de nulidad absoluta y sí de esa nulidad «simple» de la que habla. Pero sin duda a quien hay que hacerle un reproche mayor, el de no haber tenido un mayor empeño sobre la cuestión, es al Tribunal Supremo, ya que pierde la oportunidad de clarificar una cuestión que sin duda lo requiere. Es una cuestión que sigue, por consiguiente, planteando dudas en la práctica y siendo terreno abonado para la especulación doctrinal.

VI. Más sobre las consecuencias del incumplimiento de los requisitos previstos para los actos de disposición del patrimonio fundacional realizados por el patronato

Efectivamente, la doctrina ha tenido ocasión de pronunciarse con amplitud, ante el silencio del legislador, tanto en 1994 como en 2002, sobre las consecuencias del incumplimiento de los requisitos previstos para los actos de disposición del patrimonio fundacional realizados por el patronato, especialmente el de contar con la autorización previa del Protectorado. Incluso podríamos decir que el supuesto dudoso o discutible habría que circunscribirlo a aquél que se da cuando el acto de disposición se lleva a cabo sin haber realizado la solicitud, o habiéndolo hecho no se ha recibido respuesta por parte de la autoridad administrativa. En el caso en el que los actos de disposición se lleven a cabo habiendo sido denegada la autorización administrativa, parece evidente que estos han de ser considerados nulos de pleno derecho por ser contrarios a una norma imperativa (art. 21. 1 LF)²⁸. Fuera de este supuesto, en el maltratado campo (por poco claro) de la invalidez y la ineficacia negocial en nuestro Derecho privado todo es posible. El esfuerzo de los autores se ha centrado en determinar si estos actos de contravención pueden ser considerados inválidos o ineficaces, sobre lo que hay bastante unanimidad en sentido afirmativo (con la excepción, como ahora veremos,

²⁸ Así lo señalan, con acierto, PÉREZ ESCOLAR, M, CABRA DE LUNA, M.A., DE LORENZO GARCÍA, R., «Patrimonio, régimen económico y funcionamiento», en DE LORENZO, *et al.* (dirs.), *Tratado de Fundaciones*, Pamplona, 2010, pp. 269-270, que recuerdan también que el acto podrá ser además impugnado por el Protectorado como acto contrario a la Ley (art. 35. 2 párrafo segundo LF), y dar lugar al ejercicio de la acción de responsabilidad frente a los patronos por los daños que pueda haber causado la fundación y a la solicitud de destitución de los patronos responsables (arts. 35. 2 párrafo primero, 17.2 y 18.2 LF). También GONZÁLEZ CUETO, T., *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, cit., p. 177.

de Díaz Brito), y principalmente en establecer con qué tipo de ineficacia han de ser sancionados. Las dos grandes opciones —que afloran en las Sentencias comentadas aquí, especialmente en la segunda de ellas— consisten en entender bien que la sanción en este tipo de actos es la nulidad absoluta o radical, bien que lo que corresponde es la anulabilidad. En una y en otra postura se alinean, con mejores o peores fundamentos (o haciendo simple seguidismo), la mayoría de los autores que se han ocupado de la cuestión. Quizá el tratamiento más completo (y conseguido) del tema es el que le dispensa Santos Morón²⁹, tanto por lo que tiene de síntesis expositiva de las opiniones de otros autores como por la aportación propia que realiza, y que resulta, en nuestra opinión, bastante convincente.

Antes merece, no obstante, detenerse en la opinión, un tanto original, de Díaz Brito³⁰, todavía bajo la vigencia de la LF 1994 (y del RFCE 1996), pero que puede trasladarse a la situación normativa actual. Es una opinión que deja clara desde el mismo título de su trabajo sobre la validez —término escogido, hay que verlo así, después de leer el texto, con toda intención— de los actos de disposición y gravamen de los bienes fundacionales realizados sin autorización administrativa previa. Su principal conclusión, de ahí su originalidad (y lo discutible que puede resultar también), es que dichos actos son perfectamente válidos aún en el caso de que no cuenten con dicha autorización (ni siquiera a posteriori).

El autor centra muy bien la cuestión, entendiendo que el problema surgirá cuando, pese a lo dispuesto en la regulación de fundaciones sobre la necesidad de obtener dicha autorización previa para un acto de disposición o gravamen patrimonial, una fundación realice uno de dichos actos sin haber solicitado ni obtenido tal autorización. El problema, como venimos insistiendo, es que las distintas normativas, estatal y autonómica, por las que se rige este supuesto no contemplan expresamente qué ocurre cuando ello sucede, cuando se realiza un acto de estas características sin la pertinente autorización del Protectorado. La única excepción de cierta atención normativa, así lo destacaba Díaz Brito, si bien con el alcance limitado que ya hemos visto y lejos de resolver todas las cuestiones que pueden plantearse en torno a esta cuestión, la constituía el artículo 10 RFCE 1996. Así, tras analizar la regulación autonómica³¹, se ocupaba de la estatal, centrándose en

²⁹ Los trabajos ya mencionados: «El patrimonio de la fundación...», cit., pp. 340-354; y luego «Algunas cuestiones sobre...», cit., pp. 219-247, siendo este último el que usaremos y citaremos preferentemente aquí.

³⁰ DÍAZ BRITO, F.J., «La validez de los actos de disposición...», cit., pp. 876-901.

³¹ DÍAZ BRITO, F.J., «La validez de los actos de disposición...», cit., pp. 883 y 890.

este precepto, en el que, como señalaba, se aborda de modo específico (y casi único) «el régimen jurídico aplicable a los actos de disposición y gravamen realizados por una fundación sin haber solicitado la correspondiente autorización previa»³². Lo primero que hace Díaz Brito es reconocer el «carácter manifiestamente liberalizador» con que se concebía esta regulación reglamentaria en desarrollo de la LF 1994. En su opinión, era lo que correspondía y convenía a un modelo de fundación distinto, evolucionado, de aquel que estaba presente en el diseño original del rígido sistema de autorizaciones previas. Esto podía tener sentido cuando las fundaciones tenían un trasfondo patrimonial consistente, por lo general, en un conjunto de bienes inmuebles que era del que se extraían las rentas con las que se atendían los fines fundacionales. Como bien apuntaba, la obligación de los patronos de obtener autorización previa para enajenar o gravar los bienes de los que vivía la fundación constituía una garantía de la continuidad de la actividad fundacional. El nuevo tipo de fundación de finales del siglo xx, con un sustrato económico distinto, justificaría un planteamiento diferente. Este planteamiento, que calificaba como «liberalizador», habría tenido su reflejo en el hecho de que en el RFCE 1996 se habrían minimizado las consecuencias negativas que para las fundaciones podía tener el sistema de autorizaciones previas dispuesto en la LF 1994. Prueba de ello sería el que se sancionase «con benignidad», así lo calificaba, «el incumplimiento de las obligaciones de solicitar autorización previa para realizar actos de disposición o gravamen», ya que en ningún caso, concluía, «una fundación cuyo interés exija realizar un acto de disposición o gravamen sin detenerse a solicitar la autorización previa del Protectorado podrá realizar dicho acto con la tranquilidad de saber que el mismo no será nulo por tal motivo»³³.

La STS que comentamos desmiente esta aseveración de Díaz Brito. Creemos que este autor se excede al subrayar la finalidad «informativa» de la autorización previa. Es cierto, y tiene razón, en que el apartado 1 del artículo 10 RFCE 1996 se centraba en la información (hasta por dos veces aparece el término: «El Protectorado cuando tenga conocimiento de que se han realizado enajenaciones y gravámenes, sin la preceptiva autorización, requerirá al patronato cuanta información considere conveniente. El patronato dispondrá de un plazo de quince días para suministrar dicha información») pero no hasta el punto, entendemos, como la concebía Díaz Brito que la consideraba su «finalidad esencial», que esa sea la única o principal finalidad de la autorización previa. Entre otras cosas, habría que pensar que ello priva

³² DÍAZ BRITO., F. J., «La validez de los actos de disposición...», cit., p. 891.

³³ DÍAZ BRITO., F. J., «La validez de los actos de disposición...», cit., p. 892.

de sentido a la diferenciación entre autorización previa y comunicación, entre actos que requieren la primera y aquellos que precisan sólo de esta última. No podemos compartir, en su línea de razonamiento, que el objetivo de la solicitud de autorización previa sea *sólo* que el Protectorado «reciba puntual información de las operaciones que el patronato proyecta realizar, de manera que si las mismas suponen un grave riesgo para el patrimonio de la fundación pueda advertir al patronato sobre tal extremo»³⁴. La reacción del Protectorado puede ser, lo vimos en la Sentencia que analizamos aquí, algo más que la mera advertencia de que las cosas no se han hecho bien³⁵. Tiene toda la razón, sin embargo, en que el artículo 10.2 RFCE 1996 no iba mucho más allá ya que ofrecía sólo la alternativa de subsanar el defecto, otorgando posteriormente la autorización, o entablar la acción de responsabilidad contra los patronos³⁶.

Nada se dice, como ya hemos señalado, al menos de forma directa y clara, sobre la validez o la eficacia de dichos actos y sobre la capacidad que pudiera tener el Protectorado para terminar con los mismos. Como señala Díaz Brito, el Reglamento era extremadamente ambiguo e impreciso en este punto, ya que no proclamaba, de un lado, la validez de los actos realizados sin autorización previa —que él sí deducía del artículo 10.2 RFCE 1996, en cuanto que permitía la subsanación o ratificación—, pero por otro, aun aceptando la validez de dichos actos, los consideraba «defectuosos» y no dejaba claro cuál era su régimen jurídico en tales circunstancias. A la vista de todo ello, inspirándose en Lacruz Berdejo, concluye que no se trata en este supuesto de una cuestión de invalidez sino más bien de ineficacia³⁷. Dicho de

³⁴ DÍAZ BRITO., F. J., «La validez de los actos de disposición...», cit., p. 892.

³⁵ Aunque como el propio DÍAZ BRITO, F. J., «La validez de los actos de disposición...», cit., p. 893, reconoce, de forma un tanto contradictoria, ello «no está en absoluto reñido con que, una vez acreditado que se ha incumplido la obligación de solicitar autorización previa, se deban tomar medidas ante la inobservancia por parte del patronato de dicha obligación».

³⁶ DÍAZ BRITO., F. J., «La validez de los actos de disposición...», cit., pp. 893-894, analiza muy bien ambas posibilidades de actuación por parte del Protectorado, especialmente los criterios establecidos en el apartado 2 del artículo 10 RFCE: las «circunstancias concurrentes» y «la buena fe por parte de la fundación» (aunque el patronato o los patronos, sería más correcto).

³⁷ En efecto, LACRUZ BERDEJO, J. L. (cita DÍAZ BRITO *Elementos de Derecho civil, tomo II, vol. 2.º*, Barcelona, 1987, p. 343), señala la diferencia entre ambas categorías. No obstante, nos parece que todo ello lleva a incurrir en cierto nominalismo, no exento de peligros al constituir el camino directo, como se sabe, hacia el bizantinismo.

Curiosamente, esta categoría de la ineficacia, diferenciada de la invalidez, como patología del contrato, y pensada sólo para los contratos válidamente celebrados, encontró acomodo en el Código Europeo de Contratos, también conocido como Anteproyecto de Pavia, de

otro modo: los actos no serían inválidos sino ineficaces. Ello le llevaba a rechazar, al igual que ahora veremos que hace Santos Morón, las modalidades típicas de invalidez, la nulidad y la anulabilidad como aplicables en estos casos, así como que el artículo 10 RFCE 1996 contemplara una modalidad específica, creada *ad hoc*, de invalidez, distinta de éstas³⁸. Todo ello le hacía concluir que son actos perfectamente válidos, ya que no pueden ser, insistía en ello, impugnados por el Protectorado que sólo podrá ratificarlos o ejercitar la acción de responsabilidad contra los patronos.

En este punto es donde comienza nuestra definitiva divergencia con su razonamiento, al conceder un valor secundario a la acción que la LF 1994 reconocía al Protectorado «para impugnar los actos y acuerdos del patronato que sean contrarios a los preceptos legales o estatutarios por los que se rige la fundación» (cfr. art. 32.3 LF 1994 y art. 22. 7 RFCE 1996). Su argumento se vuelve en este punto un tanto circular, ya que viene a sostener

1999. El artículo 153 está dedicado a la ineficacia, entendiéndose por tal, en el apartado 1, que «Un contrato válidamente celebrado es ineficaz —es decir, no produce temporal o definitivamente los efectos jurídicos que pretendía alcanzar— bien por voluntad de las partes o por disposición legal». Concretamente, por lo que nos interesa, en el apartado 4 se señala que es «ineficaz por disposición legal», aquel «contrato para el caso de que la ley prevea como presupuesto, y no bajo sanción de nulidad, la emisión de una autorización de un órgano público o la aprobación de un particular u otro requisito semejante, hasta el momento en que dicho presupuesto tenga lugar». VATTIER FUENZALIDA, C., «Invalidez e ineficacia en los Proyectos Europeos de Derecho de los Contratos», en DELGADO ECHEVERRÍA, J. (coord.), *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Pamplona, 2007, p. 34, describe este supuesto, la ineficacia, como la que «se presenta cuando se omite una autorización exigida por una norma, o su infracción se sanciona con la falta de efectos u otra expresión semejante, en lugar de la nulidad». En su opinión, se trataría de una «cláusula de cierre», de carácter supletorio o residual respecto de los otros tipos de ineficacia o invalidez. Sobre esta ineficacia tipificada, véase también MORALES MORENO, A. M., «Anulabilidad del contrato», en VATTIER FUENZALIDA, C., et al. (dirs.), *Código Europeo de Contratos. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía). II. Comentarios en homenaje al Prof. José Luis de los Mozos y de los Mozos*, Madrid, 2003, pp. 585-586, y sobre todo PARRA LUCÁN, M.^a A., «La invalidez e ineficacia de los contratos en el Proyecto de Pavía», en GARCÍA CANTERO, G., *Anotaciones españolas al Proyecto de Pavía*, Zaragoza, 2005, pp. 778-785. Esta autora señala que por contrato ineficaz ha de entenderse aquél que contando con validez inicial, no produce los efectos jurídicos que pretendía alcanzar por voluntad de las partes o por disposición legal. Sobre este último señala, como en Derecho español, hay algunas leyes en las que se establece de modo expreso las consecuencias que para un contrato tiene «la falta de la preceptiva autorización administrativa», si bien son mayoría —y aunque nos las señala las Leyes de Fundaciones de 1994 y 2002 estarían entre ellas— las normas en las que previstas las medidas punitivas que puede adoptar la administración de que se trate, «no se contempla en cambio la relevancia civil de las autorizaciones administrativas requeridas para la celebración o ejecución del contrato».

³⁸ DÍAZ BRITO, F. J., «La validez de los actos de disposición...», cit., pp. 895-896

algo así como que siendo estos actos, los de disposición patrimonial sin autorización previa, perfectamente válidos (según su elaboración) no cabe considerarlos impugnables ya que no irían en contra de la Ley o de los estatutos. En nuestra opinión, esta sería una vía perfectamente adecuada, entonces y ahora también en la vigencia de la LF 2002, para obtener la ineficacia de dichos actos³⁹.

La aportación más elaborada sobre esta cuestión nos parece, como adelantábamos, la de Santos Morón. De entrada, resume y sistematiza bastante bien el problema. En primer lugar, señala que ni la LF 1994 ni la actual de 2002 dejan claras cuáles son las consecuencias aplicables a los actos de disposición patrimonial en los que, por exigirlo la ley, es preceptiva la autorización previa del Protectorado, y dichos actos se realizan sin tal autorización⁴⁰.

En segundo lugar, en similares términos a como lo hemos hecho, significa la importancia del artículo 21 RFCE 2005 —como antes hacía el art. 10 RFCE 1996⁴¹—, en tanto que sí establece los efectos de la falta de autorización. El hecho de que permita al Protectorado otorgar, tras la celebración del negocio, la autorización omitida es determinante a los efectos de excluir la nulidad como sanción aplicable en estos casos⁴².

En tercer lugar, se ocupa de las opciones principales exploradas por la doctrina acerca de esta cuestión, la nulidad y la anulabilidad. La primera opción, en efecto, consiste en la imposición de la sanción de nulidad de pleno derecho del negocio jurídico realizado, bien por contravenir normas impe-

³⁹ El propio DÍAZ BRITO., F. J., «La validez de los actos de disposición...», cit., p. 897, lo reconoce, de algún modo, concluyendo que lo que hay que aclarar, una vez aceptados que dichos actos son válidos, es si «son plenamente eficaces o, por el contrario, tienen de algún modo alterada su eficacia». En definitiva, nos parece que se enzarza en una construcción cuyo final ya ha preestablecido, la validez a toda costa de los actos de disposición patrimonial realizados sin autorización previa, que nos parece por ello un tanto discutible, por artificial y forzado, sin que ello suponga desmerecer en absoluto la buena elaboración (y la brillantez incluso) de sus argumentos.

⁴⁰ SANTOS MORÓN, M.^a J., «Algunas cuestiones sobre...», cit., pp. 239-240.

⁴¹ Sobre el alcance del artículo 10 RFCE 1996, además de DÍAZ BRITO., F. J., «La validez de los actos de disposición...», cit., pp. 891-899, véanse también LINARES ANDRÉS, L., *Las fundaciones. Personalidad, patrimonio, funcionamiento y actividades*, Valencia, 1998, p. 194, y VERDERA SERVER, R., «La autocontratación en las fundaciones (Los contratos entre la fundación y sus patronos y apoderados)», RJN, núm. 18, abril-junio 1996, pp. 138-139, que no duda en calificar sus soluciones como un tanto «precarias» técnicamente.

⁴² SANTOS MORÓN, M.^a J., «Algunas cuestiones sobre...», cit., pp. 240-241.

rativas *ex* artículo 6.3 CC⁴³, bien por entender que falta en estos casos el consentimiento de la fundación⁴⁴. En opinión de Santos Morón⁴⁵, que compartimos, no parece que sea la solución adecuada, ya que permitiría, señala, «a cualquier interesado impugnar el negocio celebrado y hacerlo en cualquier momento al ser imprescriptible la acción de nulidad, además de que resulta demasiado gravosa si la fundación no sufre perjuicio patrimonial». A ello ha de unirse, añade —y nos parece el argumento principal, más convincente que el que acabamos de recoger—, que la nulidad, por principio insubsanable, no sería compatible con la previsión del artículo 21.2 RFCE 2005 (como antes el art. 10 RFCE 1996) que permite al Protectorado subsanar el defecto, otorgando a posteriori la autorización omitida. El hecho de que esta posibilidad de subsanación se ofrezca, no en la ley, sino en una norma de naturaleza reglamentaria, podría presentar alguna objeción en el sentido de si es pertinente que esto se haga en esta norma menor y no en la de rango superior⁴⁶.

La segunda opción ya adelantada, con varios ilustres sostenedores, es la de entender que los actos celebrados sin la autorización del Protectorado han

⁴³ Es cierto, y ha de tenerse presente en el supuesto que analizamos, que al artículo 6.3 CC ha de interpretarse, así lo viene haciendo desde antiguo la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, de manera flexible. Sintetiza muy bien esta doctrina, comentando el precepto, CARRASCO PERERA, A., en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Código Civil. Tomo I (Arts. 1 a 151)*, Valencia, 2013, pp. 154-155: «El art. 6.3 CC sería un principio de gran generalidad, que ha de ser interpretado con criterio flexible. No es preciso que la validez del acto o contrato sea impuesta por la norma infringida, sino que debería reputarse por vía de interpretación como la solución más adecuada, como cuando se trata de incumplimiento de “formalidades accidentales”, cuando la norma o normas contravenidas han dispuesto una sanción específica distinta de la nulidad civil, cuando la “levedad” del caso no aconseja dictar la nulidad, cuando “no median transcendentales razones” para privar de validez al negocio. El resultado de estas doctrina ha sido, en la práctica, el de descalificar la relevancia civil de gran parte del Derecho sectorial de naturaleza administrativa, y admitir sólo en contadas ocasiones que su infracción sea relevante para fundar la invalidez del contrato. Son muchísimas las ocasiones en que el Tribunal Supremo ha aplicado esta doctrina para eludir la consecuencia de la nulidad del contrato que infringe norma imperativa. Mucho de los ejemplos de resolución desestimatoria se refieren a normas sectoriales de naturaleza administrativa». No creemos que la LF, en este punto de la autorización administrativa pueda calificarse como norma sectorial de naturaleza administrativa, pero sí es evidente que habrá que tener en cuenta esta doctrina.

⁴⁴ Sobre esta última posibilidad, véase LINARES ANDRÉS, L., *Las fundaciones*, cit., p. 187. A favor de la nulidad, se pronuncia expresamente OLMOS VICENTE, I., «El régimen de autorizaciones...», cit., p. 171, que explica además como sí figuraba inicialmente en el borrador del RFCE 1996, este pronunciamiento si bien fue suprimido por «no ser propio del mismo una declaración de nulidad de negocios jurídicos al margen de la legislación civil y mercantil».

⁴⁵ Antes LINARES ANDRÉS, L., *Las fundaciones*, cit., pp. 186-196, muestra los inconvenientes de la nulidad y la anulabilidad.

⁴⁶ SANTOS MORÓN, M.^a J., «El patrimonio de la fundación...», cit., p. 341.

de considerarse anulables⁴⁷. En opinión de Santos Morón⁴⁸, la tesis de la anulabilidad no sería acertada ni adecuada. La razón principal para oponerse a la anulabilidad —además de entender que no es suficiente para decantarse por ella el hecho de que la norma reglamentaria permita la subsanación del Protectorado con posterioridad a la celebración del negocio— sería el entender que el régimen de ésta no resulta «compatible» con los perfiles de esta situación. De forma más concreta, apunta a que el esquema de la anulabilidad se avendría bastante mal con el supuesto en cuestión, ya que misma está pensada como una ineficacia de índole fundamentalmente protectora del contratante perjudicado, perfil con el que cuesta identificar al Protectorado. Como no encaja, prosigue, tampoco muy bien el hecho de que la confirmación del negocio anulable sea una facultad que corresponde al contratante legitimado para ejercitar la acción de anulabilidad (arts. 1309 y ss. CC).

Creemos no obstante, aun compartiendo su opinión, que Santos Morón hace una lectura un tanto rígida y estricta de la anulabilidad, contemplándola sólo en clave contractual. Como señalara De Castro⁴⁹, el CC, que con no mucha fortuna ni concreción establece el llamado sistema de anulabilidad en los artículos 1300 a 1304; y 1307 a 1314, deja abierta la pregunta de si ésta puede aplicarse a otros supuestos y no es exclusiva de los contratos. A este respecto, De Castro⁵⁰ —en la misma línea sustentada por el TS— entendió que la anulabilidad puede aplicarse a los demás negocios jurídicos, sobre la base de dos argumentos. Primero, que la regulación del contrato no tiene carácter especial o cerrado, sino que posee un cierto valor ejemplar y orientador sobre la regulación de la autonomía de la voluntad y de los medios arbitrados para su defensa. Segundo, que la facultad de ejercicio de la acción

⁴⁷ En esta dirección se habría movido MONTÉS PENADÉS, V. L. «El patrimonio», cit., p. 698, quien concluye, después de señalar que no debería apreciarse «siempre de oficio la nulidad ni aplicar con rigor las consecuencias de la nulidad radical», que «El interés afectado puede verse atendido y, en su caso, reparado mediante el tipo de la anulabilidad, de modo que el acto impugnado podrá ser impugnado por el fundador, por el aportante que haya vinculado a los fines la aportación realizada, por el Protectorado, por uno o más patronos disidentes o ausentes, pero dentro del plazo de caducidad de cuatro años del artículo 1301 CC, que contará desde la fecha del acto o negocio, será confirmable (arts. 310 y 1311) y para ello bastará con que el Protectorado autorice *ex post facto* el acto de disposición realizado». También GONZÁLEZ CUETO, T., *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, cit., p. 177, si bien delimita estrictamente la aplicación de la anulabilidad, como la tesis más razonable, a aquellos supuestos en los que la autorización no se ha solicitado, dado que el Reglamento de Fundaciones de competencia estatal ha admitido la subsanación. Antes, para la LF 1994, véase ORTÍ VALLEJO, A., «Notas sobre la capacidad de las fundaciones», Act. Civ., 1998, núm. 36, p. 887.

⁴⁸ SANTOS MORÓN, M.^a J., «Algunas cuestiones sobre...», cit., p. 241.

⁴⁹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, cit., p. 499.

⁵⁰ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, cit., p. 501.

queda al arbitrio de aquellos en cuya protección se ha establecido la sanción. Y es que, como destaca últimamente Carrasco Perera⁵¹, la anulabilidad se caracteriza «fundamentalmente por ser un régimen de ineficacia contractual sustentado en una finalidad de protección de una parte del contrato, ante contingencias que han afectado negativamente a la producción del consentimiento contractual emitido por esta parte», en definitiva, concluye, «Se trata de la defensa de intereses privados, y, por ello, disponibles por la parte legítimada». Precisamente este autor, ocupándose de la que denomina «La expansión de las normas de la anulabilidad»⁵², llega a la conclusión, bastante aprovechable para lo que nos ocupa, de la dificultad de trasladar el régimen de la anulabilidad a según qué actos y negocios: «Esto nos conduce —afirma— a una solución global aparentemente deprimente, pero sabia a la luz de la ingente Jurisprudencia existente en materia de nulidades que el régimen aplicable deberá construirse y proporcionarse caso por caso, porque el panorama de las patologías negociales no se agota en supuestos limitados, ni se acomoda a un régimen dual (nulidad, anulabilidad)».

Justamente, este planteamiento de Carrasco Perera —y también su elaboración de los que denomina «contratos incompletos», a los que ahora nos referiremos—, es la que inspira la solución alternativa (a la nulidad y a la anulabilidad) que propone Santos Morón⁵³ como tercera opción posible de aplicación a este supuesto. En su opinión, el acto o negocio celebrado sin la preceptiva autorización del Protectorado, debe considerarse como un negocio jurídico incompleto⁵⁴, como son los contemplados en el artículo 1259 CC,

⁵¹ CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de contratos*, Pamplona, 2010, p. 667.

⁵² CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de contratos*, cit., pp. 667 a 669

⁵³ SANTOS MORÓN, M.^a J., «Algunas cuestiones sobre...», cit., pp. 241-243. Antes en «El patrimonio de la fundación...», cit., pp. 348-351.

⁵⁴ Este mismo planteamiento, el del negocio jurídico incompleto, aparece apuntado por primera vez en el ámbito de las personas jurídicas y de las fundaciones por COSSÍO Y CORRAL en su comentario al artículo 37 CC, en ALBALADEJO, M. (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo I. Arts. 1 a 41*, Madrid, 1978, p. 849. Favorables a esta tesis habrían sido antes VERDERA SERVER, R. («La autocontratación en las fundaciones...», cit., p. 139, que habla de «negocio jurídico incompleto o en vía de formación»), si bien para el supuesto específico de autocontratación de las fundaciones (posteriormente, ya en la vigencia de la LF 2002, también se apunta a esta tesis BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. «Artículo 28. Autocontratación», en OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Valencia, 2008, pp. 768-770), MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T. («El patrimonio de las fundaciones. su enajenación y gravamen. Comentario al artículo 19 de la Ley de Fundaciones de 24 noviembre de 1994», RGD 1996, núm. 619, p. 3323 y nota 33) y, un tanto tímidamente, LINARES ANDRÉS, L., *Las fundaciones*, cit., p. 188 y nota 72. Todos citan, como autoridad, a CARRASCO PERERA, en una ponencia desarrollada en el Seminario «Fundaciones, mecenazgo y sociedad civil en el siglo XXI», en julio de 1994, en la Universidad de Castilla-La Mancha, se habría referido a la

para el caso de la representación. Parte de la idea de que estos actos o negocios celebrados sin autorización no pueden ser considerados plenamente eficaces, en la medida en que dicha autorización ha de considerarse como presupuesto de eficacia de los negocios sometidos a tal exigencia. Ello no significa, añade, que deban ser considerados nulos (absoluta y radicalmente) o anulables, algo incompatible con lo previsto, como ya hemos visto, en el artículo 21.2 RFCE. De esto se deriva que el negocio celebrado sin autorización debe considerarse ineficaz provisionalmente, existiendo la posibilidad de que se convierta en eficaz si recae con posterioridad la pertinente autorización.

Para este planteamiento, Santos Morón invoca, como hemos dicho, el artículo 1259 CC, referido a supuestos en los que se celebra un negocio por un sujeto que carece de poder de representación y en los que la ineficacia que se señala para el mismo no es equiparable a la nulidad ni tampoco a la anulabilidad y sí —siguiendo a Díez-Picazo⁵⁵— como un «negocio incompleto o inacabado en una *species facti* comercial compleja de formación sucesiva», susceptible, por tanto, de ser completado.

La exposición de Santos Morón, bastante convincente, culmina con una presentación sistemática de las diversas posibilidades o casos que pueden darse⁵⁶. De un lado, como ya hemos visto, que se celebre el acto o negocio habiendo denegado éste la autorización solicitada —caso en el que habla de ineficacia definitiva y que creemos que podría calificarse directamente de nulo—; y de otro, los casos en los que puede hablarse propiamente de negocios «incompletos». Primero, cuando el patronato solicita la autorización del protectorado y realiza el negocio antes de obtenerla, por razones de conveniencia, siendo éste provisionalmente ineficaz en tanto no concurra dicha autorización. Segundo, cuando el negocio se celebra sin haber solicitado la autorización del Protectorado, caso en el que éste podrá impugnarlo o conceder, como hemos visto, a posteriori la autorización. Como señala la autora, advirtiendo que es el caso precisamente de la SAP Sevilla de 4 de julio de 2007, lo más probable es que esta situación se deba a que el patronato considere, acertadamente o no, que el negocio o acto que pretende concluir no requiere de autorización previa. Estos supuestos, como sucede en el que analizamos, de discordancia entre patronato y Protectorado están abocados a ser resueltos ante el Juez. La conclusión es clara: «Si el Protectorado

posibilidad de aplicar analógicamente el artículo 1259 CC, pudiendo ser válida la autorización administrativa al contrato dispositivo de que se tratara.

⁵⁵ Véase Díez-Picazo, L., *La representación en el Derecho privado*, Madrid, 1979, p. 223.

⁵⁶ Santos Morón, M.^a J. «Algunas cuestiones sobre...», cit., pp. 243 a 245.

no considera procedente “ratificar” el negocio celebrado y opta por impugnarlo (suponiendo que efectivamente fuese necesario cumplir con el trámite de autorización previa) el mismo deberá ser declarado ineficaz y procederá, en su caso, la restitución de las prestaciones (arts. 1303 y ss. CC)», así como «Si el Protectorado concede a posteriori la autorización el negocio», éste deberá considerarse eficaz «pero desde el momento de su conclusión y no desde que recae la autorización», ya que debe considerarse que la ratificación opera con carácter retroactivo⁵⁷.

Como se ha señalado, Carrasco Perera⁵⁸ realiza una elaboración muy solvente, ocupándose de las ineficacias contractuales, de los que denomina «contratos incompletos», en los que, así los describe, no se infringen ni contravienen mandato positivo alguno, ni se atenta contra ninguna prohibición legal, ni los contratantes sufren ningún vicio en la formación de la voluntad negocial, ni hay defectos de capacidad o representación⁵⁹. Son negocios o contratos en los que el ordenamiento (o las partes) acuerdan que se satisfagan distintas y secuenciales fases o etapas para que puedan producir pleno efecto o un determinado efecto. De este modo, concluye, un negocio incompleto podrá ser completado, siendo, mientras esto no sucede —o cuando definitivamente ya no puede suceder—, un negocio ineficaz pero no nulo. Remata su exposición Carrasco⁶⁰ ocupándose de los tipos y la casuística de la «incompletud», entre los que destaca los «contratos necesitados de autorización», administrativa o no, una categoría en la que es inevitable la confusión con los negocios *contra legem*, entendiéndose por tales los que infringen una norma imperativa y que serían susceptibles, por tanto, de ser sancionados con la nulidad prevista en el artículo 6.3 CC. Se muestra categórico al afirmar —con la mejor Jurisprudencia⁶¹, recuerda— que «Nunca serán contratos contrarios

⁵⁷ SANTOS MORÓN, M.^a J., «Algunas cuestiones sobre...», cit., p. 244.

⁵⁸ CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de contratos*, cit., pp. 653 a 657.

⁵⁹ De modo distinto, pero con este mismo razonamiento de fondo, de acto incompleto, OLMOS VICENTE, I., «Novedades en materia de protectorados, patronatos, patrimonio y Registro», en *Las fundaciones: su nuevo régimen jurídico, fiscal y contable*, Madrid, 1995, concebía las autorizaciones previas como una manifestación de que la capacidad de obrar de las fundaciones, a pesar por supuesto de gozar de personalidad jurídica desde su inscripción en el Registro, «no es plena en determinados casos y precisan la habilitación del órgano a cuya tutela están sometidas para completar su capacidad». Éste sería, en su opinión, el sentido de las autorizaciones previas. Sobre la opinión de este autor, afirmando, por el contrario, la capacidad plena de las fundaciones, véase LINARES ANDRÉS, L., *Las fundaciones*, cit., p. 189, nota 75, p. 195.

⁶⁰ CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de contratos*, cit., pp. 655-657.

⁶¹ CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de contratos*, cit., p. 656. Por toda esa Jurisprudencia, véase GARCÍA GARCÍA, J. A., «Comentario a la Sentencia de 27 de septiembre de 2007», *CCJC*, núm. 76, 2008, pp. 359-370.

a norma imperativa, a orden público o incursos en causa ilícita, y por tanto nunca incurrirán en las nulidades de los arts. 6.3 y 1275 CC, los contratos que carezcan de una autorización administrativa requerida por la norma»⁶². Un razonamiento que entendemos es perfectamente aplicable a los actos de disposición patrimonial de las fundaciones que requieren autorización previa del Protectorado cuando se realizan estos sin haberla obtenido. Es claro que el acto de disposición estaría afectado de una ineficacia provisional, dependiendo finalmente su *supervivencia* de que sea o no ratificado con posterioridad por el Protectorado⁶³.

Con seguridad, ante el panorama expuesto, habrá quien piense, con un incontestable sentido práctico, que todo esto parece más —y no lo desmiente sino que lo corrobora el recorrido doctrinal que hemos hecho— una disquisición teórica o dogmática que otra cosa. Es evidente que la ambigüedad o, directamente, la falta de una solución clara por parte del legislador dejan el terreno abonado para ello. No es excusa y algo de razón puede haber en quien aprecie de este modo (o hasta desaprecie) esta panoplia de autores empeñados en ocuparse de lo que la ley dice y, sobre todo, de lo que no dice. Pensarán que de lo que debiera tratarse es de valorar el problema en sus justos términos —y justos para muchos serán prácticos—. Y es que, en un caso como el que nos presenta esta resolución, resulta irrefutable que no puede calificarse sin más el acto como inválido, ya que no puede ser nulo ni

⁶² CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de contratos*, cit., p. 655. En esta dirección el mismo autor se manifiesta comentando la «subsannabilidad» de actos a los que sería de aplicación el art. 6.3 CC, con unos argumentos trasladables al supuesto que nos ocupa (véase *Comentarios al Código Civil*, cit., pp. 158-159): «En ocasiones, la nulidad no se declara porque los defectos del negocio nacen de la inexistencia o falta de emisión o producción de un trámite preciso para que el proceso negocial acabe siendo completo, pero este requisito es subsannable. En estos casos no se sanciona (i) se trata de un paso o requisito que puede ser recuperado o producido en un momento ulterior (v. gr., la falta de autorización puede ser confirmada *ex post*, una forma sustancial que puede ser completada) (ii) es un requisito claramente disponible por la parte a quien la exigencia formal beneficia (v. gr., se trata de un menor que puede luego impugnar un negocio en su nombre)».

⁶³ A esta misma conclusión, reconociendo la aportación en la materia de SANTOS MORÓN, M.ª J., llegan también PÉREZ ESCOLAR, M., *et al.*, *Patrimonio, régimen económico y funcionamiento*, cit., p. 272, concluyendo que «si se llega a esta ratificación el negocio se convierte en válido con carácter definitivo y con efectos retroactivos al momento de su celebración; en caso contrario, el acto de disposición debe considerarse ineficaz igualmente con efectos retroactivos siendo en consecuencia innecesaria su impugnación por la vía del art. 35.2 párrafo segundo LF». Estos autores recuerdan también que en este caso el Protectorado puede ejercitar la acción de responsabilidad contra los patronos implicados por los daños y perjuicio que el acto haya podido, en su caso, ocasionar a la fundación, y solicitar su destitución alegando que el ejercicio del cargo no se ha llevado a cabo con la diligencia debida [cfr. arts. 35.2 párrafo primero, 17. 2, 18.2, d) y 21. 2 RFCE].

anulable, como hemos convenido, pero nada impide que sí pueda considerarse como incompleto o ineficaz, resultando dicha ineficacia del hecho de que quien puede (el Protectorado) completar a posteriori, mediante la ratificación o confirmación de dicho acto, el elemento que falta en éste (la autorización para la realización del mismo) no lo hace. Y no sólo esto, sino que insta además, hay que entenderlo así, a que dicho acto sea definitivamente declarado ineficaz con todas sus consecuencias⁶⁴.

Lo que habría que haberles exigido, y no somos nada originales, en la medida de sus fuerzas, a los órganos jurisdiccionales que han intervenido en las distintas instancias por las que transita este litigio, es una mejor fundamentación de sus decisiones (especialmente, por evidentes razones, a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo). En definitiva, y que no suene a reivindicación, una cierta elaboración teórica de éstas, yendo desde lo más general, cual es la finalidad de la autorización previa, hasta la elaboración del posible tipo de ineficacia —la del acto incompleto nos parece, aun dentro de su esquematismo y de su prácticamente inexistente definición legal⁶⁵, la más convincente— que puede aplicarse a estos supuestos. Que no se haya hecho así, hace pertinente y legítimo el trabajo de la doctrina, incluidas estas modestas notas que casi están por concluir.

⁶⁴ De alguna manera, éste sería el planteamiento de OLMOS VICENTE, I., «Novedades en materia de protectorados...», cit., p. 86, cuando señalaba que podían surgir problemas con las comunicaciones en conexión con las autorizaciones previas. En los casos que analizamos aquí, y que se discuten en las Sentencias del Tribunal Supremo, la fundación que los protagoniza comunica al Protectorado y no solicita autorización previa para la realización de determinados actos patrimoniales. La conclusión de OLMOS es la nulidad de los mismos. En este sentido, señalaba, respecto de las comunicaciones, que en estos supuestos «el Protectorado tiene conocimiento a posteriori de la realización por el patronato de un determinado negocio jurídico en el que ha interpretado que no es necesaria la autorización previa. El acto, en tal caso, sería nulo, al faltar la necesaria capacidad plena del patronato para realizarlo y podría ser causa de exigencia de responsabilidad, máxime si ha tenido que certificar no ser necesaria la autorización previa, como puede serle exigida por el Registrador de la Propiedad si se tratara de un bien inmueble transmitido que se pretenda inscribir». Su conclusión era que la solución a este problema podía encontrarse contemplando en el Reglamento de Fundaciones «la posibilidad de convalidación del acto por el Protectorado, si concurren las circunstancias de oportunidad y económicas que aconsejen una resolución positiva». Solución que, como hemos visto, se adoptó finalmente en el Reglamento de 1996.

⁶⁵ VERDERA SERVER, R., «La autocontratación en las fundaciones...», cit., pp. 139-140, destacaba precisamente esta indefinición normativa del llamado «negocio incompleto» si bien esta incertidumbre podría utilizarse «para evitar excesivos compromisos en cuanto a los efectos de este negocio».

VII. Conclusión: cómo acabar con la sospecha

Unas Sentencias como las que hemos analizado en este texto reabren de nuevo la puerta a la desconfianza y a la sospecha hacia las fundaciones. Además, seguramente, en la peor de sus versiones. La lectura de estas resoluciones confirmará a muchos sus prejuicios hacia unas entidades que condenan, *a priori*, como sospechosas. Habría que recordarles eso tan elemental y evidente de que, como sucede tantas veces, todo depende de en manos de quien caiga aquello de lo que se trate (jurídicamente hablando), en este caso una fundación, aunque lo mismo puede decirse de una sociedad o de un contrato. No hay fundaciones, sociedades o contratos sospechosos como tales. Son las intenciones y los propósitos con que nos valemos de ellos las que pueden convertirlas en sospechosas y poco dignas de confianza. Lo que hay que preguntarse es en qué medida la concepción y, sobre todo, el régimen jurídico de las fundaciones permite que este uso, sin duda, ilegítimo y tan perjudicial de las mismas pueda darse. Porque con la mera sospecha, rápidamente convertida en lugar común, de que éstas pueden estar siendo utilizadas de una manera no adecuada no es suficiente. Esa sospecha tiene que quedar refrendada por una tipificación —si se nos permite el *penalismo*— de la conducta inadecuada. Si no, se quedará en una mera opinión.

En este sentido, es necesario, por tanto, que la regulación de las fundaciones esté a la altura. Al menos de dos cosas. Primero, que se tenga claro el modelo de fundación que se propone desde las normas que la regulan. Si lo que se quiere es una fundación menos intervenida, que actúe de manera más ágil desde el punto de vista patrimonial en el tráfico jurídico-económico, lo menos que puede exigirse es que ello quede claro en la ley. Es evidente que nuestra legislación ha evolucionado desde una situación de controles o intervenciones administrativas intensas a una situación más equilibrada (o *equilibrista*, que no es lo mismo). En definitiva, pensamos que ayudaría mucho algo que no siempre, y a veces incluso de forma interesada, no se logra o ni siquiera se pretende: tener claro el modelo de fundación propuesto desde la ley. Ello no quiere decir que haya de incurrirse en un tipo único, monolítico y sin matices; no, caben los matices pero hasta estos deben quedar claros, eso sí: siempre sobre un mínimo reconocible e innegociable. Y es que por esquemático que sea debe existir un modelo claro de referencia, una fundación tipo mínimamente delineada.

En segundo lugar, cooperaría enormemente a conjurar el prejuicio hacia las fundaciones que su regulación fuera especialmente cuidadosa y lograda en cuestiones que pueden resultar controvertidas, por ejemplo, la disposición patrimonial por parte de éstas. Tener claro el régimen al que los actos de este

tipo deben estar sometidos, optando claramente por la autorización previa y la comunicación, o únicamente por ésta, no sólo es una decisión que afecta a la concepción o al modelo de fundación sino que debe estar realizada con celo y escrúpulo técnico: los que precisamente ahora, como hemos visto, no existen, cuando queda sin resolver, por ejemplo, qué sucede cuando no se solicita la autorización previa al Protectorado para disponer de unos bienes del patrimonio fundacional y éste acto se realiza efectivamente sin contar con dicho permiso.

Con un modelo bien definido en la Ley y mejor regulado por ésta, que alcance hasta las cuestiones que hemos analizado en este trabajo, puede que las fundaciones dejen de ser objeto de sospecha y desconfianza.

VIII. Bibliografía

- ALLÍ TURRILLAS, J.-C., *Fundaciones y Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., «Artículo 28. Autocontratación», en OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- CARRASCO PEREA, Á., en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Código Civil, tomo I. (arts. 1 a 151)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- *Derecho de contratos*, Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2010.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *La persona jurídica* (2.^a ed., 1997), Civitas, Madrid.
- DE COSSÍO Y CORRAL, A. «Comentario al artículo 37 CC», en ALBALADEJO, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, tomo I, arts. 1 a 41*, Marcial Pons, Madrid, 1978.
- DE LORENZO GARCÍA, R. E., et al. «Reflexiones en torno a las fundaciones y propuestas de futuro», en *Anuario de Derecho de Fundaciones 2011*, Iustel/AEF, Madrid, 2011.
- DÍAZ BRITO, F. J., «La validez de los actos de disposición y gravamen de los bienes fundacionales realizados sin autorización administrativa previa», *Revista de Derecho Privado*, Edersa, Madrid, 1997.
- DÍEZ-PICAZO, L., *La representación en el Derecho privado*, Civitas, Madrid, 1979.
- EMBID IRUJO, J. M., «Funcionamiento y actividad de la fundación», en MUÑOZ MACHADO, S., et al. (dirs.), *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, Iustel/ONCE, Madrid, 2005.
- «Empresa y fundación en el ordenamiento jurídico español (la fundación empresarial)», en *Anuario de Derecho de Fundaciones 2010*, Iustel/AEF, Madrid, 2010.
- FELIÚ REY, M. I., «Claroscuros de la Ley 5/2011 de Economía Social», en *Anuario de Derecho de Fundaciones 2011*, Iustel/AEF, Madrid, 2011.

- GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, P., «La reestructuración del sector público fundacional», en *Anuario de Derecho de Fundaciones 2012*, Iustel/AEF, Madrid, 2012.
- GARCÍA GARCÍA, J. A., «Comentario a la Sentencia de 27 de septiembre de 2007», *CCJC*, núm. 76, Civitas, Madrid, 2008.
- GONZÁLEZ CUETO, T., *Comentarios a la Ley de Fundaciones. Ley 50/2002, de 26 de diciembre*, Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2003.
- LA CASA GARCÍA, R., *La fundación-empresa*, en OLIVENCIA RUIZ, M., et al. (dirs.), *Tratado de Derecho Mercantil, tomo XVII*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- LINARES ANDRÉS, L., *Las fundaciones. Personalidad, patrimonio, funcionamiento y actividades*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- MALAQUER DE MOTES, C., *La fundación como persona jurídica en la codificación civil: de vinculación a persona (Estudio de un proceso)*, Servei de Publicacions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 1983.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T., «Artículo 21. Enajenación y gravamen», en OLAVARRÍA IGLESIA, J., *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- MARTÍNEZ NIETO, A., *El protectorado de las fundaciones*, La Ley, Madrid, 1998.
- MENÉNDEZ GARCÍA, P., «Las Fundaciones del Sector Público», en *Fundaciones: problemas actuales y reforma legal*, Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2011.
- MONTES PENADÉS, V. L., «El patrimonio», en BENEYTO PÉREZ, J. M., *Tratado de Fundaciones, tomo I*, Bosch Editorial, Barcelona, 2007.
- MORALES MORENO, A. M., «Anulabilidad del contrato», en VATTIER FUENZALIDA, C., *Código Europeo de Contratos. Academia de Insprivatistas Europeos (Pravía). II. Comentarios en Homenaje al Prof. José L. de los Mozos*, Dykinson, Madrid, 2003.
- MORILLO GONZÁLEZ, F., *El proceso de creación de una fundación* (2.ª ed. 2003), Thomson/Aranzadi, Pamplona.
- OLMOS VICENTE, I., «El régimen de autorizaciones para enajenar y gravar bienes de las fundaciones», en PIÑAR MAÑAS, J. L. y OLMOS VICENTE, I., *Las fundaciones. Desarrollo reglamentario de la Ley*, Dykinson, Madrid, 1997.
- ORDOÑEZ MUÑOZ, A., «El Derecho de Fundaciones de Andalucía», en DE LORENZO GARCÍA, R., et al. (dirs.), *Tratado de Fundaciones*, Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2010.
- PARRA LUCÁN, M.ª A., «La invalidez e ineficacia de los contratos en el Proyecto de Pavía», en GARCÍA CANTERO, G., *Asociaciones españolas al Proyecto de Pavía*, Zaragoza, 2005.
- PÉREZ ESCOLAR, M., *La actividad económica de las fundaciones. Tensiones legislativas e interés general*, Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2008.
- PÉREZ ESCOLAR, M., et al. «Patrimonio, régimen económico y funcionamiento», en DE LORENZO GARCÍA, R., et al. (dirs.), *Tratado de Fundaciones*, Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2010.

- PIÑAR MAÑAS, J. L., «La regulación de las fundaciones: jurisprudencia y pautas de futuro», en DE LORENZO GARCÍA, R. y CABRA DE LUNA, M. A., *Las fundaciones y la sociedad civil*, Civitas, Madrid, 1992.
- SANTOS MORÓN, M.^a J., «El patrimonio de la fundación. Régimen de gestión patrimonial (artículos 19 a 22 y 28)», en MUÑOZ MACHADO, S., *et al.* (dirs.), *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, Iustel/ONCE, Madrid, 2005.
- «Algunas cuestiones sobre la gestión patrimonial de la Fundación», en CAZORLA PRIETO, L. M., *et al.* (dirs.), *Fundaciones: problemas actuales y reforma legal*, Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2011
- SEBASTIÁN LÓPEZ, J. L., *De las utilitas públicas al interés público del artículo 35 del CC español* (Tesis doctoral Universidad Complutense), dos tomos, Madrid, 1985.
- SERRANO CHAMORRO, M.^a E., *Las fundaciones: dotación y patrimonio* (3.^a ed. 2010), Thomson/Aranzadi, Pamplona.
- VATTIER FUENZALIDA, C., «Invalidez e ineficacia en los Proyectos Europeos de Derecho de los Contratos», en DELGADO ECHEVERRÍA, J. (coord.), *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2007.
- VERDERA SERVER, R., «La autocontratación en las fundaciones (Los contratos entre la fundación y sus patronos y apoderados)», *RJN*, núm.18, abril-junio 1996, Madrid, 1996.

CRÓNICA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS



Andalucía. Cooperación internacional para el desarrollo y novedades en materia de fundaciones

Manuel Rodríguez Portugués

Profesor Contratado Doctor (acreditado TU) de Derecho Administrativo
Universidad de Córdoba

SUMARIO: I. LA STS DE 2 DE OCTUBRE DE 2013: LA EXTINCIÓN DE FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO Y LA INTEGRACIÓN DE SU PERSONAL EN ENTIDADES INSTRUMENTALES DE DERECHO PÚBLICO NO RESULTA CONTRARIO AL ARTÍCULO 23.2 CE.—II. EL RÉGIMEN DE LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL AL DESARROLLO EN ANDALUCÍA: 1. *Competencias y legislación de la Comunidad Autónoma en materia de cooperación internacional al desarrollo.* 2. *Principios e instrumentos de la política andaluza de la cooperación internacional al desarrollo.* 3. *Organización. En especial, la inadecuada configuración de la Agencia Andaluza de Cooperación Internacional para el Desarrollo como agencia pública empresarial y la irregular actividad subvencional de la Mesa del Parlamento de Andalucía.*

En el período considerado por la presente crónica —de julio de 2012 a octubre de 2013— se ha producido alguna novedad en relación con la reordenación del sector público fundacional andaluz. También ofrecemos un panorama sobre el régimen de la cooperación internacional al desarrollo desplegada por la Comunidad Autónoma, pues constituye un ámbito en el que la participación de multitud de entidades del Tercer Sector, sobre todo fundaciones, es cada vez más significativa.

I. La STS de 2 de octubre de 2013: la extinción de fundaciones del sector público y la integración de su personal en entidades instrumentales de Derecho público no resulta contrario al artículo 23.2 CE

Por lo que se refiere a la reordenación del sector público fundacional, lo más destacable que se ha producido es la STS de 2 de octubre de 2013 por la que se ha resuelto el recurso de casación núm. 1707/2012 (ponente Pico Lorenzo), interpuesto por la Junta de Andalucía contra la STSJ de Andalucía de 20 de febrero de 2012 (recurso contencioso-administrativo núm. 415/2011).

Mediante dicha Sentencia de 2 de octubre de 2013, el Tribunal Supremo ha intervenido en la controversia generada por la reordenación del sector público andaluz impulsado desde el año 2010. Recordemos —como expusimos con detalle en anteriores ediciones de esta crónica— que en dicho año el legislador andaluz decidió la supresión de varios entes instrumentales de la Administración autonómica, disponiendo —al propio tiempo— la integración de los empleados de aquellas entidades en diversas Agencias de nueva creación. Uno de los entes instrumentales suprimidos fue la Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo (FAFFE). Se trataba de una fundación constituida al amparo de la legislación general de fundaciones. En concreto, el artículo 8.5 de la Ley andaluza 1/2011, de 17 de febrero, determinó la «fusión» de la FAFFE con el Servicio Andaluz de Empleo (SAE), configurado desde ese momento como agencia de régimen especial, es decir, como ente instrumental con personalidad jurídica propia de Derecho público al que se le asignan funciones que implican ejercicio de autoridad (*cf.* art. 71 de la Ley andaluza 9/2007, de 22 de octubre, de Administración de la Junta de Andalucía). También se determinaba —de aquí derivó el conflicto— la subrogación del SAE en todas las relaciones jurídicas, bienes, derechos y obligaciones de los que fuera titular la Fundación, entre ellos, y muy particularmente, en las relaciones laborales existentes entre dicha Fundación y el personal a su servicio. La disposición adicional segunda del Decreto 96/2011, por el que se aprobaron los Estatutos del SAE, estableció que el personal procedente de la FAFFE se integraba en el SAE con la condición de personal laboral, todo ello en los términos previstos para la sucesión de empresas en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.

La «Asociación Al Andalus de Empleados Públicos de la Junta de Andalucía», la «Asociación Defiendo mi Derecho y la Gestión Pública» y varias personas físicas recurrieron el citado Decreto 96/2011 por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona. En esencia, los recurrentes estimaban que la integración de ese personal, procedente de una fundación privada de la Administración, en la nueva Agencia especial, lesionaba su derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (art. 23.2 CE). El hecho de que dicho personal fuera en su día contratado en régimen de Derecho privado, conllevaba que su integración en el SAE convirtiera a dicho personal en empleados públicos al servicio de una Administración pública instrumental de la Junta de Andalucía, sin respetarse para ello los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. No en vano el artículo 8 del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) define a los empleados públicos como aquellos que «desempeñan funciones retribuidas en las *Administraciones públi-*

cas», debiendo sujetarse la adquisición de su relación de servicio a los principios de igualdad, mérito y capacidad (art. 55.2 EBEP).

La citada STSJ de Andalucía de 20 de febrero de 2012 dio la razón a los recurrentes usando sustancialmente los mismos argumentos descritos y en la línea de lo resuelto por el propio TSJ de Andalucía en el caso de supuestos similares, con la destacable excepción de la que dimos noticia en la anterior edición de este Anuario. Sin embargo, la Sentencia fue recurrida en casación por la Junta de Andalucía y el Tribunal Supremo, mediante la Sentencia citada de 2 de octubre de 2013, ha fallado a favor de esta, desestimando el recurso contencioso-administrativo deducido en su día contra el Decreto de aprobación de los Estatutos del SAE. Los argumentos del Tribunal Supremo se ciñen formalmente al objeto del procedimiento, esto es, a la tutela de los derechos fundamentales, para desestimar que se haya producido la lesión alegada por los recurrentes:

«En fin, de nuevo hay que coincidir con el Ministerio Fiscal cuando indica que la integración dispuesta por la disposición adicional segunda del Decreto 96/2011, en estricto cumplimiento de la disposición adicional cuarta de la Ley 1/2011, no supone por sí misma ninguna lesión concreta y actual de ese derecho a la promoción profesional de los actores en la instancia sino, en todo caso, eventual y futura pues sólo no hace empleados públicos a quienes no lo fueran ya sino, también, porque no implica ninguna actuación dirigida a sustraerles puestos de trabajo determinados a cuya provisión, de otro modo, hubieran podido aspirar» (FJ 6.º).

Sin embargo, más allá de los argumentos estrictamente relativos a los derechos fundamentales presuntamente lesionados, el Tribunal Supremo parte de una premisa que es harto discutible, a saber, que la integración de los empleados de la fundación desaparecida no los convierte en empleados públicos, y ello porque —afirma el Tribunal Supremo— ya tenían tal condición por el mero hecho de servir en una fundación del sector público andaluz:

«La FAFPE y los Consorcios UTEDLT eran entes de Derecho público con personalidad jurídica propia, por lo que su personal, regido por el ordenamiento laboral, estaba ya dentro del ámbito de aplicación de este texto legal (...) Es decir, manteniendo en la condición que ya tenía al personal cuestionado (FAFPE y Consorcios UTEDLT) con la única diferencia de que ahora pasa a serlo de la ASAE. Así, quienes eran empleados públicos del primero, entidad pública, siguen siéndolo, ahora de la segunda, entidad pública igualmente, sin que por la integración controvertida pasen a formar parte de la función pública ni del personal laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía» (FJ 6.º).

Tal aseveración es sencillamente falsa. La fundación extinta, de la que proceden los empleados objeto de integración en la nueva Agencia del SAE, no es, como afirma el Tribunal Supremo, una entidad *de Derecho público*, sino, como se ha señalado, una fundación constituida al amparo de la legislación general sobre fundaciones. No era, por tanto, una entidad de Derecho público —como exige el EBEP al definir a los empleados públicos— sino una persona jurídica de Derecho privado. Una cosa es que las fundaciones del sector público no sean fruto del ejercicio del derecho reconocido en el artículo 34 CE, como de forma convincente ha defendido García-Andrade Gómez¹, y otra muy distinta afirmar —contra toda evidencia— que estos entes son, sin más, de Derecho público con la finalidad de calificar a su personal como empleados públicos y dar por buena su integración automática en una Administración de la Junta de Andalucía. Es de lamentar que, con esta Sentencia y algunas otras similares², el Tribunal Supremo haya admitido la conversión en empleados públicos de un personal que —como en su día pusiera de relieve la Cámara de Cuentas de Andalucía³— fue contratado sin garantías formales inspiradas en los principios de igualdad, mérito y capacidad.

II. El régimen de la cooperación internacional al desarrollo en Andalucía

1. Competencias y legislación de la Comunidad Autónoma en materia de cooperación internacional al desarrollo

En cuanto a la cooperación internacional para el desarrollo, el vigente texto del Estatuto de Autonomía para Andalucía (EAA), aprobado por la LO 2/2007, de 19 de marzo, dispone en su artículo 245:

¹ Últimamente en J. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, «La reestructuración del sector público fundacional», en *Anuario de Derecho de Fundaciones 2012*, Iustel, Madrid, 2013, pp. 19 y ss.

² Vid. SSTs de 25 de marzo de 2013 (recurso de casación 1197/2012, ponente: Lucas Murillo de la Cueva) en relación con la integración del personal laboral de la «Sociedad Andaluza para el Impulso del Talento, Talentia, S.L.U.» y del «Centro de Innovación y Transferencia de Tecnología de Andalucía, S.A.U.» en la Agencia Andaluza del Conocimiento; y de 9 de octubre de 2013 (recurso de casación 2102/2012, ponente Maurandi Guillén) sobre la integración del personal de la «Empresa de Gestión Medioambiental de Andalucía, S.A.» en la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía.

³ Sobre ello, *vid.* M. RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, «Novedades en el Derecho andaluz de fundaciones. En especial, el personal al servicio de las fundaciones del sector público», en *Anuario de Derecho de Fundaciones 2011*, Iustel, Madrid, pp. 264-268.

«1. El pueblo andaluz participa de la solidaridad internacional con los países menos desarrollados promoviendo un orden internacional basado en una más justa redistribución de la riqueza.

2. La Comunidad Autónoma de Andalucía desplegará actividades de cooperación al desarrollo en dichos países, dirigidas a la erradicación de la pobreza, la defensa de los derechos humanos y la promoción de la paz y los valores democráticos, particularmente en Iberoamérica, el Magreb y el conjunto de África.

3. Serán también objeto de atención preferente las políticas de cooperación al desarrollo con países vecinos o culturalmente próximos, o que se concierten con Estados receptores de emigrantes andaluces y andaluzas o de procedencia de inmigrantes hacia Andalucía».

Aunque las competencias de la Comunidad Autónoma están referidas entre los artículos 42 a 88 (Título II, «Competencias de la Comunidad Autónoma»), dicho precepto ha sido interpretado en la práctica como un título de competencia autonómica más en materia de cooperación internacional al desarrollo. En cualquier caso, esta competencia, de la que han hecho uso ya con cierta extensión otras Comunidades Autónomas, resulta compatible con la que el artículo 149.1.3.^a CE atribuye en exclusiva al Estado sobre «Relaciones internacionales», que —a tenor la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional— se reduce fundamentalmente a la celebración de los tratados internacionales (*ius contrahendi*), representación exterior del Estado (*ius legationis*), creación de obligaciones internacionales y responsabilidad internacional del Estado⁴.

⁴ No se trata, por lo demás, de una enumeración exhaustiva, aunque sí elocuente de la interpretación claramente restrictiva que, desde finales de los años ochenta, se ha terminado por establecer en el Tribunal Constitucional. Sobre ello y sobre la competencia estatal en materia de «relaciones internacionales» como límite negativo de las competencias autonómicas sobre acción exterior, *vid.*, por ejemplo, S. RIPOL CARULLA, «Artículo 149.1.3.^a CE», en CASAS BAAMONDE, M.^a E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters-Kluwer, Madrid, 2008, pp. 2281 ss. La Jurisprudencia constitucional sobre la posibilidad de que las Comunidades Autónomas lleven a cabo actividades con proyección exterior y sobre el alcance de la competencia exclusiva del Estado en materia de relaciones internacionales (art. 149.1.3.^a CE) ha sido sintetizada por la STC 31/2010, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña: «Dicha doctrina puede sintetizarse, a los efectos que aquí y ahora interesan, en los siguientes extremos: a) Las Comunidades Autónomas, como parte del ejercicio de sus competencias, puedan llevar a cabo actividades con proyección exterior, si bien con el límite de las reservas que la Constitución efectúa a favor del Estado y, en particular, de la reserva prevista en el artículo 149.1.3 CE, que le confiere competencia exclusiva en materia de relaciones internacionales. b) En la delimitación del alcance de la competencia exclusiva estatal del artículo 149.1.3 CE es preciso tener en cuenta que no cabe identificar la materia relaciones internacionales con

Nada obsta, por tanto, a que dentro del amplio marco delimitado por el artículo 245 EAA y por la competencia estatal en relaciones internacionales, la Comunidad Autónoma de Andalucía aprobara en su momento una Ley en materia de cooperación internacional al desarrollo. Se trata de la Ley andaluza 14/2003, de 22 de diciembre, de Cooperación Internacional para el Desarrollo (LACID). La Ley autonómica sigue, por lo demás, el esquema que, en el ámbito del Estado, traza la Ley 23/1998, de 7 de julio, de Cooperación Internacional al Desarrollo.

2. Principios e instrumentos de la política andaluza de la cooperación internacional al desarrollo

El propio artículo 245.2 EAA enuncia los principios que han de inspirar a los poderes públicos autonómicos en esta materia: la «*erradicación de la pobreza, la defensa de los derechos humanos y la promoción de la paz y los valores democráticos*». Dichos principios —cuya determinación hubiera debido remitirse quizá al legislador ordinario⁵— se encuentran desarrollados en los ar-

todo tipo de actividad con alcance o proyección exterior, ya que si así fuera se produciría una reordenación del propio orden constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, aunque en todo caso han de quedar fuera de la actividad con proyección exterior de las Comunidades Autónomas las actuaciones comprendidas en el referido título competencial. c) Sin pretender una descripción exhaustiva de la reserva a favor del Estado del artículo 149.1.3 CE, este Tribunal ha identificado como algunos de los elementos esenciales que conforman su contenido los relativos a la celebración de tratados (*ius contrahendi*), a la representación exterior del Estado (*ius legationis*), así como a la creación de obligaciones internacionales y a la responsabilidad internacional del Estado; en otras palabras, las relaciones internacionales objeto de la reserva contenida en el artículo 149.1.3 CE son relaciones entre sujetos internacionales y regidas por el Derecho internacional, lo que supone, necesariamente, que las actividades con proyección exterior que pueden llevar a cabo las Comunidades Autónomas deben entenderse limitadas a aquellas que no impliquen el ejercicio de un *ius contrahendi*, no originen obligaciones inmediatas y actuales frente a los poderes públicos extranjeros, no incidan en la política exterior del Estado y no generen responsabilidad de éste frente a Estados extranjeros u organizaciones inter o supranacionales. Y, en fin, d) dentro de la competencia estatal se sitúa la posibilidad de establecer medidas que regulen y coordinen las actividades con proyección externa de las Comunidades Autónomas, para evitar o remediar eventuales perjuicios sobre la dirección y puesta en ejecución de la política exterior que corresponde en exclusiva al Estado (STC 165/1994, de 26 de mayo, FF 5 y 6)» (FJ 125).

⁵ Es de esta opinión J. A. CARRILLO DONAIRE, «La acción exterior de la Junta de Andalucía en el marco internacional extracomunitario», en MUÑOZ MACHADO, S. y REBOLLO PUIG, M. (dirs.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008, p. 1247.

títulos 2 a 4 LACID bajo la forma de «principios rectores»⁶, «objetivos»⁷ y «prioridades»⁸.

⁶ Según el artículo 2.1 LACID son «principios rectores» de la política andaluza de cooperación internacional al desarrollo la consideración y el reconocimiento del ser humano, en su dimensión individual y colectiva, como protagonista y destinatario de la política de cooperación internacional para el desarrollo; el respeto y la defensa de los derechos humanos y las libertades fundamentales y, especialmente, el derecho a la igualdad de todos los seres humanos sin distinción de sexo, raza, cultura o religión; la promoción de un desarrollo humano integral, participativo, sostenible y respetuoso con la protección del medio ambiente; el fomento del diálogo, la paz y la convivencia y el respeto de los modelos de desarrollo social y económico de otros pueblos y de sus particularidades culturales; la concertación entre las partes y la corresponsabilidad en la definición, ejecución y determinación de las actividades de cooperación; y el apoyo a las iniciativas dirigidas a la disminución de las desigualdades entre los pueblos.

⁷ Dispone el artículo 3 LACID que la cooperación internacional al desarrollo impulsada por la Junta de Andalucía pretenderá contribuir a la satisfacción de las necesidades básicas de la población, con especial incidencia en las capas más desfavorecidas, y a la formación y capacitación de sus recursos humanos para promover un desarrollo social y económico sostenible; contribuir a la consolidación de la democracia, del Estado de Derecho, al fortalecimiento institucional y a la descentralización político-administrativa en los países destinatarios de la ayuda, como instrumento para la resolución de las necesidades de la población y, de esta forma, favorecer la redistribución de la riqueza, la justicia social y la paz, así como la extensión de la educación y la cultura a toda la población; fomentar un desarrollo respetuoso con el medio ambiente que propicie un uso racional y sostenible de los recursos naturales de los países destinatarios; fomentar la acción humanitaria; sensibilizar e informar a la sociedad andaluza sobre la situación desfavorecida que padecen otros pueblos o grupos sociales e impulsar y dar cauces a la participación y solidaridad social en las acciones de cooperación; y contribuir a un mayor equilibrio y corresponsabilidad en las relaciones comerciales entre los pueblos.

⁸ Desde el punto de vista sectorial, señala el artículo 4.3 LACID que son prioridades para la cooperación internacional de Andalucía al desarrollo en los países receptores; servicios sociales básicos como la educación básica, la salud primaria y reproductiva, la vivienda digna, el saneamiento y acceso al agua potable y seguridad alimentaria; el fortalecimiento de las estructuras democráticas y de la sociedad civil y sus organizaciones y el apoyo a las instituciones, especialmente las más próximas al ciudadano; el respeto de los derechos humanos, la promoción de la igualdad de oportunidades, con especial atención a la integración social de la mujer y de los grupos de población más vulnerables (menores, con especial atención a la erradicación de la explotación infantil, refugiados, desplazados, retornados, indígenas y minorías); la formación y la capacitación de recursos humanos; la dotación, mejora o ampliación de infraestructuras, así como el desarrollo de la base productiva y el fortalecimiento del tejido empresarial básico, en particular las pequeñas y medianas empresas, las empresas artesanales, las empresas de economía social y todas aquellas actuaciones dirigidas a la creación de empleo en los sectores más desfavorecidos; la protección y la mejora de la calidad del medio ambiente y la conservación y el uso sostenible de los recursos naturales; la promoción de la cultura, del patrimonio histórico y de los valores, especialmente en aquellos aspectos directamente relacionados con la identidad de los pueblos, que favorezcan su desarrollo endógeno; y el fomento de la ordenación física, territorial y urbanística, incluyendo la política de suelo y vivienda, la rehabilitación del patrimonio arquitectónico y urbanístico y el transporte pú-

Mayor interés jurídico tiene el elenco de medios e instrumentos previstos por el legislador en orden a la realización práctica de los principios citados. Del artículo 8 LACID se desprende que la cooperación internacional al desarrollo se plasma en la adopción de diversas medidas administrativas de fomento, tanto de carácter económico —ayudas, subvenciones, líneas de crédito— como promocional o publicitario —campañas de sensibilización—, así como en la prestación de determinados servicios públicos entendidos en sentido amplio (programas de formación, cooperación técnica, transferencia de tecnología, etc.).

El legislador aspira a que toda esta actividad administrativa sea objeto de planificación. A tal efecto, se prevé el Plan Andaluz de Cooperación para el Desarrollo, los planes anuales y los programas operativos por países (art. 6 LACID). El Plan Andaluz de Cooperación para el Desarrollo tiene una duración cuatrienal y en él se contienen los objetivos y prioridades de la política de cooperación para ese período. Aunque el legislador exige que en él se determinen los recursos financieros para su ejecución, lo cierto es que los califica de «indicativos» (art. 6.2 LACID). Por eso, los recursos financieros efectivamente disponibles dependen, en realidad, del desarrollo de los objetivos, prioridades y recursos contenidos en el Plan Andaluz efectuado por el plan anual para cada ejercicio (art. 6.3 LACID), y —sobre todo— de lo que prevea la Ley de Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que «fijará anualmente los créditos destinados a la Cooperación Internacional para el Desarrollo que tenderán progresivamente a alcanzar el mínimo del 0,7% de los Presupuestos de la Junta de Andalucía» (art. 15 LACID)⁹. Por lo demás, la Ley no se pronuncia expresamente sobre los efectos jurídicos de los planes ni sobre la fuerza vinculante de sus previsiones, por lo que en la práctica la Administración autonómica goza de un amplio margen de discrecionalidad en su ejecución, que es muy difícil de controlar. El último Plan, aprobado con fecha 28 de noviembre de 2007, ha sido el del cuatrienio 2008-2011, sin que hasta el momento se haya aprobado uno nuevo.

blico. En cuanto a las prioridades de la política de cooperación internacional al desarrollo en la Comunidad Autónoma de Andalucía, se señalan la educación y la sensibilización de la sociedad andaluza en materia de cooperación internacional para el desarrollo; la promoción de la educación para el desarrollo en los ámbitos educativos de la Comunidad Autónoma andaluza; el fomento de una mayor implicación, coordinación y complementariedad en las tareas de cooperación para el desarrollo de los diversos agentes de la cooperación andaluces; y el fomento de la investigación y la formación sobre la realidad de los países en vías de desarrollo y sobre la cooperación para el desarrollo.

⁹ La Ley 5/2012, de 26 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2013, destinaba a «Relaciones con la Unión Europea y Ayudas al Desarrollo» 51.433.876 €, sin diferenciar ambos conceptos, sobre un total de 30.706.702.826 €, es decir, el 0,16%.

Los destinatarios de las medidas de fomento son fundamentalmente, a tenor del artículo 20 LACID, las organizaciones no gubernamentales de desarrollo (ONGD) y los demás agentes de la cooperación internacional para el desarrollo en Andalucía. Para ser considerados como tales, todos estos sujetos deben reunir los requisitos de constitución y funcionamiento previstos en la propia Ley y desarrollados, en su caso, por los correspondientes planes y disposiciones reglamentarias. Los requisitos legales se contienen en los artículos 17 a 19 LACID y son:

—Gozar de personalidad jurídica y capacidad legal para actuar.

—No tener ánimo de lucro. Caben, por tanto, las ONGD cuya configuración jurídica sea la de asociaciones o fundaciones.

—Tener entre sus fines o como objeto expreso, según figure en sus estatutos o documento equivalente, la realización de actividades de cooperación internacional para el desarrollo.

—Compartir, desde la pluralidad y la diversidad, los objetivos previstos en el Capítulo I de la Ley.

—Estar inscritos en el Registro de Agentes de la Cooperación Internacional para el Desarrollo.

3. *Organización. En especial, la inadecuada configuración de la Agencia Andaluza de Cooperación Internacional para el Desarrollo como agencia pública empresarial y la irregular actividad subvencional de la Mesa del Parlamento de Andalucía*

En los artículos 11 a 14 se regulan los órganos de la Administración de la Junta de Andalucía competentes en materia de cooperación internacional al desarrollo. Estos órganos son el Consejo de Gobierno, la Consejería competente en materia de cooperación internacional al desarrollo —actualmente la Consejería de Administración Local y Relaciones Institucionales (Decreto 147/2012)—, el Consejo Andaluz de Cooperación Internacional para el Desarrollo y la Comisión de Cooperación para el Desarrollo. A ellos hay que sumar la Agencia Andaluza de Cooperación Internacional para el Desarrollo, desde que la Ley 2/2006, de 16 de mayo, la creara, si bien su constitución efectiva no tuvo lugar hasta la entrada en vigor de sus Estatutos, aprobados por Decreto 1/2008, de 8 de enero.

Al *Consejo de Gobierno* le compete la aprobación del Plan Andaluz y de los planes anuales y operativos (art. 11 LACID).

La *Consejería de Administración Local y Relaciones Institucionales* tiene atribuidas la dirección, la coordinación y la evaluación de la política de la Junta de Andalucía en esta materia, y en concreto la elaboración y seguimiento del Plan Andaluz de Cooperación para el Desarrollo, de los planes anuales y de los programas operativos, cuya aprobación corresponde —como hemos visto— al Consejo de Gobierno; así como la elaboración del Informe Anual de Evaluación de la cooperación internacional para el desarrollo. También se le confía, «sin perjuicio de la representación que corresponde al Presidente de la Junta de Andalucía, en virtud del artículo 35 del Estatuto de Autonomía para Andalucía» (hoy art. 117), la representación de la Administración de la Junta de Andalucía ante los países destinatarios de la ayuda y ante organismos de cooperación internacional para el desarrollo, así como —en general— la colaboración y el apoyo a los agentes de la cooperación andaluzes.

Por su parte, el *Consejo Andaluz de Cooperación Internacional para el Desarrollo*, adscrito a la Consejería, es un órgano colegiado «consultivo y de participación de los distintos agentes de la cooperación internacional para el desarrollo que operen en Andalucía» (art. 13.1 LACID). Como es habitual en este tipo de órganos, sus funciones no son decisorias sino meramente consultivas, debiendo —en concreto— informar el proyecto del Plan Andaluz de Cooperación para el Desarrollo, de los planes anuales y de los programas operativos y conocer los informes de seguimiento y evaluación de los mismos; informar de las propuestas de disposiciones reglamentarias relacionadas con el desarrollo de la LACID; elaborar, por iniciativa propia, informes y recomendaciones sobre la política de cooperación internacional para el desarrollo de la Junta de Andalucía; y ejercer aquellas otras funciones que reglamentariamente se le asignen (art. 13.3 LACID). El régimen de organización y funcionamiento del Consejo ha sido desarrollado por Decreto 172/2005, de 19 de julio, y en él se precisa que los informes del proyecto de Plan Andaluz de Cooperación para el Desarrollo, de los planes anuales y de los programas operativos tienen carácter preceptivo [art. 3.1.b)]. Se trata, por lo demás, de un órgano «interdepartamental», pues en él se integran representantes de las demás Consejerías [art. 4.1.c)]. Pero también tiene una marcada vertiente de órgano de participación social pues no sólo se integran en él dos representantes de otras Administraciones —concretamente de las entidades locales— sino también cuatro representantes de las ONGD que tengan sede o delegación permanente en Andalucía, que serán nombrados a propuesta de la Coordinadora Andaluza de ONGD¹⁰; dos de las organizacio-

¹⁰ La Coordinadora Andaluza de ONGD es una federación de ámbito autonómico y sin ánimo de lucro que reúne a ONGD con sede o implantación en las ocho provincias andaluzas. Vid. <http://www.caongd.org>.

nes sindicales más representativas de Andalucía; dos de las organizaciones empresariales más representativas de Andalucía, a propuesta de la Confederación de Empresarios de Andalucía; dos de las Universidades andaluzas, a propuesta del Consejo Andaluz de Universidades; y dos expertos en materia de cooperación internacional al desarrollo, a propuesta de la Agencia Andaluza de Cooperación Internacional al Desarrollo [art. 4.1.c)].

En cambio, la *Comisión de Cooperación para el Desarrollo*, órgano colegiado adscrito también a la Consejería competente en materia de coordinación de la política de cooperación internacional para el desarrollo (art. 14.1 LACID), está constituida exclusivamente por representantes de la Administración autonómica (art. 7 Decreto 172/2005). Sus funciones más relevantes —además de las de proponer los criterios y requisitos en orden a la selección e inclusión de proyectos en los diversos planes— estriban en la aprobación de las propuestas del Plan Andaluz de Cooperación para el Desarrollo, de los planes anuales y de los programas operativos y —sobre todo— en la aprobación del Informe Anual de Evaluación de la política de cooperación internacional para el desarrollo de la Administración de la Junta de Andalucía (art.s 14.3 LACID y 6 Decreto 172/2005).

Como se ha señalado, la *Agencia Andaluza de Cooperación Internacional para el Desarrollo* (AACID) no se encuentra regulada en la LACID, sino en su propia Ley de creación, Ley 2/2006, y en sus Estatutos aprobados por Decreto 1/2008. Ello no es óbice para que la AACID juegue un papel realmente protagonista en la política andaluza de cooperación al desarrollo, si bien —como ente instrumental que es— bajo la dirección y dependencia de la Consejería a la que se encuentra adscrita¹¹, que actualmente es también la Consejería de Administración Local y Relaciones Institucionales (Decreto 147/2012). En concreto, la Ley 2/2006 le asigna funciones tan relevantes como las de —entre otras— proponer a la Consejería competente el Plan Andaluz de Cooperación para el Desarrollo, la ejecución de dicho plan y de los planes anuales y programas operativos, proponer a la Consejería el Informe Anual de Evaluación de la cooperación internacional para el desarrollo, la gestión de todos los recursos económicos y materiales que el conjunto de la Administración de la Junta de Andalucía destine a la cooperación internacional para el desarrollo, así como la gestión del citado Registro de Agentes de la Cooperación Internacional para el Desarrollo en Andalucía (art. 5). Para

¹¹ De hecho corresponde a esta Consejería la elaboración de los Estatutos de la Agencia (art. 2 Ley 2/2006), al Consejero competente en la coordinación de la política de cooperación internacional al desarrollo, la presidencia de la Agencia (art. 8 Ley 2/2006), al igual que emanar las directrices a las que debe sujetarse la actuación de la Agencia (art. 9 Ley 2/2006), etc.

todo ello, la Ley confiere a la Agencia las potestades administrativas correspondientes, como la de conceder subvenciones y ayudas de diverso tipo [art. 6.c)]. Entre las atribuciones de la AACID se cuenta también la de realizar estudios y asesoramiento [art. 6.f)], lo que quizá explique que los Estatutos aprobados por Decreto 1/2008 la hayan configurado como agencia pública empresarial (disposición adicional primera). Sin embargo, siendo su cometido principal la tramitación y concesión de subvenciones y ayudas públicas, además de las restantes potestades administrativas que tenga atribuidas la Consejería competente en materia de coordinación de la cooperación internacional para el desarrollo relacionadas con su objeto (art. 3), no parece que su configuración jurídica como agencia pública empresarial sea la más adecuada, sobre todo si —como dispone el art. 68.1 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de Administración de la Junta de Andalucía (LAJA)— la característica fundamental de este tipo de agencias es «la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público, sean o no susceptibles de contraprestación». Ello provoca, además, un desajuste entre los Estatutos y la propia LAJA en cuanto al régimen jurídico aplicable a la Agencia. Dispone el artículo 3 de los Estatutos que la AACID se rige en general por el Derecho privado con excepción de lo que le resulte aplicable en materia de contratación, patrimonio y responsabilidad patrimonial, así como en relación con la formación de la voluntad de sus órganos colegiados y el ejercicio de potestades administrativas, para lo que se regirá por el Derecho administrativo. Sin embargo, el artículo 69.1 LAJA reserva la aplicación general del Derecho privado sólo a las entidades públicas empresariales que «por objeto principal la producción, en régimen de libre mercado, de bienes y servicios de interés público destinados al consumo individual o colectivo mediante contraprestación», supuesto en el que, a todas luces, no encaja la AACID.

Atención particular merece el *Parlamento de Andalucía*. La única mención que la AACID hace del Parlamento es la que se contiene en su artículo 11.1 cuando manda que el Consejo de Gobierno, después de su aprobación, remita el Plan Andaluz de Cooperación para el Desarrollo al Parlamento de Andalucía «para su examen». El ejercicio de esta facultad de examen debe discurrir por los cauces previstos en el artículo 49 del vigente Reglamento del Parlamento de Andalucía, es decir, en síntesis debate y aprobación de una resolución por la Comisión competente o el Pleno, según hayan decidido la Mesa y la Junta de Portavoces. Pero de esta facultad de «examen» a la que se refiere la Ley no se deriva, en cualquier caso, ningún poder concreto en relación con la política de cooperación internacional al desarrollo más allá de los generales que —como poder legislativo— atribuye el bloque de la

constitucionalidad al Parlamento autonómico. Pese a ello, la Mesa del Parlamento adoptó un Acuerdo el pasado 15 de mayo de 2013, por el que se ordena la publicación de las bases por las que se regula la concesión de ayudas y subvenciones de cooperación y solidaridad con los países en vías de desarrollo. Con dicho Acuerdo, el Parlamento de Andalucía destina el 0,7% de su Presupuesto para otorgar ayudas y subvenciones a ONGD para sufragar la realización de proyectos o planes destinados al desarrollo, sobre todo si están dirigidos a la satisfacción de necesidades básicas como alimentación, suministro de agua, sanidad, educación... (bases 2.^a y 4.^a). Por lo demás, el Acuerdo enumera de forma detallada los requisitos y obligaciones de las entidades beneficiarias (bases 2.^a y 3.^a); describe la documentación que deberá acompañar a sus solicitudes, que se presentarán en el Registro del Parlamento de Andalucía (base 7.^a); encomienda al Letrado Mayor del Parlamento el nombramiento del equipo que habrá de estudiar y valorar los expedientes sobre la base de los criterios que también se enumeran (base 8.^a); atribuye exclusivamente a la Mesa del Parlamento la competencia para resolver las solicitudes antes del 15 de diciembre de 2013 (bases 8.^a y 9.^a); remite las causas de invalidez y de reintegro de las subvenciones concedidas a lo dispuesto en la Ley 38/2003, General de Subvenciones (base 15.^a); y —en fin— atribuye asimismo a la Mesa del Congreso la competencia para acordar e imponer las sanciones previstas en la citada Ley General de Subvenciones por la comisión de las infracciones previstas en esa misma norma (base 16.^a).

Lo cierto es que la esfera de competencias del Parlamento de Andalucía no incluye la posibilidad de aprobar un Acuerdo como el descrito. Se trata de una grave irregularidad, al menos por las siguientes razones:

1.º Porque el Parlamento está con todo ello ejerciendo funciones administrativas que exceden con mucho las que el ordenamiento y el bloque de la constitucionalidad le asignan para la gestión de sus asuntos internos. No se trata —como se refleja en el art. 1.3.a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa— de «actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial sujetos al Derecho público adoptados por los órganos competentes (...) de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas». Con el citado Acuerdo de 15 de mayo de 2013 el Parlamento realiza una actividad jurídica materialmente administrativa con efectos «*ad extra*» y por completo ajena a su propia organización. El citado Acuerdo responde, más bien, a un «sistema asambleario» o a un peculiar modelo de «gobierno por el parlamento», que es absolutamente extraño a la forma de gobierno parlamentaria acogida por la Constitución y por los diversos Estatutos de Autonomía. Es cierto que a la Mesa del Parlamento co-

rresponde, entre otras cosas, autorizar «los gastos de la Cámara» (art. 28.1.5.º del Reglamento del Parlamento de Andalucía). Pero ello se refiere, evidentemente, al gasto que el Parlamento pueda ejecutar dentro de su ámbito de competencias y para su propio funcionamiento, y no para cualquier otra cosa. No es posible fundar en esta competencia la aprobación de un Acuerdo como el citado de 15 de mayo de 2013. Ni en el Reglamento del Parlamento ni en el Estatuto de Autonomía para Andalucía existe el menor atisbo de atribución de una competencia de tales características. Más bien dicha competencia corresponde —como hemos visto— a la Agencia Andaluza de Cooperación Internacional para el Desarrollo, de la que los administrados esperan, como es lógico, la convocatoria y concesión de esas ayudas y subvenciones. Desde este punto de vista, el Acuerdo de la Mesa del Parlamento es contrario también al principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). El Acuerdo citado representa, en suma, una grave irregularidad que desnaturaliza la forma de gobierno parlamentaria establecida por la Constitución y los Estatutos de Autonomía¹².

2.º Como consecuencia de lo anterior, el Acuerdo que venimos comentando adolece de lagunas importantes. Por ejemplo, en materia de procedimiento sancionador¹³. La base 16.^a, en su apartado 3, aclara que el acuerdo sancionador agota la «vía administrativa», dándose a entender que será en todo caso —como es natural— la jurisdicción contencioso-administrativa la encargada de controlarlo; pero no se dice nada acerca de las garantías aplicables en el curso del procedimiento administrativo sancionador. Tan sólo se ofrece un apartado 2 en la misma base 16.^a en el que escuetamente se señala: «La imposición de sanciones se efectuará mediante expediente administrativo, en el que, en todo caso, se dará audiencia a la persona interesada antes de dictarse el acuerdo correspondiente. El procedimiento se iniciará de oficio como consecuencia de la actuación de comprobación prevista en estas bases y en la normativa reguladora en materia de subvenciones».

¹² Sobre la forma de gobierno parlamentaria que se establece para las Comunidades Autónomas, *vid.* S. MUÑOZ MACHADO, *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, tomo I, 2.^a ed., Iustel, Madrid, 2007, pp. 22-23. En concreto, para Andalucía, *vid.* A. J. PORRAS NADALEL, «Forma de gobierno en Andalucía», en MUÑOZ MACHADO, S. y REBOLLO PUIG, M. (dirs.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008, pp. 869 y ss.

¹³ Y ello sin contar con que el artículo 3 de la Ley 38/2003, General de Subvenciones, cuando define su ámbito subjetivo de aplicación, se refiere sólo a las Administraciones públicas territoriales en sentido estricto y a sus entes instrumentales.

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. *El caso FASAD, la condición de medio propio de una fundación pública*. 2. *El caso FUSBA. La aplicación de los límites a la masa salarial establecidos en las Leyes de Presupuestos a fundaciones del sector público*.—III. PRÁCTICA ADMINISTRATIVA DE LOS REGISTROS DE FUNDACIONES.

I. Introducción

Durante el año 2013 no se ha avanzado en absoluto en la regulación del Derecho de fundaciones en el Principado de Asturias a pesar de los constantes esfuerzos por parte del Consejo de Fundaciones de Asturias por promover la propuesta Ley de Fundaciones del Principado de Asturias que analizamos en la edición del año 2011 de este Anuario y conseguir una gestión más ágil del día a día de las fundaciones en Asturias. Las perspectivas de que se dé un paso en firme hacia esa regulación autonómica no parecen muy halagüeñas toda vez que el Gobierno del Principado no cuenta con el suficiente respaldo parlamentario para que sus proyectos de Ley fructifiquen, lo que viene a agravar la ya tradicional apatía del legislador asturiano que se extiende a numerosos sectores, careciendo la comunidad de normas tan básicas como las que desarrollan el régimen local, o las que disciplinan las licencias ambientales.

Como veremos a continuación, el protagonismo jurídico ha estado más en el sector público que en el privado, paradójicamente. La Ley 1/2013, de 24 de mayo, de Medidas de Reestructuración del Sector Público Autonómico, que se ha saldado con una tímida poda de entidades instrumentales, no ha afectado a ninguna de las fundaciones del sector público.

II. Novedades Jurisprudenciales

1. *El caso FASAD, la condición de medio propio de una fundación pública*

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 15 de julio de 2010, en el recurso contencioso-administrativo 991/2010, aborda un problema de especial relevancia para las fundaciones pertenecientes al sector público como es la posibilidad de recibir encomiendas de gestión de conformidad con el artículo 24.6 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público¹ (en lo sucesivo TRLCSP).

Recordemos que el citado precepto se hace eco de las exigencias establecidas por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para admitir los contratos denominados «*in house*» que realizan las Administraciones con sus entes instrumentales. Al final de un largo camino, el Tribunal de Justicia reconoció que los poderes adjudicadores pueden adjudicar encargos directamente, sin licitación, a entes sobre los que dispongan del mismo control que ostentan sobre sus propios servicios siempre que dichos entes desempeñen el grueso de su actividad para ese poder adjudicador. Ello excluye la posibilidad de efectuar encargos directos a empresas mixtas (aunque el accionista privado tenga una participación mínima), y a la vez (Sentencia TRAGSA) permite que los poderes adjudicadores efectúen encargos directos a entes instrumentales de otras Administraciones, no necesariamente de ellos mismos, siempre que estén dotados de una normativa que les obligue a aceptar los encargos que reciban de esos poderes adjudicadores. Es lo que sucede

¹ El artículo 24.6 del TRLCSP establece que «A los efectos previstos en este artículo y en el artículo 4.1.n), los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de Sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública.

En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan.

La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concorra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas».

con TRAGSA, que pertenece al sector público estatal pero puede recibir adjudicaciones directas de las Comunidades Autónomas.² El artículo 24.6 del TRLCSP recoge el resultado de esta Jurisprudencia y a partir de él se han modificado los estatutos o normas de creación de numerosos entes para hacer mención a su condición de medios propios, indicando las Administraciones o poderes adjudicadores en relación con las que puede asumir dicha condición y el régimen de las encomiendas que se encuentra obligado a atender.

El caso resuelto por esa Sentencia (que no es firme) se refiere a la encomienda de gestión efectuada por Resolución de 22 de junio de 2009, de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda, a favor de la Fundación Asturiana de Atención y Protección a Personas con Discapacidades o Dependencias (FASAD) en virtud de la cual la misma debía realizar *«el análisis y valoración de la documentación presentada por los centros de servicios sociales para su acreditación, así como la emisión de informe sobre el cumplimiento de aquellos requisitos de acreditación de índole documental a que se refiere la Resolución de 22 de junio de 2009, de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda, 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 fundación FASAD ha sido creada por la Administración del Principado de Asturias, que efectuó, como dice la Sentencia, la «aportación económica para su funcionamiento», y está sometida al control de la Administración autonómica, que es quien designa a sus administradores. De todas formas, lo cierto es que en este caso la resolución administrativa impugnada no invocaba la legislación de contratos ni la condición de medio propio de la fundación FASAD, sino exclusivamente el artículo 15 de la LPC, que regula la encomienda de gestión dentro de los procedimientos administrativos. Nos encontramos, además, ante una actuación no remunerada, lo que constituye una razón más para aplicar la legislación de régimen jurídico de las Administraciones públicas y no la de contratos (art. 2.1 TRLCSP: «contratos onerosos»), máxime cuando la actuación objeto de la encomienda se ajusta perfectamente al artículo 15 LPC en la medida en que consiste en valorar las solicitudes de «acreditación», que es un reconocimiento oficial —median-

² Al desarrollo (no siempre coherente) de esta doctrina Jurisprudencial se dedican los trabajos de A. HUERGO LORA, «La libertad de empresa y la colaboración preferente de las Administraciones con empresas públicas», *RAP*, núm. 154 (2001), pp. 129-174, y el comentario a la Jurisprudencia del TS en materia de contratos publicado en la *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 18 (2008), en el que se analiza la Sentencia del TS que cerró el asunto TRAGSA.

te acto administrativo dictado por la Consejería— en el que se certifica que un determinado centro de atención a ancianos o personas dependientes reúne los requisitos exigidos para participar en la prestación de los servicios cubiertos por la Ley de la Dependencia (Ley 39/2006).

Situados en esta perspectiva (la del art. 15 LPC), es evidente que dicho precepto no admite las encomiendas de gestión a fundaciones, puesto que prohíbe expresamente las encomiendas de gestión «sobre personas físicas o jurídicas sujetas a Derecho privado», entre las que se encuentran las fundaciones.

El Tribunal Superior de Justicia desestima el recurso entendiendo que la Fundación estaría dentro del sector público, a efectos de la aplicación del TRLCSP por cumplirse lo dispuesto en el artículo 3.1.f) de la citada norma, que establece que forman parte de dicho sector «*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*». Sin embargo, el artículo 15 de la LPC no acepta las encomiendas de gestión a favor de cualesquiera entes «del sector público», sino que exige que se trate de entes «de Derecho público», y una fundación no lo es en ningún caso. En este sentido cabe citar la Sentencia de 30 de octubre de 2000 (recurso 188/1998) de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Castilla-La Mancha, que anuló una encomienda de gestión porque se efectuaba a favor de una Sociedad Mercantil, aunque perteneciente íntegramente a una Administración pública.

Más problemático resulta, sin embargo, un asunto en el que la Sentencia no entra y es el cumplimiento del requisito de que la mayor parte de la actividad del ente instrumental se realice para la Administración matriz. Este requisito viene a evitar que el ente instrumental distorsione el mercado actuando unas veces como medio propio y otras de forma autónoma con el beneficio competitivo de que parte de su actividad estaría asegurada por asignaciones de trabajo del ente matriz.

En este sentido los estatutos de FASAD en su artículo 7, la conciben como un ente destinado a proporcionar una amplia serie de servicios a las personas con discapacidad que van desde la Creación, y sostenimiento de centros, recursos y servicios de atención a personas con discapacidades o dependencias de tipo físico, psíquico o sensorial, hasta incluso, ejercitar las funciones de tutela, curatela y otras figuras de guarda conforme a ley.

La asunción por un ente destinado a una labor asistencial a terceros en el marco del servicio público de encomiendas para la Administración de la que depende es bastante problemática y el mero hecho de que la Fundación esté obligada a cumplir el encargo realizado por la Administración no evita que se pueda hablar de una prestación contractual como ha declarado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 18 de diciembre de 2007 en el asunto 220/06 (correos).

En cuanto al fondo de las actividades encomendadas el Tribunal Superior de Justicia de Asturias no duda en calificarlas como un encargo meramente técnico *«consistente en el mero análisis de documentación relativa a la acreditación de centros de servicios sociales, sin que de ello se derive consecuencia alguna con efectos para terceros»*.

No obstante, la lectura del propio texto de la encomienda arriba reproducido nos aproxima a una labor de calificación jurídica de las solicitudes presentadas por los centros privados que culmina con un informe sobre su adecuación a la legislación correspondiente. En definitiva la Fundación elevaría a la Administración *de facto* una propuesta de resolución, con lo que el funcionario que la asuma ve vaciada de contenido su actuación en el procedimiento (de hecho la encomienda se justifica para evitar que la carga de trabajo lleve a estimaciones por silencio).

En este contexto debe plantearse si la actuación de la Administración es conforme con el artículo 9.2 del Estatuto Básico del Empleado Público en cuanto reserva a funcionarios públicos *«el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas...»*. Difícilmente se puede discutir que aquí estamos ante una potestad pública que implica ejercicio de autoridad y sin embargo la participación del funcionario se diluye mediante una «externalización» en un medio propio que reduce la carga administrativa.

En este sentido, la Sentencia del TS de 22 de enero de 2013 (recurso 1626/2011) declaró contraria a Derecho una encomienda de gestión efectuada a la Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo, para la tramitación de las solicitudes de inscripción en el Registro de Empresas Acreditadas como Contratistas o Subcontratistas del sector de la construcción, al entender que, aunque la resolución final la dicte la Administración, en la tramitación se adoptan actos de trámite que deben ser dictados por funcionarios.

El caso tiene también un planteamiento similar al que enjuició la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sede de Sevilla) de 15

de mayo de 2008 en el recurso 597/2008 y que llevó a la anulación de la encomienda a favor de la Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo para el seguimiento de las acciones formativas realizadas mediante contratos programa para la formación continua en la Comunidad Autónoma de Andalucía, realizada por Orden del Servicio Andaluz de Empleo de 4 de septiembre de 2008. Si bien el Tribunal Superior de Justicia andaluz decidió la anulación de la citada encomienda, decisión en la que pesó la motivación de la misma en la necesidad de aliviar la carga de trabajo del Servicio, aunque principalmente el hecho de que para la eficacia de estas labores es necesaria la presencia de las potestades de autoridad.

La labor de conexión de la funciones encomendadas con las potestades públicas que aseguran su eficacia que hizo el Tribunal andaluz no se llevó a cabo por su homólogo asturiano y justifica en parte la disparidad de los fallos.

En cualquier caso el uso de una fundación asistencial como refuerzo de la Administración para evitar el silencio administrativo no parece adecuado a Derecho e implica una desnaturalización tanto del propio medio empleado, como de la propia función pública «encomendada» que tiene una sustancia material de valoración jurídica y control de la legalidad que necesariamente tiene que hacerse con las garantías que ofrece el régimen estatutario de los funcionarios públicos.

2. El caso FUSBA. La aplicación de los límites a la masa salarial establecidos en las Leyes de Presupuestos a fundaciones del sector público

La Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2012 de la Sala de lo Social, aborda una controvertida cuestión como es la aplicación de la rebaja salarial establecida por el Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo a una fundación del sector público como la Fundación Laboral de Minusválidos Santa Bárbara (FUSBA).

La citad Fundación que mantiene en Asturias dos centros especiales de empleo dedicados a la fabricación de vestuario laboral venían aplicando a los trabajadores las tablas salariales y los incrementos retributivos propios del Convenio Colectivo de Trabajo para la Industria Textil desde, al menos, el año 1984. Como consecuencia de esta práctica la empresa no ajustó la subida salarial del año 2010 a lo dispuesto por la Ley de Presupuestos del Estado para el Sector Público ni, posteriormente, procedió a la aplicación de la rebaja salarial impuesta para dicho sector por el Real Decreto Ley 8/2010. Detectada esta irregularidad por la Intervención General del Estado en una auditoria, la empresa adopta en noviembre de 2011 una decisión por la que

partiendo de las tablas salariales del convenio para 2009 aplica la subida autorizada para 2010 y la rebaja obligada por el citado Real Decreto Ley retroactivamente ajustando los salarios hasta enero del 2010.

El Tribunal Superior de Justicia de Asturias estima parcialmente una demanda de los sindicatos que representan a los trabajadores de la fundación y declara ilegal la exigencia de los salarios más allá del año anterior a la resolución de la fundación por estar prescrito el derecho a su reclamación, pero mantiene la posibilidad de ajustar los salarios a lo prescrito por la LPGE y el citado Real Decreto Ley ya que *«si la empresa no aplicó después de un año la ley que estaba obligado a aplicar, no ha perdido el derecho a hacerlo, pues sigue siendo obligación legal. Lo que ha perdido, si se le opone la excepción de prescripción (y este es el caso), es el derecho a reclamar a los trabajadores las cantidades que les abonó y, en virtud de esa ley, no tenía que haber pagado»*.

La Sentencia supone una aplicación ciertamente rigurosa del régimen salarial del sector público a una fundación que sólo entendemos justificada racionalmente en la medida en que las fundaciones públicas más que un patrimonio destinado a la satisfacción de un fin son entes institucionales constantemente alimentados por fondos públicos. En cuanto a la aplicación de las reglas sobre prescripción de los salarios ya cobrados entendemos que más allá del plazo de un año previsto en el Estatuto de los Trabajadores se podría haber considerado la confianza suscitada en los empleados por el salario indebidamente cobrado, especialmente dadas las características de un centro especial de empleo y la inercia en la práctica seguida por la empresa.

III. Práctica administrativa de los Registros de Fundaciones

Desde el 1 de diciembre de 2012 al 1 de noviembre de 2013 la práctica de los registros de fundaciones del Principado de Asturias parece haber acusado los efectos de la actual crisis económica y ha disminuido considerablemente respecto a los ejercicios precedentes pudiendo citarse las siguientes incorporaciones.

En el Registro de fundaciones docentes y culturales de interés general del Principado de Asturias, se ha ordenado la inscripción de las siguientes fundaciones.

A) Por Resolución de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte, de 23 de enero de 2013, la Fundación Protectora de Animales del Principado de Asturias, clasificada como cultural.

B) Por Resolución de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte, de 24 de septiembre de 2013, la Fundación de Ingenieros Técnicos y Graduados de Minas y Energía, clasificada como docente.

En el Registro de fundaciones asistenciales de interés general del Principado de Asturias, se ha ordenado por Resolución de la Consejería de Bienestar Social e Igualdad, de 19 de febrero de 2013, la inscripción de la fundación Cerro Verde, clasificada como asistencial.

Las fundaciones de Cantabria en 2013: investigación, educación y cultura

Marcos Gómez Puente

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Cantabria

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: EL PANORAMA FUNDACIONAL EN LA REGIÓN.—II. MEDIDAS PRESUPUESTARIAS, FINANCIERAS Y FISCALES.—III. UNA NUEVA FUNDACIÓN DE MANO PRIVADA: LA UNIVERSIDAD EUROPEA DEL ATLÁNTICO.—IV. LA COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL SIN ÁNIMO DE LUCRO.—V. UNA POLÉMICA INICIATIVA DE LA FUNDACIÓN MARCELINO BOTÍN.—VI. LA NUEVA FUNDACIÓN FESTIVAL INTERNACIONAL DE SANTANDER (FIS).—VII. LA CREACIÓN DE LA FUNDACIÓN INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN MARQUÉS DE VALDECILLA.

I. Introducción: el panorama fundacional en la región

La investigación, la educación universitaria y la cultura son, como seguidamente se verá, los motivos más destacables de la actividad fundacional en la región en 2013. Se ha dado nuevo impulso a la investigación biomédica, una nueva universidad privada se abre camino en la región, hemos asistido a la refundación del Festival Internacional de Santander y avanzan las obras de un moderno centro de arte que puede convertirse en una referencia cultural internacional.

Pero si los datos que facilita el Gobierno regional a través de su sitio electrónico no están desactualizados ni son errados, la iniciativa fundacional de la región —no así, como se ve, la actividad de unas pocas fundaciones y entidades del denominado «Tercer Sector»—, parece haber estado un tanto retraída. Digo esto porque las cifras que arroja el registro regional de fundaciones lleva casi tres años sin sufrir alteraciones, como puede verse en la tabla adjunta (aunque para 2014 se anuncian dos nuevas e importantes fundaciones, como se verá enseguida).

Tipo de fundación	Inscritas	%	Inscritas	%	Inscritas	%
	2010		2011		2013	
Asistencial	81	35,06	80	38,09	80	38,09
Docente	112	48,48	112	53,33	112	53,33
Laboral	4	1,74	4	1,9	4	1,9
Cultural	9	3,90	9	4,28	9	4,28
Otro	25	10,82	25	2,38	25	2,38
Total	231	100	230	100	230	100

Fuente: www.gobcantabria.es

La mala situación económica y la reducción del déficit público, que dificultan la liberación de recursos privados y públicos para los fines no lucrativos propios de las fundaciones, pueden explicar ese estancamiento. No obstante son los tiempos de crisis, precisamente, aquellos en los que más necesaria resulta la solidaridad y el altruismo y la involucración de la sociedad civil en la atención de las necesidades de los colectivos menos favorecidos o en la promoción de los valores y fines de interés social que animan la constitución o la actividad de las fundaciones y otras entidades similares (siendo notable, por lo demás, el número de asociaciones inscritas en la región —a septiembre de 2013 el censo arrojaba un total de 3.469 entidades—, aunque no existen datos estadísticos sobre su actividad real, ni sobre los variados objetivos que persiguen, ni sobre los presupuestos que manejan).

Así, siendo muy reducida o inexistente la actividad de la mayoría de las fundaciones de mano privada inscritas¹, las fundaciones que tienen mayor importancia son, por regla general, las que cuentan con la participación o aportación patrimonial de entidades públicas de la región o de Sociedades Mercantiles de mano pública. Entre ellas importa mencionar las ocho integradas en el sector público autonómico, que tienen, como es sabido, un régimen jurídico especial. Son las siguientes:

- Fundación Cántabra para la Salud y el Bienestar Social.
- Fundación Centro Tecnológico en Logística Integral Cantabria.
- Fundación para las Relaciones Laborales de Cantabria.

¹ La mayor parte de las fundaciones formalmente existentes en la región (un 70%, aproximadamente, de propósito docente o asistencial), constituidas en la primera mitad del siglo XIX con las aportaciones de emigrantes retornados (los denominados «indianos»), languidecen y se hallaban prácticamente inactivas.

- Fundación Fondo Cantabria Cooperera.
- Fundación Instituto Hidráulica Ambiental.
- Fundación Marqués de Valdecilla.
- Fundación Campus Comillas².
- Fundación Festival Internacional de Santander (FIS)³.

A esta relación se sumará, en 2014, el Instituto de Investigación Marqués de Valdecilla (IDIVAL), que se ha constituido el día 30 de diciembre de 2013, al entregar estas páginas a la imprenta. Daremos cuenta de esta nueva fundación en el último epígrafe de esta crónica.

Esa es la única novedad significativa en el ámbito del sector fundacional, persistiendo la necesidad de llevar a cabo una revisión general del marco normativo regional, para adecuarlo a la legislación estatal básica y a la nueva realidad del «Tercer Sector» en el que están presentes, además de las fundaciones, entidades de diversa naturaleza jurídica.

Se mantienen, por lo demás, las medidas dirigidas a controlar el gasto de estas fundaciones del sector público regional, siendo sus presupuestos conjuntamente aprobados a través de la ley regional anual de presupuestos, sobre la que enseguida nos detendremos. El Gobierno también hizo pública su intención de reformar el sector público autonómico reduciendo el número de entes del mismo (Decreto del Presidente 11/2011, de 30 de junio), pero por el momento esa reducción no ha afectado a dichas fundaciones.

² El presupuesto de esta fundación, constituida para la investigación, formación y difusión de la lengua o culturas hispanas (Decreto 142/2005, de 24 de noviembre), no aparece entre los demás integrados y aprobados con los Presupuestos Generales del Comunidad Autónoma para 2013 (Ley 9/2012, de 26 de diciembre —art. 1—). Con nueva denominación (Fundación Comillas del Español y de la Cultura Hispánica) la entidad sigue desarrollando sus actividades en búsqueda de un nivel de actividad superior que permita también llevar a cabo la rehabilitación del edificio histórico que debería soportar su actividad cultural y docente. Son miembros natos de su patronato el Presidente del Gobierno Regional y otros altos cargos de la Administración regional y de la Administración del Estado. Para considerarla incluida entre las fundaciones del sector público regional es preciso que cuente con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración autonómica o sus organismos o que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en un porcentaje igual o superior al 50% por bienes o derechos aportados o cedidos por dichas entidades (art. 2 de la Ley de Cantabria 14/2006, de 24 de octubre, de Finanzas de Cantabria).

³ El presupuesto de esta fundación, constituida el 19 de diciembre de 2012, tampoco aparece entre los demás integrados y aprobados con los Presupuestos Generales del Comunidad Autónoma para 2013 (Ley 9/2012, de 26 de diciembre —art. 1—). Más adelante se dará cuenta de esta nueva entidad que sucede a otra anteriormente existente.

II. Medidas presupuestarias, financieras y fiscales

En línea de continuidad con los precedentes ejercicios presupuestarios, la Ley de Cantabria 9/2012, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Cantabria para 2013, mantuvo algunas de las medidas de contención del gasto público adoptadas en su día.

En efecto, siguiendo el ejemplo del Estado, la Comunidad redujo el sueldo de los empleados públicos en 2010, haciendo extensiva la medida al personal de las fundaciones públicas autonómicas⁴ y manteniendo luego congelado dicho sueldo en 2011⁵ y en 2012⁶. Y para 2013 la Ley presupuestaria dispuso lo mismo (arts. 25, 26.9, 28.4 y 32.1) exigiendo también, como en años anteriores que los contratos de personal directivo por parte de las fundaciones (y otras entidades) públicas autonómicas fueran sometidos, antes de formalizarse, al informe preceptivo y vinculante de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo (art. 42), incluso en el caso de que fueran a concertarse mediante un contrato tipo (debiendo entonces someterse a informe este último); que no se incluyeran cláusulas indemnizatorias (art. 43), pecuniarias o no, para «blindar» los contratos de los directivos de las fundaciones u otras entidades públicas, con el fin de evitar su despido o cese anticipado (cláusulas que se tendrán por no puestas y, por consiguiente, nulas y sin ningún valor ni eficacia, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran incurrir los titulares de los órganos gestores que las acordaren); que se informará al Parlamento cántabro de las aportaciones que la Administración de la Comunidad realizara al patrimonio de fundaciones por importe superior a los 300.000 € (art. 12); y que las fundaciones del sector público solo pudieran formalizar operaciones de endeudamiento en la medida en que supusieran prórroga o refinanciación de otras operaciones ya existentes, sin que, por tanto, pudieran incrementar el nivel de endeudamiento formalizado al finalizar el ejercicio anterior (art. 15)⁷.

Por lo que hace a la deuda de las fundaciones públicas regionales resulta oportuna también la cita de la Ley de Cantabria 6/2012, de 28 de noviem-

⁴ Ley de Cantabria 5/2010, de 6 de julio, de modificación parcial de la Ley de Cantabria 5/2009, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Cantabria para el año 2010.

⁵ Ley de Cantabria 10/2010, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Cantabria para el año 2011 (arts. 24.9 y 26.4).

⁶ Ley de Cantabria 4/2011, de 29 de diciembre de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Cantabria para el año 2012 (arts. 24.1 y 27.4).

⁷ La Ley no contempla tampoco la formalización de nuevas operaciones de endeudamiento a largo plazo a ninguna fundación pública regional (art. 17).

bre, de crédito extraordinario de regularización y financiación de insuficiencias por actuaciones anteriores al 1 de enero de 2012, pues del mecanismo de financiación que proporciona se ha beneficiado significativamente la Fundación Cántabra para la Salud y el Bienestar Social, que es la entidad que, como medio propio de servicio técnico de la Administración regional, presta servicios en el ámbito, entre otros, de la atención a la dependencia y apoyo a la autonomía personal⁸.

La disposición legal trae causa de los acuerdos alcanzados por el Consejo de Política Fiscal y Financiera⁹ para facilitar el pago de la deuda autonómica, luego integrados en el mecanismo extraordinario o adicional de financiación previsto en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. Gracias a esta financiación se ha podido aprobar este crédito extraordinario por un importe de 288,14 millones de euros, del que se destinará un 93% a cubrir obligaciones reconocidas con los proveedores de la Administración regional y sus organismos; entre ellos, las del Instituto Cántabro de Servicios Sociales, de los que casi 1,67 millones de euros correspondían a la citada fundación.

En fin, resta mencionar, en el capítulo de las medidas fiscales, al margen de los beneficios que de modo general prevé la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de Régimen Fiscal de Entidades Sin Fines Lucrativos e Incentivos Fiscales al Mecenazgo, el mantenimiento de la exención de la tasa por servicios administrativos de ordenación de espectáculos y actividades recreativas para los que se organicen a beneficio de Cruz Roja, Cáritas, Asociación

⁸ De acuerdo con los Estatutos de la entidad, su objeto fundacional es el desarrollo de actuaciones tendentes a la promoción de la salud y del bienestar social de la población cántabra; tales actuaciones se refieren a la ejecución de programas preventivos, asistenciales, formativos, de inserción de apoyo y promoción de la salud y bienestar social de la ciudadanía; organización, gestión y evaluación de proyectos de atención social; promoción y divulgación de actuaciones de carácter social o asistencial; participación en la formación de profesionales; organización y gestión de fondos documentales; cooperación en el desarrollo de programas asistenciales en todos los ámbitos; gestión de centros, tanto en su vertiente asistencial como en la referida a la ejecución de proyectos de obra de primer establecimiento, de reparación, de conservación y material, y demolición; participación en el desarrollo de las actividades de otras entidades que realicen actividades coincidentes o complementarias con las de la propia fundación; promoción de campañas de sensibilización ciudadana y de iniciativas y proyectos de prevención orientados a todos los sectores de la sociedad; investigación, producción y distribución de servicios de nuevas tecnologías aplicadas a los ámbitos de la salud y los servicios sociales; participación en programas de cooperación al desarrollo en el Tercer Mundo; y cuales quiera otras actuaciones que redunden en el mejor desarrollo de sus fines.

⁹ Acuerdo 6/2012, de 6 de marzo, por el que se fijaron las líneas generales del mecanismo extraordinario de financiación para el pago a los proveedores de las Comunidades Autónomas.

Española contra el Cáncer, UNICEF, Manos Unidas, Organizaciones No Gubernamentales dedicadas a tareas de cooperación al desarrollo y otras asociaciones oficialmente reconocidas, dedicadas a finalidades benéficas o asistenciales, siempre que la recaudación les sea totalmente destinada y así se acredite (Anexo I, Ley 10/2012, de 26 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de Cantabria para 2013).

III. Una nueva fundación de mano privada: la Universidad Europea del Atlántico

En la crónica de este año debemos también dar cuenta de la aprobación de la Ley 5/2013, de 5 de julio, de reconocimiento como universidad privada a la Universidad Europea del Atlántico. Un reconocimiento legislativo efectuado en el marco de los dispuesto en los artículos 4 y 5 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (y concordantes del Real Decreto 557/1991, de 12 de abril, sobre creación y reconocimiento de Universidades y centros universitarios), normas que regulan los principales aspectos del régimen de creación y reconocimiento de las universidades privadas y cuyo desarrollo y ejecución corresponde a la Comunidad Autónoma en virtud del título competencial recogido en el artículo 28.1 del Estatuto de Autonomía para Cantabria.

La aprobación de esta Ley contó únicamente con el apoyo del Grupo Parlamentario Popular (PP), pues tanto el Grupo Parlamentario Socialista (PSOE) como el Grupo Parlamentario Regionalista (PRC) se opusieron a que se diera marcha legal a esa iniciativa educativa. El PP entendía que no podía denegársele el reconocimiento solicitado porque cumplía con todos los requisitos legalmente exigibles, e iba a suponer una importante inversión (14 millones de euros y 200 puestos de trabajo para la región) y no podía limitarse la libertad de educación. El PSOE y el PRC entendían, en cambio, que el expediente no se había tramitado con la regularidad debida, que la iniciativa tenía un propósito más empresarial que educativo, que suponía otro paso en el proceso de desmantelamiento de la educación pública (coincidente en el tiempo con la asfixia económica de la Universidad de Cantabria) y que la entidad promotora no tenía prestigio y capacidad reconocidos para llevar a buen puerto el proyecto.

La entidad promotora de la nueva institución educativa y solicitante del reconocimiento legal concedido es la Fundación Universitaria Iberoamericana (FUNIBER) constituida en Barcelona en 1997 con la finalidad de difundir y compartir el conocimiento en el ámbito europeo y latinoamericano

mediante la formación de una red académica y profesional en la que participan medio centenar de universidades y numerosas empresas y asociaciones o corporaciones profesionales. Mediante convenios con estas entidades, haciendo uso de sistemas de formación a distancia, la fundación promueve la impartición de programas y titulaciones universitarios, la ejecución de proyectos de cooperación internacional y actividades de investigación y transferencia del conocimiento que son desarrollados por las propias universidades que se integran en su red.

En el contexto de la actividad mencionada, pues, lo que ha hecho FUNIBER ahora es promover, no la integración en su red de una universidad existente, sino la creación de una universidad nueva para que se integre en dicha red. No se trata, por tanto, de que FUNIBER reciba reconocimiento legal como universidad privada española, sino de crear una fundación nueva, con propia personalidad jurídica, que es la que recibe el reconocimiento y la denominación legal como Universidad Europea del Atlántico, con sede en Santander, para impartir enseñanzas dirigidas a la obtención de títulos de carácter oficial y validez en todo el territorio nacional.

A diferencia de otras iniciativas similares, en las que las nuevas universidades privadas asumen la forma jurídica de Sociedades Mercantiles y, por tanto, incorporan el ánimo de lucro al desarrollo de su actividad educativa, los promotores de la Universidad Europea del Atlántico se han decantado por la forma fundacional que, como es sabido, está legalmente reservada para organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de sus fines de interés general (art. 2.1 Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones; en adelante, LF). Fines fundacionales a los que deben destinar al menos el 70% de los resultados de su explotación económica y de los ingresos que se obtengan por cualquier otro concepto, deducidos los gastos realizados para la obtención de tales resultados o ingresos (art. 27 LF). A nadie se oculta, sin embargo, que entre tales gastos se hallan también los correspondientes a la retribución del personal o de las empresas que prestan servicios para la fundación y aun los destinados a retribuir a los patronos que realicen funciones adicionales a las del patronato propiamente dicho, partidas con las que puede reducir significativamente dichos resultados en perjuicio de los fines de la fundación y beneficio de los destinatarios de tales retribuciones. De ahí que cuando tales retribuciones a terceros sean injustificadas, por desproporcionadas o excesivas, pueda ponerse en evidencia, no ya una mala gestión fundacional, sino que el funcionamiento y actividad de la fundación (y aun su propia constitución) obedecen a fines distintos de los declarados,

más propios de la óptica mercantil que de la fundacional, resultando entonces legalmente muy necesaria la intervención del Protectorado para evitar esta clase de desviaciones (art. 35 LF).

Como fundación, pues, la Universidad Europea del Atlántico debe regirse por la legislación propia de las fundaciones y por sus normas de organización y funcionamiento. Y como universidad, además, por lo dispuesto en la legislación universitaria que le garantiza libertad académica (las libertades de cátedra, de investigación y de estudio) y le obliga a adoptar las correspondientes normas de organización y funcionamiento académico cuya legalidad debe ser controlada por el Gobierno autonómico, dando su conformidad. También se necesita la conformidad de ésta para cualquier acto o negocio jurídico que modifique la personalidad jurídica, la estructura o la denominación de la Universidad o que impliquen la transmisión o cesión, total o parcial, a título oneroso o gratuito, de la titularidad directa o indirecta que las personas físicas o jurídicas ostenten sobre ella. Además debe presentar a la Consejería competente una memoria anual de sus actividades.

El reconocimiento legal tiene un plazo de caducidad de cuatro años, de modo que el inicio de las actividades de la Universidad debe tener lugar antes de dicho término (aunque está previsto que tenga lugar mucho antes, en septiembre de 2014) y ser autorizado por decreto del Gobierno regional, señalándose en el mismo las enseñanzas conducentes a la obtención de títulos oficiales. Y sus centros y enseñanzas deberán mantenerse en funcionamiento durante el período de tiempo que sea necesario para permitir finalizar sus estudios a los alumnos que, con un aprovechamiento académico normal, los hubieran iniciado en ella.

La Universidad Europea del Atlántico constará de tres centros y un abanico de titulaciones relativamente amplio¹⁰.

¹⁰ Son las siguientes: Facultad de Ciencias de la Salud (grados en Ciencias de la Actividad Física y del Deporte, en Nutrición y Dietética, en Ciencia y Tecnologías de los Alimentos; másteres en Innovación y Biotecnología Alimentaria, en Nutrición y Dietética Aplicada, en Actividad Física y Salud [Entrenamiento y Gestión Deportiva]), Escuela Politécnica Superior (grados en Ingenierías de las Industrias Agrarias y Alimentarias, en Ingeniería Informática, en Ingeniería de la Organización Industrial, en Dirección Estratégica en Tecnologías de la Información; másteres en Gestión y Auditorías Ambientales, Diseño, Gestión y Dirección de Proyectos, Prevención de Riesgos Laborales y en Gestión Integrada [Prevención, Medio Ambiente y Calidad]), Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades (grados en Administración y Dirección de Empresas, en Periodismo, en Publicidad y Relaciones Públicas, en Comunicación Audiovisual, en Psicología, en Ciencias Políticas y de la Administración, en Traducción e Interpretación, en Lenguas Aplicadas; másteres en Mediación y Resolución de Conflictos, en Dirección Estratégica de Empresas Familiares, en Gobierno e Instituciones Públicas, en Recursos Humanos y Gestión del Conocimiento, en Administración y Dirección

IV. La comunicación audiovisual sin ánimo de lucro

En línea con la legislación comunitaria, la aprobación de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, creó un nuevo marco legal para la prestación de servicios de comunicación audiovisual radiofónicos, televisivos y conexos e interactivos, excluyéndolos genéricamente del ámbito propio del servicio público (esto es, del conjunto de actividades tradicionalmente reservadas a las entidades públicas) e incluyéndolos en la libertad de empresa y de mercado, pero reconociendo, de un lado, su interés general y, de otro, la necesidad de mantener un servicio público de comunicación audiovisual que, sin alterar la competencia en el referido mercado, cumpla determinadas misiones u objetivos de interés público. Así, pues, dichas actividades pueden ahora iniciarse libremente.

Ahora bien, en el caso de que requieran hacer uso del espacio hertziano, que es un recurso técnicamente limitado, necesitan obtener una licencia para utilizar exclusivamente alguna frecuencia del referido espacio mediante el correspondiente concurso. Y, por otra parte, en razón del aludido interés general, todos los prestadores de servicios de comunicación audiovisual deben, además, comunicar a la autoridad audiovisual que inician el ejercicio de su actividad e inscribirse en el correspondiente Registro (estatal o autonómico, según el alcance o cobertura de sus emisiones). Así, pues, la actividad de comunicación es libre, pero no lo es, en cambio, el uso del espacio hertziano, si tal es el medio por el que se pretende prestar el servicio (y no otros, como redes de cable, redes de internet o redes de telefonía móvil de otros operadores).

Pues bien, el Estatuto de Autonomía de Cantabria atribuye a la Comunidad competencia para el desarrollo normativo y la ejecución de dicha legislación (art. 25.9) y, en ejercicio de la misma, el Gobierno ha aprobado el Decreto 46/2013, de 11 de julio, de Servicios de Comunicación Audiovisual, que, en lo que ahora interesa, contiene previsiones específicas sobre los servicios de comunicación audiovisual comunitarios sin ánimo de lucro.

Así prevé, en efecto, que las entidades privadas que tengan la consideración legal de entidades sin ánimo de lucro, puedan, para atender las necesidades sociales, culturales y de comunicación específicas de comunidades y grupos sociales, así como para fomentar la participación ciudadana y la vertebración del tejido asociativo, obtener la correspondiente autorización o licencia para

de Empresas, en *Lingüística Aplicada* [Inglés/Español], en *Ciencias de la Comunicación y en Marketing Digital*).

utilizar el espacio hertziano, siempre que emitan en abierto y sin ningún tipo de comunicación audiovisual comercial.

Dicha licencia puede obtenerse mediante el correspondiente concurso público, teniendo en cuenta las disponibilidades del dominio público radioeléctrico establecidas por la Administración General del Estado, y con sujeción al mismo procedimiento por el que se adjudican las licencias para servicios comerciales. La licencia así obtenida no puede ser objeto de transmisión ni arrendamiento, perdiéndose aquélla si el servicio pierde su original carácter no lucrativo. Para comprobar el mantenimiento de este carácter, precisamente, la Administración regional tiene la facultad de evaluar las cuentas de las entidades (procedencia de fondos, desglose de gastos e ingresos) a través de la memoria económica que deben aportar anualmente, acompañada de un informe de auditoría de cuentas. Se prevé, además, que los gastos de explotación anuales de estos servicios no sean superiores a 100.000 € en el caso de servicios de televisión y de 50.000 € en el caso de servicios de radiodifusión, a menos que expresamente se autoricen un gasto de explotación superior.

La disposición también contempla normas sobre el ejercicio de las potestades autonómicas de inspección y sanción.

V. Una polémica iniciativa de la Fundación Marcelino Botín

Obligadamente debemos también dar cuenta de la polémica suscitada por la iniciativa de la Fundación Botín de construir un nuevo centro de arte en Santander.

Constituida en 1964 por Marcelino Botín Sanz de Sautuola, nieto del descubridor de las Cuevas de Altamira, y actualmente presidida por Emilio Botín, el Presidente del Banco de Santander, la Fundación pretende « paliar las necesidades y promover el desarrollo social ». Y medio siglo después es ya, probablemente, la primera fundación privada de España por volumen de inversión social, siendo sobradamente conocida su obra en la región y fuera de ella.

En el contexto de su actividad de promoción cultural a mediados de 2011 la Fundación propuso construir un centro de arte (el Centro Botín, ya popularmente apodado como el «cebo») que, encomendado su moderno diseño a un reconocido arquitecto y acometiendo un remodelación integral de una parte de los muelles urbanos, contribuyera a generar riqueza económica y social añadiendo un nuevo e importante atractivo cultural y turístico a la ciudad de Santander.

Una iniciativa que, sin embargo, ha suscitado bastante rechazo y litigios judiciales, no por su valor y acierto, incuestionables, sino por la ubicación del centro, que conlleva la transformación de un espacio tradicional y muy «sentido» por los santanderinos (el muelle de Albareda y los aledaños de la Grúa de Piedra). Ante el generalizado rechazo que suscitó el primer anteproyecto, se presentó otro que modificó la posición y orientación del centro y tuvo mejor aceptación y sobre el que, finalmente, se llevaron a cabo las correspondientes modificaciones del planeamiento urbanístico con el fin de posibilitar la construcción del centro y otorgar licencia para hacerlo. Pero ello no evitó que fueran impugnadas en sede contencioso-administrativa tales actuaciones.

En efecto, varias asociaciones (ARCA, Ecologistas en Acción, Cantabria Nuestra y la Asociación para la Conservación de la Arquitectura Tradicional en el Litoral de Cantabria) interpusieron recurso contra el Decreto 17/2012, de 12 de abril, por el que se aprobó la modificación núm. 9 del Plan Especial del Sistema General Portuario del Puerto de Santander. Los recurrentes solicitaron además la suspensión cautelar de las obras de construcción. La medida cautelar no fue otorgada, las obras siguieron su curso y el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria finalmente desestimó el recurso por Sentencia de 18 de noviembre de 2013, rechazando todos y cada uno de los argumentos (de ilegalidad urbanística) planteados por los recurrentes y sobre los que, a lo que interesa a esta crónica, no es necesario detenerse ahora. Pero sí es oportuno advertir que sigue pendiente de resolución el recurso interpuesto contra la licencia de obras (promovido por ARCA, Ecologistas en Acción y la Plataforma para la Defensa de la Bahía) y que se ha anunciado también la interposición de recurso de casación contra la aludida Sentencia.

VI. La nueva Fundación Festival Internacional de Santander (FIS)

Antecedido por las veladas musicales que amenizaban los encuentros académicos veraniegos de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, en 1952 comenzó a organizarse en Santander un festival de música y artes escénicas que, llegando a estar incorporado incluso a la Asociación Europea de Festivales de Música y propiciando la concurrencia de intérpretes de primera línea, se convirtió en un hito cultural y turístico imprescindible del verano santanderino. Instalado anualmente bajo carpa en una céntrica plaza de la ciudad (la Plaza Porticada), desde 1991 tuvo acogida física en el Palacio de Festivales construido, para dicho propósito y otros fines culturales, por iniciativa de la Comunidad Autónoma.

En la última década, sin embargo, no faltaron las críticas sobre la pérdida de relevancia de la programación del festival, acompasadas por los malos resultados económicos y por unos modos de gestión controvertidos que llevaron a la organización a acumular una importante deuda y poner en peligro su continuidad tras sesenta años de actividad.

Y para asegurar esa continuidad y dar nuevo impulso y rumbo al Festival, el Ayuntamiento de Santander y la Administración autonómica acordaron por convenio celebrado en julio de 2012 dar nueva forma jurídica a dicha organización, aprobar sus estatutos (modificados el 4 de julio de 2013) y reconstituirla como fundación privada de mano pública con la finalidad de programar y organizar las representaciones del festival en Santander y actos culturales de todo tipo en la región, llevando a cabo las acciones y gestiones necesarias para la contratación de los artistas y el funcionamiento del evento.

El patronato de la nueva Fundación Festival Internacional de Santander (FIS), constituida el 19 de diciembre de 2012 e inscrita como fundación de tipo cultural el 6 de marzo de 2013, está constituido por veinte miembros (correspondientes a cargos del Gobierno y de la Administración regional, de la Administración del Estado y del Ayuntamiento de Santander y de representación de la sociedad —Cámara de Comercio, Industria y Navegación, Caja Cantabria, Asociación de la Prensa, Asociación de Amigos del Festival, directores del conservatorio regional y municipal), alternándose en la presidencia y vicepresidencia, por años, el Presidente del Gobierno de Cantabria y el Alcalde de Santander (alternancia prevista también, para el cargo de Secretario, entre el Director General del Servicio Jurídico Regional y el Director Jurídico Municipal del Ayuntamiento de Santander).

Tal es, en síntesis, el perfil de la nueva fundación que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2.f y 3 Ley 14/2006, de 24 de octubre, de Finanzas de Cantabria, debe considerarse integrada en el sector público autonómico fundacional y someterse, por consiguiente, a los controles particularmente previstos para las entidades que lo integran.

VII. La creación de la fundación Instituto de Investigación Marqués de Valdecilla

Como se ha explicado en informes anteriores de este Anuario, un agente muy relevante del sector fundacional de la región es la Fundación Marqués de Valdecilla.

Esta entidad fue transferida a la Comunidad como una «Fundación Pública de Servicios Hospitalarios y Asistenciales «Marques de Valdecilla»¹¹. Posteriormente, en 2002, recibió la consideración legal de «entidad pública, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar». En 2007 dejó de ser «entidad pública» (de pública naturaleza) para convertirse en «entidad de titularidad pública», sutil diferencia que revelaba la naturalización de la Fundación como entidad privada, si bien que de mano pública, aclarada ya definitivamente por Ley de Cantabria 6/2009, de 28 de diciembre, al señalarla como «entidad de Derecho privado perteneciente al sector público fundacional».

Pues bien, entre los fines de esta peculiar fundación estaba el desarrollo de la investigación biomédica en la región, cometido para el que tenía legalmente adscrito un Instituto de Formación e Investigación Marqués de Valdecilla (IFIMAV). Y con los medios de este Instituto, segregándolo de la Fundación Marqués de Valdecilla y sustrayendo de los fines de ésta las actividades de aquél¹², se ha constituido una nueva y diferenciada fundación.

¹¹ Según la denominación contemplada en el Decreto del Consejo de Ministros de 24 de abril de 1969 que extinguió la antecedente Fundación Benéfico Particular Casa Salud de Valdecilla.

¹² El artículo 95 de la Ley de Cantabria 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria, disponía que la Fundación Marqués de Valdecilla perseguiría, entre otros, los siguientes fines:

- a) El fomento y desarrollo de la investigación biomédica, principalmente mediante la concesión de becas y ayudas, poniendo al alcance de los investigadores para el desarrollo de sus investigaciones los medios de la Fundación.
 - b) El fomento y desarrollo de actividades culturales de carácter sanitario y social, así como el desarrollo de actividades de docencia e investigación sanitaria no biomédica.
 - c) La colaboración con la Universidad de Cantabria, principalmente con la Facultad de Medicina y con otras instituciones relacionadas con el ámbito de las ciencias de la salud y el desarrollo de la docencia en el campo mencionado.
 - d) Velar por la ética y los principios deontológicos de la investigación, así como el cumplimiento de los compromisos que la Fundación o los investigadores establezcan con las entidades que apoyan a la investigación.
 - e) La elaboración y difusión, en colaboración con la Consejería competente en materia de sanidad, de programas y estudios de contenido y alcance sanitario, social y sociosanitario.
 - f) La colaboración en materia de protección de menores y la tutela de personas incapacitadas.
 - g) La gestión de estancias concertadas con asociaciones, fundaciones o instituciones, de niños y adolescentes sometidos a medidas de protección por parte del Gobierno de Cantabria en distintas unidades familiares y de jóvenes en pisos tutelados.
 - h) Cualesquiera otros análogos a los anteriores o que le atribuya la normativa vigente.
- Pues bien, el artículo 15.1 de Ley de Cantabria 10/2012, de 26 de diciembre, detrajo del ámbito de la fundación los fines enunciados en las letras a), c) y d), que son los que encomiendan a la nueva fundación.

Se da así cumplimiento al objetivo, contemplado en la Ley 5/2011, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, de convertir el antiguo IFIMAV en una entidad acreditada de investigación biomédica que, vinculada a la actividad clínica y hospitalaria, pueda allegar recursos de ésta. En efecto, el artículo 88 Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica, prevé que el Sistema Nacional de Salud colabore con otros organismos para la utilización conjunta de infraestructuras científicas y el desarrollo de proyectos de investigación. De este modo se pretende aproximar la investigación básica y clínica y potenciar el hospital como centro de investigación. Y con ese fin se pretende promover la creación, en el seno de los centros hospitalarios del Sistema Nacional de Salud, de institutos de investigación biomédica configurados con grupos de investigación. Institutos cuya capacidad investigadora deberá ser certificada mediante una acreditación (Real Decreto 339/2004, de 27 de febrero).

La nueva fundación posibilita, pues, una vinculación más estrecha entre los recursos de investigación y el Hospital Universitario «Marqués de Valdecilla» de Santander, facilitando así tanto su proceso de acreditación como su posterior concurrencia en los concursos para obtener financiación para la ejecución de proyectos de investigación, con la consecuente expectativa de mejora de las dotaciones humanas y técnicas del mismo, y del número y calidad de resultados científicos¹³.

¹³ El patronato de la nueva fundación tiene cinco miembros natos y nueve electos. Entre los primeros, el Consejero de Sanidad, que lo preside, el Rector de la Universidad de Cantabria (vicepresidente), el Gerente del Servicio Cántabro de Salud, el Vicerrector de Investigación y Transferencia del Conocimiento de dicha Universidad y el Gerente del Hospital Universitario Marqués de Valdecilla. La nueva fundación recibirá todos los medios materiales y personales del IFIMAV y se subrogará en todos sus derechos y obligaciones.

Fundaciones en Castilla-La Mancha

José Antonio Moreno Molina

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha

Alma Patricia Domínguez Alonso

Profesora Ayudante Doctor de Derecho Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: I. LAS MEDIDAS SOBRE FUNDACIONES EN LA LEY DE PRESUPUESTOS GENERALES DE LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA PARA 2013.—II. NUEVO PATRONATO DE LA FUNDACIÓN CAJA CASTILLA-LA MANCHA.—III. PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES DE INTERÉS. CONSIDERACIÓN DE FUNDACIÓN COMO ADMINISTRACIÓN PÚBLICA A EFECTOS DE DESPIDOS DE TRABAJADORES.

Escasas han sido las novedades normativas y jurisprudenciales relevantes en la materia. La crisis económica ha seguido marcando las políticas públicas y traduciéndose en una menor inversión en el Tercer Sector. En este sentido, ha afectado de forma considerable el mandato constitucional contenido en el artículo 135 de la Constitución española, que señala que el Estado y las Comunidades Autónomas no podrán incurrir en un déficit estructural; así como la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

I. Las medidas sobre fundaciones en la Ley de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2013

El 31 de julio de 2012 el Consejo de Política Fiscal y Financiera estableció para 2013, en términos de Contabilidad Nacional, el objetivo de déficit en el 0,7% del Producto Interior Bruto regional a precios de mercado. Los presupuestos de Castilla-La Mancha para 2013 se elaboraron en un contexto económico desfavorable a nivel regional y nacional unido, en la perspectiva internacional, a la persistencia de los efectos de la crisis económica global, agravada por las tensiones en los mercados financieros de la periferia de la zona euro.

La Ley 10/2012, de 20 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2013 (DOCM de 27 de diciembre de 2012, BOE de 8 de marzo de 2013), pretende conjugar la sostenibilidad de los servicios sociales básicos y la incentivación empresarial, con la estabilidad presupuestaria. Así, se destinan a educación, sanidad y asuntos sociales 8,5 € de cada 10 € disponibles.

El artículo 6 de la Ley aprueba los presupuestos de explotación y capital de las fundaciones públicas regionales, que incluyen las estimaciones de gastos e ingresos referidas a sus estados financieros.

Fundaciones Públicas	Presupuesto de Explotación	Presupuesto de Capital
	(miles de euros)	(miles de euros)
Parque Científico y Tecnológico de Albacete	2.282,00	3.699,00
Fundación Cultura y Deporte de Castilla-La Mancha	818,29	0,00
Fundación Sociosanitaria de Castilla-La Mancha	16.639,42	2.075,00
Jurado Arbitral Laboral de Castilla-La Mancha	449,00	0,00

Se prevé en el apartado 1 del artículo 19 que la creación de fundaciones que deban ser consideradas pertenecientes al sector público regional por la concurrencia de alguna de las circunstancias a las que se refiere el artículo 4.3 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha, así como la participación de los órganos o entidades integrantes del sector público regional como patronos en cualesquiera otras fundaciones, distintas de las referidas anteriormente, deberá ser autorizada por el Consejo de Gobierno.

Por su parte, el artículo 47 obliga a solicitar el informe previo, preceptivo y vinculante de la dirección general competente en materia de política financiera para concertar operaciones de endeudamiento, a las fundaciones públicas regionales.

La disposición adicional quinta de la Ley 10/2012 prevé que todas las aportaciones que realice la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, así como sus organismos autónomos a fundaciones y consorcios figurarán nominativamente en los estados de gastos de los presupuestos generales.

En el caso de que no existiese dotación inicial en los estados de gastos de los presupuestos generales o la existente fuera considerada insuficiente, podrá tramitarse la correspondiente modificación presupuestaria que, en todo caso, requerirá el previo informe favorable de la dirección general con competencias en materia de presupuestos sobre su oportunidad y conveniencia.

En este caso, la modificación presupuestaria que corresponda deberá ser autorizada por el órgano competente previamente a la aprobación de los presupuestos anuales de las fundaciones o consorcios receptores de las aportaciones de la Junta de Comunidades o de sus organismos autónomos.

Los representantes de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en los órganos de gobierno de dichas fundaciones y consorcios no podrán dar su conformidad a la aprobación de los presupuestos anuales de éstas entidades hasta tanto no se haya producido la autorización a la que se refiere el párrafo anterior.

En cuanto a las encomiendas a entidades, empresas y fundaciones públicas, se contempla en la Ley 10/2012 que los entes, empresas y fundaciones integrantes del sector público regional serán considerados medios propios y servicios técnicos de la Administración regional, de sus organismos autónomos y entidades públicas, de conformidad con lo previsto en el 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.

Las encomiendas se instrumentarán a través de acuerdos, mandatos, convenios u otros negocios jurídicos que serán obligatorios, conforme a las instrucciones que dicte la Consejería a la que estén adscritas, para las entidades consideradas como medio propio. Estos negocios jurídicos tienen naturaleza instrumental y no contractual, por lo que a todos los efectos son de carácter interno, dependiente y subordinado y no podrán implicar, en ningún caso, la atribución de funciones o potestades públicas.

Las encomiendas tendrán como objeto la ejecución de prestaciones de la competencia de las entidades públicas encomendantes y relacionadas con el objeto social o fin fundacional de la entidad instrumental, y contendrán las estipulaciones jurídicas, económicas y técnicas necesarias para su correcta ejecución.

II. Nuevo patronato de la Fundación Caja Castilla-La Mancha

En abril de 2013 se constituyó el nuevo patronato de la Fundación Caja Castilla-La Mancha. Tomás García-Cuenca Ariati fue elegido Presidente de

la Fundación conforme a la propuesta aprobada por unanimidad de los 28 patronos nombrados por las instituciones representativas de la región; las Cortes de Castilla-La Mancha, las Diputaciones Provinciales, la Federación de Municipios y Provincias, la Consejería de Economía y Empleo y el Consejo de Servicios Sociales de Castilla-La Mancha.

Tomás García-Cuenca Ariati, que desempeñaba el puesto de Viceconsejero de Educación, Universidad e Investigación de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, fue elegido por unanimidad Presidente de la Fundación; mientras que Fermín Cerdán Gonsálvez, secretario general de la Federación de Municipios y Provincias de Castilla-La Mancha, fue elegido, también por unanimidad, Secretario.

Los objetivos de la Fundación son el fomento de la investigación científica y el desarrollo tecnológico, la asistencia social y sanitaria, la lucha contra la exclusión social, la enseñanza en todas sus formas, la promoción, difusión y conservación de la cultura, la lucha contra la pobreza y la marginación, el fomento del empleo, la defensa del medio ambiente y cualesquiera otros que tengan carácter social.

III. Pronunciamientos judiciales de interés. Consideración de fundación como Administración pública a efectos de despidos de trabajadores

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Social, de 28 de octubre de 2013 (rec. 836/2013), ponente Piqueras Piqueras, se pronuncia sobre si la Fundación General de Medio Ambiente de Castilla-La Mancha puede considerarse como Administración pública, en aplicación de los apartados 1 y 2 del artículo 3 de la Ley de Contratos del Sector Público.

Para contestar a este motivo la Sentencia recuerda que la reforma laboral de 2012, introducida por el Real Decreto-Ley 3/2012 seguida por la Ley 3/2012 de 6 de julio, vino a confirmar —con matices respecto del ámbito privado— la aplicación del despido por causas de reestructuración de plantilla en el marco de las Administraciones públicas, y limitó considerablemente el recurso a medidas de suspensión contractual o reducción de jornada al amparo del artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores. Esta nueva regulación legal se estableció mediante dos disposiciones adicionales que se incorporaron al referido texto legal, la disposición adicional vigésima, en relación con las medidas extintivas, y la disposición adicional vigésimo primera para las medidas suspensivas y de reducción de jornada.

En materia de despido colectivo (u objetivo por las mismas causas), la disposición adicional vigésima estableció que el despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público de acuerdo con el artículo 3.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, se efectuará conforme a lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c del Estatuto de los Trabajadores y sus normas de desarrollo y en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones públicas.

A efectos de las causas de estos despidos en las Administraciones públicas a que se refiere el artículo 3.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, se entenderá que concurren causas económicas cuando se produzca en las mismas una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes. En todo caso, se entenderá que la insuficiencia presupuestaria es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos. Se entenderá que concurren causas técnicas, cuando se produzca cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de la prestación del servicio público de que se trate de causas organizativas, cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público.

Tendrá prioridad de permanencia el personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso convenido al efecto, cuando así lo establezcan los entes, organismo y entidades a que se refiere el párrafo anterior.

Por otra parte, según el artículo 3.1 de la Ley de Contratos del Sector Público, y a los efectos de la misma, se considera que forman parte del sector público, entre otros entes, organismos y entidades «las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50% por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades», no encontrándose incluidas las fundaciones entre los organismos o entes que el apartado 2 del mismo precepto considera, dentro del sector público, Administración pública.

Para el TSJ, es cierto que existe alguna diferencia de tratamiento en materia de despido colectivo (u objetivo por las mismas causas) según se trate de Administración pública o sector público, atendiendo a la definición y alcance de tales conceptos fijado en la Ley de Contratos del Sector Público, ahora bien, es de ver que por lo que en este caso interesa, las alegaciones formuladas por la recurrente resultan intrascendentes para la calificación del despido, porque no debe olvidarse que según la propia disposición adicional vigésima del Real Decreto-Ley 3/2012, antes transcrita, el despido al amparo de los artículos 51 y 52 c) del Estatuto de los Trabajadores habrá de realizarse conforme a dicho preceptos y sus normas de desarrollo «y en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones públicas», lo que puede constituir, si tiene entidad suficiente, el equivalente a una situación económica negativa, si bien de la propia dicción literal de la disposición adicional citada se deduce que debe aplicarse como una medida de último ratio, limitada a aquellos casos en los que sea manifiesto que no se está ante una situación coyuntural y en los que no se aprecie la posibilidad cierta de una solución alternativa que permita mantener el volumen de empleo en la entidad en cuestión.

En el supuesto analizado por la Sentencia, resulta para el Tribunal que quedó acreditado que la insuficiencia de recursos deriva de la implantación del Plan de Garantía de Servicios Sociales Básicos de Castilla-La Mancha, consecuencia del cual ha quedado sin contenido el puesto de trabajo de la actora (HP 4.º); que para el ejercicio 2012 la Fundación General de Medio Ambiente de Castilla-La Mancha carecía de partida presupuestaria para su mantenimiento, pues no se firmó Convenio de Colaboración para ese año como consecuencia del Plan de Garantía citado; y que, según el fundamento de derecho tercero, ha quedado acreditada la absoluta inexistencia de dotación económica alguna para el año 2012 suficiente para el sostenimiento de la propia empleadora, lo que motivó el cierre del Centro, el juicio de la Sala concluye que concurre y ha resultado probada la causa económica y organizativa alegada por la empleadora para justificar el despido objetivo de la actora, por lo que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, procede la calificación de dicho despido como procedente.

Las fundaciones en Castilla y León

José Luis Martínez López-Muñiz

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Valladolid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. NOVEDADES SOBRE LAS FUNDACIONES EN GENERAL EN EL ÁMBITO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA: 1. *Algunas innovaciones normativas fiscales: tasas y beneficios fiscales.* 2. *Nuevas fundaciones.* 3. *Relaciones con la Administración autonómica al margen del Protectorado:* A) Sumisión a supervisiones por razón de la actividad: convenios colectivos, centros escolares, actividades sanitarias, tutela ambiental, ferias comerciales. B) Financiación autonómica de la actividad fundacional: a) Participación en ayudas públicas a determinadas actividades: empleo, empleo de personas con discapacidad, formación profesional para el empleo, educación, enseñanza y aprendizaje, protección de la infancia y apoyo a familias desfavorecidas, apoyo a los inmigrantes, cooperación al desarrollo, investigación y desarrollo del conocimiento, actividad agraria y desarrollo rural. b) En colaboraciones contratadas con la Administración autonómica. C) Participación administrativa.—III. LAS FUNDACIONES DEL GOBIERNO AUTONÓMICO: 1. *Su renovada consideración, a ciertos efectos, como Administración pública.* 2. *Las leyes anuales de Presupuestos mantienen las mismas reglas.* 3. *Fusiones y extinciones.* 4. *Otras incidencias en algunas.* 5. *El Informe de Fiscalización de la actividad de las Fundaciones de Castilla y León, 2010:* A) La cuestión de la delimitación de las Fundaciones en mano pública. B) Insuficiencia informativa y de control. C) Estructura financiera dependiente. D) Endeudamiento. E) Personal. F) Contratación. G) Otros aspectos.—IV. OTRAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO.—V. INCIDENCIA FUNDACIONAL DEL PROCESO DE LAS CAJAS DE AHORROS.

I. Introducción

Algún malentendido sobre la secuencia editorial del *Anuario* nos ha ido llevando a ocuparnos de las incidencias en el ámbito fundacional de Castilla y León en 2010 y 2011, respectivamente en las ediciones correspondientes a 2011 y 2012, mientras que el contenido general de esas sucesivas ediciones anuales, con toda lógica, se ha ido dedicando cada vez más netamente al año que figura en cada edición. La información así sobre Castilla y León ha ido desacompañada, sin perjuicio de algún anticipo del año siguiente que en ocasiones ya hemos dado. Conscientes de este desajuste y para superarlo, vamos a compendiar aquí lo sucedido en 2012 y 2013.

Hemos de hacer otra advertencia preliminar, para rectificar un error lamentable en que hemos incurrido en los *Anuarios 2011* y *2012*, al confundir y tratar como una misma fundación lo que han sido realmente dos fundaciones bien distintas, aunque con denominación muy similar; la *Fundación Formación y Empleo de Castilla y León (FOREMCyL)*, de CCOO, destinataria de importantes subvenciones —lo mismo que la UGT o CECAL (la Confederación de Organizaciones Empresariales de Castilla y León)—, y la *Fundación Autónoma para la Formación en el Empleo de Castilla y León (FAFECyL)*, a la que se venían asignando relevantes cometidos en los procedimientos de dispensación de subvenciones de la Comunidad Autónoma en el ámbito del empleo. La primera fue, en efecto, creada en 1991 como instrumento propio de CCOO de Castilla y León y tiene su domicilio oficial en Valladolid, mientras que la segunda fue creada en 2005 en los términos que se indican en la nota 24, página 326 del *Anuario 2011*, y, a partir de diciembre de 2012, ha quedado fusionada con la *Fundación Anclaje* de la que se daba cuenta en el *Anuario 2012*, páginas 416-417, constituyendo ahora la *Fundación para el Anclaje Empresarial y la Formación para el Empleo en Castilla y León*, definida estatutariamente como de carácter público (es decir integrada en el sector público autonómico) y tripartito (por la elevada participación en el patronato de la organización empresarial regional CECAL y de las dos organizaciones sindicales más representativas a nivel regional que son CCOO y UGT, que designan respectivamente cuatro vocales la primera y dos cada una de las otras dos, frente a los seis designados por la Administración autonómica y el Consejero que asume la Presidencia)¹.

Pedimos disculpas. Con esta rectificación se aclara mejor en particular la lógica de las subvenciones anuales para formación que se otorgan a la

¹ En la p. 326 del *Anuario 2011* atribuimos a la *Fundación Autónoma para la Formación en el Empleo de Castilla y León* las subvenciones —equivalentes a las otorgadas a UGT— realmente adjudicadas a la *Fundación Formación y Empleo de Castilla y León (FOREM CyL)*. Hay otra alusión a estas subvenciones igualmente equivocada en la p. 342, *in fine*, al ocuparnos de la importante participación de la *Fundación Autónoma* en ciertas funciones administrativas: no es la *FOREM CyL* de CCOO, sino efectivamente la *Autónoma* la que es objeto de todo el apartado III.7 que se inicia en esta página y se desarrolla en las pp. 343-345. El error se repite en el *Anuario 2012*, pp. 399 y 417: la referencia contenida en la p. 399 corresponde a la *Fundación Autónoma* y no a la *FOREMCyL* de CCOO, a la que volvieron a adjudicarse las sustanciosas subvenciones de que se da cuenta en las pp. 398-399; en la p. 417, en cambio, no debió mencionarse la *FOREMCyL* sino la *Fundación Autónoma para la Formación en el Empleo de Castilla y León*, que es la que se ha fusionado con la *Anclaje*, también dependiente de la Consejería de Economía y Empleo de la Comunidad Autónoma. En fin, las «nuevas tareas asignadas a la *FOREMCyL*», de que se hablaba en el apartado III.5 del mismo *Anuario 2012*, no correspondían a esa fundación de CCOO sino a la *Fundación Autónoma* ahora ya fusionada con la *Anclaje*.

FOREMCyL de CCOO y UGT —y a la patronal regional más importante—, que responden en realidad a un reparto entre los dos grandes sindicatos y la patronal, partícipes del denominado *Diálogo Social* con el Gobierno regional, incluido expresamente en el nuevo Estatuto de Autonomía de Castilla y León de 2007 (Ley Orgánica 14/2007) como uno de los principios rectores de las políticas públicas de la Comunidad Autónoma (art. 16.4).

En las páginas que siguen, aunque no dejaremos de dar cuenta de algunas novedades normativas que afectan a todas las fundaciones de ámbito autonómico, ni de informar sobre la inscripción de más nuevas fundaciones o de alguna incidencia relevante con respecto a alguna ya preexistente, o, en fin, de seguir haciendo notar los diversos canales de financiación de algunas de sus actividades más destacadas con recursos de la Comunidad Autónoma o en colaboración con ésta y otras entidades públicas, puede indicarse ya que es en relación con las fundaciones en mano pública y más concretamente con las instrumentales de la Administración autonómica donde se han producido algunos hechos de mayor relieve.

A diferencia de otros años, se ha podido observar un notable incremento de pleitos en los que se han visto implicadas algunas fundaciones y especialmente algunas del sector público autonómico. Ello ha ocurrido sobre todo ante la jurisdicción social como un efecto quizás inevitable de las medidas restrictivas del gasto público que ha imperado la ya larga crisis —y de las mayores dificultades económicas que vienen padeciendo la mayoría de las empresas y entidades—, obligando a reajustes del empleo, despidos, etc. Sólo mencionaremos las Sentencias que contengan algún pronunciamiento sobre algo específico de las fundaciones en general o de las del sector público en particular. En la mayor parte de los casos las cuestiones que se dilucidan son comunes a las que pueden suscitarse con respecto a cualesquiera otros sujetos jurídicos, por lo que no tiene sentido ocuparnos aquí de ello.

La amarga historia, en fin, de la mayor parte de las cajas de ahorros ha tenido su continuidad en algunos hechos que no dejaremos de anotar por su relevancia fundacional.

II. Novedades sobre las fundaciones en general en el ámbito de la Comunidad Autónoma

1. *Algunas innovaciones normativas fiscales: tasas y beneficios fiscales*

Hay que recordar que el cambio político que siguió a las elecciones legislativas en otoño de 2011 y la consiguiente formación de un nuevo Go-

bierno nacional ya poco antes de la Navidad de ese año, comportó un replanteamiento de muchas políticas, particularmente las de relevancia económica, y un considerable retraso en la aprobación de los Presupuestos Generales del Estado para 2012, lo que generalizó una demora similar en la formación y aprobación de los Presupuestos de las distintas Comunidades Autónomas. Los de Castilla y León no fueron aprobados hasta la Ley 5/2012, de 16 de julio, acompañados, como ya viene siendo tradición —por más que siempre discutida—, por una Ley *de medidas financieras y administrativas*, que fue la Ley 4/2012, de la misma fecha.

Sin embargo, la Comunidad Autónoma tuvo necesidad de aprobar previamente, más cerca del inicio del año presupuestario, sin perjuicio de la prórroga de los Presupuestos del año anterior, la Ley 1/2012, de 28 de febrero, *de medidas tributarias, administrativas y financieras*, cuyo principal objetivo declaraba ser «procurar, mediante normas que afectan a ingresos y gastos, una eficaz consecución de los objetivos de estabilidad presupuestaria, aceleración en la reducción del déficit y sostenibilidad fiscal», a la vez que «introducir algunas modificaciones urgentes en la legislación de la Comunidad de Castilla y León que, directa o indirectamente, han de incidir en la actividad económica pública así como en su actuar administrativo». Esta Ley incluyó algunas disposiciones de importancia para las fundaciones del sector público —y especialmente para una— y alguna otra relativa a las cajas de ahorros, y nos ocuparemos de lo uno y lo otro en los apartados correspondientes de estas páginas. Pero no hay normas de específica aplicación a las fundaciones del ámbito autonómico en general.

Sí que incluyó, sin embargo, normas relevantes para las fundaciones mencionadas, tomadas en general, la Ley 4/2012, de 16 de julio.

En primer lugar, complementando la regulación de tasas que ya hizo en cuanto a muchos servicios o actividades de la Comunidad Autónoma la Ley 1/2012, su artículo 13 procedió a una modificación de los artículos 25 y 27 de la Ley 12/2001, de 20 de diciembre, de tasas y precios públicos de la Comunidad. La tasa por ellos regulada tiene como hecho imponible *la obtención de cualquier información, certificaciones, listados y examen de documentación que conste en el Registro de Fundaciones de Castilla y León*²; y la cuota se fija en las siguientes cantidades; por el primer folio; 3,80 €; por los siguientes: 1,95 €. Mientras que se grava la inscripción de asociaciones y otros hechos sobre éstas, no se da este trato a las fundaciones.

² Se incluye asimismo en el hecho imponible *la inscripción de modificaciones estatutarias o de cambio de Junta Directiva de cualquiera de las entidades inscritas en el Registro de Asociaciones*, lo que, en su literalidad, no sería de aplicación a las Fundaciones, ya que carecen de ese órgano y cuenta en su lugar con un patronato. La cuota que se fija para este supuesto es de 20 €.

Por otra parte, con esta Ley se ha retocado el régimen de los beneficios fiscales autonómicos de las fundaciones en los tributos cedidos por el Estado. Su artículo 9, al modificar el 11 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales de la Comunidad de Castilla y León en esta materia, aprobado por Decreto Legislativo 1/2008, de 25 de septiembre, mantiene en sus mismos términos la posibilidad de deducciones de la cuota autonómica del IRPE, en lo que aquí interesa, de modo que *el contribuyente podrá deducirse el 15% de las cantidades donadas para la rehabilitación o conservación de bienes que se encuentren en el territorio de Castilla y León, que formen parte del Patrimonio Histórico Español o del Patrimonio Cultural de Castilla y León y que estén inscritos en el Registro General de Bienes de Interés Cultural o incluidos en el Inventario General a que se refiere la Ley 16/1985, de Patrimonio Histórico Español o en los registros o inventarios equivalentes previstos en la Ley 12/2002, de 11 de julio, de Patrimonio Cultural de Castilla y León, cuando se realicen a favor de entidades dependientes de las Administraciones públicas y también —entre otros posibles sujetos— de las fundaciones que, reuniendo los requisitos establecidos en la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de Régimen fiscal de entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, incluyan entre sus fines específicos, la reparación, conservación o restauración del patrimonio histórico.* Sigue pudiéndose hacer también la misma deducción respecto, más en general, de las *cantidades donadas a fundaciones inscritas en el Registro de Fundaciones de Castilla y León, siempre que por razón de sus fines estén clasificadas como culturales, asistenciales o ecológicas.* La novedad —restrictiva— estriba estrictamente en que, en adelante, en cualquier caso *la base imponible total, menos el mínimo personal y familiar, no podrá superar la cuantía de 18.900 € en tributación individual o 31.500 € en el caso de tributación conjunta.* No se ha tocado, por lo demás, la exigencia contenida en el artículo 13.4 del Texto Refundido de 2008, que limita al 10% de la base liquidable del contribuyente la suma de las bases de las deducciones previstas en los artículos 11 y 12.

Ni que decir tiene, por cierto, que, de llegar a ser una realidad —como parece próximo— el *Estatuto de la Fundación Europea* que la Unión Europea está preparando desde antes de 2012³ para su aprobación por un Reglamento del Consejo *ex* artículo 352 del Tratado de Funcionamiento de la UE, todos los Poderes públicos de España —que es lo que se comprende en el concepto de Estado miembro a efectos del Derecho de la Unión— van a venir obligados a dar el mismo trato fiscal a cuantas organizaciones se cons-

³ Puede verse la Propuesta de la Comisión, de 8 de febrero de 2012, COM (2012) 35 final. En julio de 2013 ha sido dictaminada favorablemente por el Parlamento Europeo —aun proponiendo algunos cambios o complementos— y ya ha recibido dictámenes favorables también del Comité Económico y Social y del Comité de las Regiones.

tituyan en esa nueva forma jurídica, y obviamente aunque no se inscriban en el Registro autonómico sino en el que se disponga al efecto.

De la retrasada Ley de Presupuestos para 2012 nos ocuparemos al tratar de las fundaciones del sector público, lo mismo que de la Ley 10/2012, que aprobó los Presupuestos para 2013.

La Ley 9/2012, de 21 de diciembre, *de medidas tributarias y administrativas*, con la que se ha acompañado la Ley 10/2012, de la misma fecha, de Presupuestos Generales de la Comunidad para 2013, ha completado la reforma de las tasas, homogeneizando más el trato de asociaciones y fundaciones al respecto (aunque en la nueva redacción persisten diferencias no fácilmente explicables, ahora aparentemente en beneficio de las asociaciones), si bien el montante de las cuotas es algo más elevado para las asociaciones. Su artículo 12 ha vuelto a modificar los artículos 25 a 27 de la Ley de tasas y precios públicos de la Comunidad de 2001 para añadir como hecho imponible *en relación con el Registro de Fundaciones de Castilla y León, la primera inscripción de una fundación, la modificación de sus estatutos, la fusión entre dos o más fundaciones, el otorgamiento de poderes por el órgano competente de la fundación y la enajenación o gravamen de bienes o derechos de una fundación, cuando se requiera la previa autorización del protectorado, amén de la obtención de información mediante certificación, nota simple o reproducción de asientos, y la obtención de certificaciones referidas a la existencia de fundaciones inscritas o pendientes de inscribir en el Registro (...) con denominación coincidente o similar a la indicada por el solicitante, así como las prórrogas que sobre dichas certificaciones se soliciten*. Se ha ampliado, pues, sensiblemente, la tributación en las relaciones necesarias de las fundaciones con el Protectorado. La nueva redacción del artículo 26.2 exige incluso el *pago por anticipado, en el momento en que se formule la solicitud de la actuación administrativa que constituye el hecho imponible*. Y las cuotas pasan a ser de 35 € por primera inscripción, 20 por la de la modificación estatutaria, otros 20 por la de cada fusión, y por la del otorgamiento de poderes por el órgano competente, 10 por la de enajenación o gravamen de bienes o derechos que requieran autorización del Protectorado, 5 por la obtención de información mediante certificación, nota simple o reproducción de asiento y otros por certificaciones sobre existencia de fundaciones inscritas o pendientes de inscripción, etc⁴. El incremento en solo un año es más que notable, por más que haya que convenir que el tributo se mantiene, desde luego, en los límites

⁴ Por Orden HAC/1140/2012, de 28 de diciembre (BOCyL de 9 de enero de 2013) se publicaron las tarifas de las tasas vigentes a partir del 1 de enero de 2013, reproduciendo lo dispuesto por la Ley.

propios de las tasas, sin que las cuotas fijadas puedan tenerse por una carga excesiva, por más que haya de añadirse a los gastos de escritura pública que conlleven algunos de esos actos que requieren la acción del Protectorado⁵.

2. *Nuevas fundaciones*

En 2012 se inscribieron en el Registro de Castilla y León una docena de nuevas fundaciones, elevándose a 21 las que lo han hecho en 2013. Se produjo, pues, en 2012 un notable descenso del número de nuevas fundaciones, con respecto a las 26 de 2011 o las 30 de 2009, aunque se observa un importante repunte en 2013, por encima del número de 16 de 2010.

De las doce fundaciones inscritas en 2012, una procede de transformación de otra creada en 2008 e inscrita a nivel estatal, la *Fundación Bichiloba*⁶; dos son de fundación municipal y por tanto vienen a sumarse al grupo de las fundaciones del sector público (la *Fundación Reserva de la Biosfera Alto Bernesga*⁷ y la *Fundación Villa de Guijuelo*⁸); y entre las otras nueve, las hay con planteamientos de tipo empresarial como la *Torrelago Wellness*⁹ —en el ámbito del deporte— o la *Open Smart Rural*¹⁰, una creada por la más importante organización empresarial provincial, para su acción de promoción de la formación y la investigación, cual es la *Fundación Empresarial CONFAE*¹¹,

⁵ Los Presupuestos para 2013 consignan una previsión de ingresos por 33.200 € por tasas de las actuaciones de la Comunidad sobre asociaciones, fundaciones y colegios profesionales.

⁶ Resolución de 14 de noviembre de 2012 (BOCyL del 23). Todas las resoluciones relativas a la inscripción de las Fundaciones en el Registro autonómico que citaremos han sido adoptadas por la Secretaría General de la Consejería de la Presidencia, órgano competente tras los cambios organizativos ya relatados en el *Anuario 2012*. Esta Fundación resulta de un acuerdo del patronato de la *Fundación Marqués del Trebolar*, constituida en 2008 e inscrita en el Registro de Fundaciones del Ministerio de Cultura. La Resolución no deja constancia expresa de sus fines, ni de su patronato y demás datos habitualmente consignados en las resoluciones de inscripción en el Registro autonómico.

⁷ Resolución de 18 de junio de 2012 (BOCyL del 29). Constituida por el Ayuntamiento de La Pola de Gordón (León).

⁸ Resolución de 15 de noviembre de 2012 (BOCyL de 3 de diciembre). Constituida por el Ayuntamiento de Guijuelo (Salamanca).

⁹ Resolución de 14 de febrero de 2012 (BOCyL del 28). Constituida por «Biotech Promoción Deportiva, SRL» y la *Fundación Biotech*, y domiciliada en Laguna de Duero (Valladolid).

¹⁰ Resolución de 16 de julio de 2012 (BOCyL del 26). Domiciliada en Villarcayo (Burgos).

¹¹ Resolución de 26 de abril de 2012 (BOCyL de 14 de mayo). Constituida por la Confederación Abulense de Empresarios (CONFAE).

algunas vinculadas a determinadas empresas, aunque con fines de tipo cultural, educativo o asistencial clásicos, como la *Carlos Moro de Matarromera*¹² o la *Orceo*¹³, y, en fin, otras responden a lo más tradicional entre las promovidas o fundadas por particulares, con ese tipo de fines de ayuda a las personas en uno u otro aspecto como la *Nuestra Señora de las Nieves*¹⁴ o la *CARFLOR*¹⁵; hay también un par de muestras de fundaciones instrumentales de asociaciones para llevar a cabo actuaciones que podrían ser propias de éstas, aunque se muevan en ámbitos bien diferentes en los casos de que se trata; la *Fundación Christus Yacens*¹⁶ y la *Fundación El Salvador de Rugby*¹⁷.

Por lo que se refiere a las inscritas en 2013, hay tres surgidas de disposiciones testamentarias con fines asistenciales o culturales y educativos (la *Hermanos Antonio y Encarnación Crespo Rodríguez*¹⁸, la *Abad de Perosanz Gil*¹⁹ y la *Ana Díaz Medina*²⁰), otras cuatro centradas en la memoria y obra de determinadas personalidades del arte, la literatura o la ciencia (la *Mo-*

¹² Resolución de 3 de febrero de 2012 (BOCyL del 20). Constituida en Valladolid por don Luis Carlos Moro González, Presidente del Grupo Matarromera.

¹³ Resolución de 1 de marzo de 2012 (BOCyL del 13). Constituida por la Sociedad Unipersonal Mercantil «Áridos y Hormigones de Losa, S.L.» y domiciliada en Quincoces de Yuso (Burgos).

¹⁴ Resolución de 8 de febrero de 2012 (BOCyL del 20), domiciliada en Peñaranda de Bracamonte (Salamanca). Se hace un reparo a una de las previsiones de sus Estatutos, por contraria a la Ley 13/2010, de Fundaciones de Castilla y León, aunque de modo no invalidante de la constitución de la fundación, debiendo tenerla por no puesta (art. 11.2 Ley 50/2002 del Estado).

¹⁵ Resolución de 8 de febrero de 2012 (BOCyL del 20). Constituida en León por particulares.

¹⁶ Resolución de 11 de mayo de 2012 (BOCyL del 24). Constituida en Zamora por la «Penitente Hermandad de Jesús Yacente» para su obra social.

¹⁷ Resolución de 24 de julio de 2012 (BOCyL de 6 de agosto). Constituida en Valladolid por la Asociación deportiva Club Deportivo de Rugby El Salvador.

¹⁸ Resolución de 10 de abril de 2013 (BOCyL del 29). Constituida y domiciliada en Zamora para dar cumplimiento a disposiciones testamentarias. Forman la dotación inicial cuatro inmuebles de la herencia de la fundadora por un valor de 485.000 €, más efectivo en metálico y participaciones en fondos de inversión que comportan otros 1.420.892 €.

¹⁹ Resolución de 22 de abril de 2013 (BOCyL de 9 de mayo). Resultado de disposiciones testamentarias. Como se había constituido en 1993, el Protectorado hubo de adaptar sus Estatutos. La Resolución de inscripción (que, al referirse a una Fundación anterior a la promulgación de la Ley 30/1994, no tiene los efectos previstos en el art. 4 de la Ley de Fundaciones de Castilla y León pues adquirió su personalidad conforme al art. 35 del Código civil) no expresa la composición del patronato ni menciona su dotación.

²⁰ Resolución de 27 de agosto de 2013 (BOCyL de 11 septiembre). Constituida en cumplimiento de testamentos ológrafos de 2010 y 2011, domiciliada en una urbanización de Terradillos (Salamanca). Dotación inicial de 398.335,86 €, incluyendo una vivienda y un local, así como varias cuentas bancarias y activos financieros.

desto Ciruelos²¹, la Jonás Castro Toledo²², la Godofredo Garabito Gregorio²³ y la Entomológica Rafael Citores²⁴) y alguna característica de una acción de mecenazgo como, destacadamente, por su considerable importancia económica, la Cepa González Díez²⁵. Algunas, como en 2012, son instrumentos o canales complementarios de determinadas organizaciones empresariales o culturales, como la *Fundación CVE. Empresarios Valladolid*²⁶, la *Montes Inteligentes/Smart Forest Foundation*²⁷, la *Fundación Bases*²⁸ y la *San Antón de Castrojeriz*²⁹. La *Fundación Casino Castilla-León* ha sido creada por una empresa mercantil pero parece que claramente para canalizar su acción social, colateral a su actividad propiamente empresarial³⁰. Algunas parecen responder a típicas iniciativas de finalidad asistencial local como la *Ayalde*³¹

²¹ Resolución de 28 de enero de 2013 (BOCyL de 8 de febrero). Constituida en Burgos por una señora para actividades sobre la obra del pintor que la da nombre a la Fundación.

²² Resolución de 11 de abril de 2013 (BOCyL del 29). Constituida en Valladolid y domiciliada en Santovenia de Pisuerga (Valladolid) por familiares de quien da nombre a la Fundación, canónigo de la Catedral fallecido en 2010. Forma parte del patronato, junto a varios particulares, el Alcalde o un representante del Ayuntamiento de Santovenia de Pisuerga.

²³ Resolución de 27 de noviembre de 2013 (BOCyL de 12 diciembre). Constituida por una hija del personaje que la da nombre, y con domicilio en La Mudarra (Valladolid)

²⁴ Resolución de 6 de mayo de 2013 (BOCyL del 27). Constituida en Valladolid por quien la da nombre, para el estudio y difusión del conocimiento de la fauna entomológica. Forma la dotación inicial una colección de insectos en 1.684 cajas con 45.811 especímenes identificados, otras cajas, material entomológico y óptico y otros elementos, más un fondo bibliográfico especializado de 1.141 libros, la valoración de todo lo cual se cifra en 252.218,48 €.

²⁵ Resolución de 25 de abril de 2013 (BOCyL de 14 de mayo). Constituida en León por dos mexicanos hermanos, originarios de Vegaquemada (León) y antiguos propietarios del grupo mexicano Modelo (Coronita). La dotación inicial lo constituyen 6 millones de euros.

²⁶ Resolución de 21 de enero de 2013 (BOCyL 6 de febrero). Constituida por la Confederación Vallisoletana de Empresarios. Dotación inicial de 300.000 €, de los que se habrían hecho efectivos 75.000 €.

²⁷ Resolución de 7 de febrero de 2013 (BOCyL de 27). Constituida en Valladolid por tres sociedades mercantiles de responsabilidad limitada y domiciliada en Palencia.

²⁸ Resolución de 24 de junio de 2013 (BOCyL de 5 de julio). Constituida en Salamanca por dos sociedades limitadas y un particular, ha fijado su domicilio en Santa Marta de Tormes (Salamanca). Dotación inicial de 120.000 € de lo que se han desembolsado antes de la inscripción 50.000.

²⁹ Resolución de 30 de mayo de 2013 (BOCyL de 14 junio). Constituida en Castrojeriz (Burgos) por la Asociación para el desarrollo rural de las comarcas circundantes al Camino de Santiago ADECO-CAMINO.

³⁰ Resolución de 1 de febrero de 2013 (BOCyL de 14 de febrero). Constituida por Casino Castilla León, S.A., y domiciliada en la misma sede social de este Casino en Boecillo (Valladolid).

³¹ Resolución de 8 de julio de 2013 (BOCyL del 24). Constituida en Ponferrada (León) por cuatro personas y domiciliada en Fabero, en la misma comarca del Bierzo.

y la *Alonso Lozano*³² o incluso la *Forward de Educación y Empresa*³³, aunque está más específicamente orientada a la formación empresarial juvenil. Otras tienen objetivos más netamente científicos como la *Leonesa Proneurociencias*³⁴, o de apoyo más general a lo universitario y lo cultural como la *Universitaria y Cultural de Burgos*³⁵. Hay alguna otra con fines de conservación de la Naturaleza, como la *Senda Nathur*³⁶. Y hay, en fin, una algo sorprendente nueva *Fundación para la Iniciativa Local y la Innovación (FLIN)*³⁷, que, aunque aparentemente promovida por particulares sin que parezca haberse establecido vínculo institucional alguno con la Administración municipal, ha nacido y actúa estrechamente vinculada a una Agencia municipal vallisoletana, hasta el punto de tener su domicilio en su misma sede. Se ha inscrito además, finalmente, una Delegación en España de la venezolana *Fundación Dominica de Educación y Desarrollo (FUNDOMEDE)*³⁸.

3. Relaciones con la Administración autonómica al margen del Protectorado

A) Sumisión a supervisiones por razón de la actividad

Como cualquier otra persona física o jurídica, las fundaciones están lógicamente sometidas a las potestades públicas propias de la *policía* para la ordenación constrictiva de las actividades privadas, y en concreto a las actuaciones

³² Resolución de 31 de julio de 2013 (BOCyL de 21 de agosto). Constituida por particulares en Cuéllar (Segovia).

³³ Resolución de 7 de mayo de 2013 (BOCyL del 27). Creada por particulares en Fuentemolinos (Burgos).

³⁴ Resolución de 13 de febrero de 2013 (BOCyL del 28). Constituida en León por diez personas, con domicilio en el Servicio de Neurocirugía del Complejo Asistencial Universitario de León.

³⁵ Resolución de 13 de febrero de 2013 (BOCyL del 28). Constituida en Burgos por cuatro profesionales —uno de ellos ha sido alcalde de la ciudad, consejero autonómico, diputado y ministro.

³⁶ Resolución de 30 de octubre de 2013 (BOCyL de 15 de noviembre). Constituida en Peñaranda de Bracamonte (Salamanca) por cuatro particulares, y domiciliada en Huerta (Salamanca).

³⁷ Resolución de 21 de marzo de 2013 (BOCyL de 9 de abril). Constituida en Valladolid por dos personas para promover el desarrollo sostenible local. Su domicilio se ha fijado en la sede de la Agencia de Innovación y Desarrollo Económico de Valladolid, dependiente del Ayuntamiento.

³⁸ Resolución de 2 de septiembre de 2013 (BOCyL del 16). La Fundación fue constituida e inscrita en Baruta, Estado de Miranda (Venezuela), dice la Resolución que el 26 de mayo de 2013, pero debe ser un error y tratarse más bien quizás del 2003. En agosto de 2012 la Asamblea de la Fundación acordó crear una Delegación en España, fijando su sede en Valladolid y designando un patronato de tres personas.

de supervisión y control que el ordenamiento asigna a la Administración autonómica. A este tipo de sumisión obedecen algunas de las actuaciones administrativas de que han ido quedando constancia en el BOCyL en 2012 y en 2013. Dan idea de algunas actividades realizadas por diversas fundaciones.

Convenios colectivos.

Por la Dirección General de Trabajo y Prevención de Riesgos Laborales (Consejería de Economía y Empleo) se han inscrito algunos convenios colectivos de alcance autonómico como, en 2012, el primero de la estatal *Fundación de la Ciudad de la Energía 2011-2013* (Resolución de 5 de enero, BOCyL del 6), el segundo de la *Fundación de Hemoterapia y Hemodonación de Castilla y León* (Resolución del 13 de junio, BOCyL de 11 de julio) y el tercero de la *Fundación Formación y Empleo de Castilla y León (FOREMCyL)* de CCOO (Resolución del 3 de mayo, BOCyL del 30), y, en 2013, una primera modificación de este último y de sus tablas salariales (Resoluciones del 28 de enero, BOCyL de 7 de febrero), a la que siguió otra (Resolución del 25 de abril, BOCyL de 16 de mayo).

Centros escolares.

Ya se venía observando en años anteriores. Este par de años se ha tenido conocimiento de varias resoluciones de la Dirección General de Política Educativa Escolar de modificación de autorizaciones de apertura y funcionamiento de diversos centros educativos, en cuanto a su titularidad, que, de ser normalmente de órdenes o congregaciones religiosas, pasan a distintas fundaciones³⁹.

Algunos cambios de este tipo de autorizaciones escolares que implican a fundaciones no se deben a cambios de titularidad sino a otras causas, como

³⁹ El centro de educación infantil, primaria y secundaria «Virgen de la Vega» de Benavente (Zamora) de la Congregación «San Pedro *Ad Víncula*» pasó a la titularidad de la *Fundación «Educere»* (Resolución de 10 de julio de 2012, BOCyL del 25), el «Virgen de la Peña», de Bembibre (León), de la Congregación «Religiosas del Niño Jesús», pasó a la misma *Fundación «Educere»* (Resolución de 10 de julio de 2012, BOCyL del 25), los de «Nuestra Señora del Carmen», de La Bañeza (León), y «Jesús y María», de Valladolid, ambos de la Congregación «Hermanas Carmelitas de la Caridad», pasaron a la *Fundación «Educarte»* (Resoluciones de 21 de agosto de 2012, BOCyL de 3 de septiembre), el «Santa Teresa de Jesús», de Soria, de la Congregación «Hijas de María, Religiosas de las Escuelas Pías», a la *Fundación Educativa Escolapias* (Resolución de 14 de diciembre de 2012, BOCyL del 26) o el «Esclavas Sagrado Corazón de Jesús», de Salamanca, de la Congregación del mismo nombre, a la *Fundación Educativa Aci* (Resolución de 10 de junio de 2013, BOCyL del 20).

en el caso de la *Fundación Educación Marianista Domingo Lázaro*, respecto a su centro de educación infantil, primaria y secundaria «Nuestra Señora del Pilar» de Valladolid, cuya autorización se ha modificado por cambio y redistribución de espacios (Resolución de 31 de enero de 2012, BOCyL de 20 febrero) y por ampliación en tres unidades más de primaria (Resolución de 12 julio de 2012, BOCyL del 25), o, análogamente por similares causas el de la *Fundación Gitana Hogar de la Esperanza*, en cuanto a su centro de educación infantil «Hogar de la Esperanza», en León (Resolución de 28 de agosto de 2012, BOCyL de 10 de septiembre), o el «Jesús y María», de Valladolid, de la Fundación «Educarte» también por similares causas (cambio y distribución de espacios y ampliación de puestos escolares en el segundo ciclo de la infantil e introducción del primer ciclo de ésta: Resolución de 12 de septiembre de 2012, BOCyL del 25).

En algún caso se trata de la absorción de un centro por otro, como en el caso del centro «Santa Teresa de Jesús» de la *Fundación Escuela Teresiana* en Ciudad Rodrigo (Salamanca) que se integró, aun manteniendo sede diferente, con el «Misioneras de la Caridad» bajo la única titularidad de la Congregación de este nombre, lo que supuso la extinción de una autorización escolar y la modificación de otra (Resolución de 27 de agosto de 2013, BOCyL de 10 de septiembre); similar ha sido el caso de la extinción del centro «La Milagrosa» en Astorga (León) por su fusión con el «Paula Montal», uno y otro hasta ahora de sendas Congregaciones religiosas, aunque además el centro resultante —con dos sedes— haya pasado a la titularidad de la *Fundación Educativa Escolapias* (Resolución de 19 de agosto de 2013, BOCyL del 30).

Ha habido también algunas autorizaciones de nuevas enseñanzas⁴⁰.

En otro orden de cosas, dentro de este ámbito de la actividad autorizante ordinaria de enseñanzas de centros privados, por Resolución de 28 de octubre de 2013, la Dirección General de Política Educativa Escolar autorizó al Centro «Grial» de Valladolid, cuya titularidad corresponde a la *Fundación Padre Marín Triana* la impartición del Programa de Cualificación Profesional Inicial Auxiliar de Servicios Administrativos, ampliando su autorización que ya comprendía la enseñanza de Bachillerato y varios Ciclos de FP.

⁴⁰ Como la concedida a la *Fundación Padre Marín Triana* para el primer ciclo de la Educación Infantil (incompleto) en el Centro de educación infantil, primaria y secundaria «Sagrada Familia» de su titularidad en Valladolid (Resolución de 8 de junio de 2012, BOCyL del 22), o la otorgada a la *Fundación Estudio, Turismo y Deporte* para la apertura y funcionamiento del centro de enseñanzas deportivas de fútbol «Palencia», en la ciudad de este nombre (Resolución de 17 de abril de 2013, BOCyL del 2 mayo).

Actividades sanitarias.

Entre los centros y servicios que se acreditan para el tratamiento con opiáceos de personas dependientes de éstos por Resolución de 15 de mayo de 2012 del Comisionado Regional para la Droga (BOCyL de 6 junio), figuran la Comunidad Terapéutica de Vañes, Palencia, de la *Fundación Instituto Spiral*, la Comunidad Terapéutica de Salamanca, de la *Fundación Alcándara Proyecto Hombre*, además de otros ocho o nueve más de otras titularidades; entre la treintena de los acreditados por la de 21 de junio de 2013 (BOCyL de 5 de julio), el Centro de Atención a Drogodependientes de Burgos de la *Fundación Candela, Proyecto Hombre*, el Centro Terapéutico de Fuentes Nuevas, de Ponferrada, de la *Fundación CALS*, y el Centro de Atención a Drogodependientes de Valladolid, de la *Fundación Aldaba, Proyecto Hombre*.

De otra parte, por Orden FAM/672/2012, de 18 de julio, de la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades, se deniega la solicitud de acreditación presentada para atención de drogodependientes por la *Fundación Centea* para la Comunidad Terapéutica «El Álamo», en Segovia, por no ajustarse a todos los requisitos legalmente establecidos en cuanto a la duración de los tratamientos y la cualificación del personal (BOCyL de 22 de agosto), mientras que la Orden FAM/50/2013, de 30 de enero, renueva la acreditación de centros, servicios y establecimientos de asistencia a drogodependientes, entre los que se incluyen, junto a otros tres centros, la Comunidad Terapéutica de la *Fundación Alcándara. Proyecto Hombre*, en Salamanca (BOCyL de 13 de febrero).

Por Resolución de 19 de septiembre de 2012, de la Dirección General de Salud Pública, se autorizó a la *Fundación Asistencial para la Formación, Investigación y Estudio, AFIES*, domiciliada en Sevilla, un curso de formación del personal que realiza las operaciones de mantenimiento higiénico-sanitario de las instalaciones de riesgo para la dispersión de *Legionella*. Aunque no se precisa en la Resolución, se supone que se trataría de un curso a impartir en Castilla y León (BOCyL de 5 de octubre).

Cabe aludir asimismo aquí, aunque incida ya también en otros ámbitos, incluido el de la protección ambiental a que nos referiremos enseguida, el control sobre la impartición de Cursos de Capacitación de Manipulador de Plaguicidas de Uso Fitosanitario, que se revela en una Resolución de 27 de marzo de 2012, del Director General de Producción Agropecuaria y Desarrollo Rural (Consejería de Agricultura y Ganadería) (BOCyL de 24 de abril) que accede a la solicitud de la homologación de los impartidos por la *Fundación para el Desarrollo Rural Macario Asenjo Ponce*, de Campo de San Pedro (Segovia).

Tutela ambiental.

Ha habido un procedimiento de declaración de impacto ambiental (DIA) sobre un proyecto del «Centro de Meditación Vipassana» en Candeleda (Ávila), promovido por la *Fundación Vipassana*⁴¹.

Por Resolución de 5 de febrero de 2013 de la Delegación Territorial de León se hizo pública una decisión de no sometimiento al procedimiento de evaluación de impacto ambiental (EIA) de un proyecto de modificación puntual de las Normas Urbanísticas Municipales de Cubillos del Sil (León) y de la ordenación del sector del suelo urbanizable Ciudad de la Energía para ampliación del desarrollo de tecnologías de captura de CO₂, promovido por la estatal *Fundación Ciudad de la Energía (CIUDEN)*, aunque fijando ciertas condiciones al promotor (BOCyL del 28).

Ferias comerciales.

Una de las manifestaciones del control y del apoyo ejercidos por la Administración autonómica a la organización de ferias comerciales en el territorio regional lo constituye la publicación anual de una relación de las que tendrán lugar en Castilla y León, entre las que figuran algunas promovidas por fundaciones⁴².

⁴¹ Que ha desembocado en la DIA hecha pública por una Resolución de 3 de julio de 2013 de la Delegación Territorial de Ávila, sobre la base de su consideración como «urbanización de vacaciones y complejo hotelero fuera de áreas urbanas y construcciones asociadas», cuyas construcciones —para diversos servicios, alojamiento de profesores y de estudiantes y servidores— ocuparán 3.164 m² de los 53.449 m² de la parcela, más 750 m² de aparcamiento (BOCyL del 15).

⁴² En el «Calendario» para 2012 aparecen una Feria de Muestras Comarcal (2 y 3 de junio) en Campo de San Pedro (Segovia), organizada por la *Fundación para el Desarrollo Rural Macario Asenjo Ponce*, dos Ferias de Exaltación del Ajete del Boedo y La Ojeda, en Báscones de Ojeda (Palencia) el 28 de abril, y en Prádanos de Ojeda (Palencia) el 28 de julio, organizadas por la *Fundación Río Boedo*, más otra dos Ferias más, organizadas por esta misma Fundación, una sobre Artesanía en Báscones de Ojeda, el 19 de agosto, y la otra en Prádanos de Ojeda el 18 de noviembre sobre Maquinaria Agrícola de segunda mano, y una feria Expo-bioenergía, del 23 al 25 de octubre, en Valladolid, organizada por la *Fundación Centros de Servicios Forestales (CESEFOR)*. El «Calendario» para 2013, con algunos ajustes de fechas, encontramos las mismas ferias organizadas por las citadas fundaciones (Resolución de 28 de noviembre de 2012, BOCyL de 17 de diciembre).

B) *Financiación autonómica de la actividad fundacional*

a) Participación en ayudas públicas a determinadas actividades

Como viene siendo habitual, bastantes fundaciones se benefician de los fondos que la Administración autonómica distribuye para favorecer la realización de diversas actividades consideradas de especial interés general. En este par de años, como ya hicimos notar que ocurrió en 2011, se han seguido percibiendo, sin duda, los efectos de la crisis económica, con las consiguientes restricciones o dificultades para financiar programas ya más o menos tradicionales, aun paliadas en particular cuando se cuenta con fondos europeos. Llama la atención no obstante, una vez más, el mantenimiento de algunas ayudas de más entidad económica a determinadas organizaciones. Lo veremos sucintamente, en cuanto se vean implicadas fundaciones. Y, en la medida en que no llegamos a poder dar cuenta de algunas acciones imputables al ejercicio de 2011, decididas ya en pleno 2012, lo subsanaremos ahora.

Empleo.

El Servicio Público de Empleo de Castilla y León hizo públicas por Resolución de 20 de febrero de 2012 (BOCyL del 14 de marzo) las subvenciones para prórroga de contrataciones de Agentes de Empleo y Desarrollo Local para 2011, entre las que figuran 2.045,54 € a la *Fundación Tera Viva*, de la que ya dábamos cuenta, en cuanto fundada por diez Municipios, en el *Anuario* 2012, lo que significa de nuevo una participación exigua en los cinco millones de euros de la aplicación presupuestaria, pero que se explica por tratarse de una acción subvencional dirigida a entidades locales.

Hubo media docena de fundaciones beneficiarias de una pequeña parte (un 0,76%) de las subvenciones otorgadas en 2012 por el mismo Servicio Público de Empleo, cofinanciadas en un 80% por el FSE, para el fomento del empleo por cuenta ajena en general y de menores de treinta años en particular⁴³.

Más amplia participación (un 20%) tuvieron diversas fundaciones en las subvenciones, también de 2012 y asimismo cofinanciadas por el FSE y en

⁴³ Resolución de 11 de mayo de 2012 (BOCyL del 31). De una partida global de 5.269.125,22 € distribuidos entre más de mil beneficiarios, entre los que figuran también unas cuantas asociaciones, fueron a fundaciones: 5.000 € a la *Centro Astorgano Leones de Solidaridad*, 4.000 a la *Cerezales Antonino y Cinia*, 12.510 a la *San Pedro Ad Víncula*, 5.500 a la *Fundación Caja Rural de Segovia*, 3.500 a la *Nicolás Rodríguez*, 4.500 a la *Segundo y Santiago Montes* y 5.500 a la *Attico*.

colaboración con el Estado, a la contratación por Universidades e Instituciones sin ánimo de lucro, de trabajadores desempleados, para realizar obras y servicios de interés general y social⁴⁴.

Aun con mucho más reducida participación (3,94%), aparecen también fundaciones entre los beneficiarios de las subvenciones de 2012 para determinados contratos temporales y de ampliación de jornada en el sector de ayuda a domicilio⁴⁵.

No se han podido conocer aún las otorgadas para 2013.

Empleo de personas con discapacidad

En las líneas específicas de subvenciones de la Consejería de Economía y Empleo a la integración laboral de personas con discapacidad en Centros Especiales de Empleo y para la financiación de unidades de apoyo a la actividad profesional de estos Centros, la Orden EYE/669/2012, de 4 de junio (BOCyL de 20 de agosto) dio publicidad a las adjudicadas con cargo al Presupuesto de 2011; entre las beneficiarias de la primera aparece, con una subvención de las más elevadas la *Fundación Personas* con 116.275,88 €⁴⁶. La misma fundación ha recibido otra de 26.663,81 €, en la segunda de las mencionadas líneas subvencionales, junto a otras 29 entidades, y es también de las de cuantía más elevada (aunque hay algunas bastante más altas).

⁴⁴ De los 6.150.792,77 € de las consignaciones presupuestarias, fueron 1.232.965,34 € a las siguientes fundaciones: *Secretariado Gitano* (149.573,73 €), *Las Edades del Hombre* (150.000 €), *Naturaleza y Hombre* (117.725,50 €), *Aldaba* (89.481,25 €), la *General de la Universidad de Burgos* (19.696,43 €), *Lesmes* (147.482,78 €), *ADSIS* (30.835,21 €), *PREMYSA* (101.296,18 €), *Cauce* (84.121,71 €), *Aspanias Burgos* (97.259,43 €), *INTRAS* (74.834,77 €), *Ciudad Rodrigo 2006* (74.225,04 €), *Del Patrimonio Natural de Castilla y León* (39.552 €), y *Tutelar Castellano Leonesa de Deficientes Mentales* (56.881,31 €) (Resolución de 11 de mayo de 2012 (BOCyL del 31).

⁴⁵ Para conciliación de la vida laboral y familiar, la *Fundación Aspanias* (con 2.140 €), la *Real Fundación Hospital de la Reina* (con 2.890 y 2.070 €), la *Tutelar FECLEM* (3.024 €), la *El Mandamiento Nuevo* (9.660 €), la *Parque Científico Universidad de Valladolid* (970 €), la *Ate-neo Cultural Jesús Pereda* (930 €) y la *Fundación Social Valentín Arévalo Ayllón* (900 €), y para contratos formativos la *Tutelar FECLEM* (con 3.800) y la *CEDETEL* (2.000 €) (Resolución de 8 de abril de 2013 del mismo Servicio Público de Empleo, BOCyL del 22). Suman, pues, 28.384 € y la partida total era de 719.568,29 €, lo que implica una nueva importante reducción -55,93%— con respecto al ejercicio de 2011 (1.632.519,22 €). La participación de las fundaciones eleva, sin embargo, sensiblemente, su porcentaje que fue del 1,90% en 2011.

⁴⁶ Aunque hay una subvención a una entidad por encima de los 300.000 € y otra por encima de los 200.000, la mayoría de las restantes 22 no superan los 50.000 €.

Cabe anotar, por lo demás, que, como revela un Reglamento para el desarrollo de un Plan de Atención a las Personas con Discapacidad de la Universidad de Valladolid de 28 de junio de 2013 (BOCyL de 18 de julio), la *Fundación Universia* (creada por la asociación universitaria de este nombre, constituida por más de 1.200 instituciones del área iberoamericana y el mecenazgo del Banco de Santander) viene colaborando con las Universidades en actuaciones a favor de las personas con discapacidad (puede confirmarse asimismo en su página web).

Formación profesional para el empleo

Nos referimos aquí a los programas que tienen este objetivo, aunque algunas subvenciones apoyen a la vez actuaciones de orientación e inserción laboral o incluso impliquen un apoyo directo al empleo, pero con finalidad formativa, como en el caso de las subvenciones al fomento de los llamados contratos formativos, cofinanciadas al 80% por el FSE, concedidas en 2011 con cargo al Programa Operativo de Castilla y León 2007-2013, y hechas públicas por Resolución de 11 de mayo de 2012, del Servicio Público de Empleo (BOCyL del 31), entre las que aparecen únicamente 5.000 € para la *Fundación Hospital General de la Santísima Trinidad, S.C.*, de la suma de 787.397,6 €, previstos en las dos aplicaciones presupuestarias con este fin.

Por Resolución de 2 de octubre de 2012 se hicieron públicas las subvenciones, asimismo cofinanciadas por el FSE, del Programa de Formación mediante prácticas en empresas para universitarios, de Formación mediante prácticas para titulados y del Programa para la realización de acciones de orientación, formación e inserción profesional incluidos en el Plan Regional de Empleo para 2011 y en el Operativo FSE de Castilla y León para el mismo año, aunque usando también, en parte, créditos imputados a 2012, por más que el grueso de los recursos corresponden a 2011 (BOCyL del 26)⁴⁷.

⁴⁷ En el Programa de Formación mediante prácticas para titulados, se otorgaron 560.070 € a la *Fundación General de la Universidad de Burgos*, 652.680 a la *Fundación General Universidad de León y de la Empresa*, 696.780 a la *Fundación General Universidad de Salamanca* y 789.390 a la *Fundación General Universidad de Valladolid*. En el Programa de Formación mediante prácticas en empresas para universitarios, se dieron 253.500 € a la Universidad de Burgos, 253.800 a la de León, 355.500 a la de Salamanca y 356.040 a la de Valladolid. Son todas las subvenciones de ambos programas. En el Programa de Orientación, Formación e Inserción Profesional, entre otras muchas, se otorgaron subvenciones de 33.000 € a la *Fundación Personas* y a la *La FUEMTE (Fundación de la Iniciativa Empresarial, Trabajo y Espíritu Emprendedor)* y de 30.100 € a la *Fundación Santa Bárbara* y a la *Aspánias de Burgos* (en total un 4,43% de los fondos asignados a este Programa).

Se ha dotado, por otro lado, un Programa Dual de Formación y Empleo, cofinanciado por el FSE y los fondos finalistas del Servicio Público de Empleo Estatal, sustituyendo el anterior Programa de Escuelas Taller, Casas de Oficio, Unidades de Promoción y Desarrollo y de Talleres de Empleo⁴⁸. Su objeto son acciones en alternancia de formación y empleo, para la mejora de la empleabilidad de las personas desempleadas inscritas en el Servicio Público de Empleo de Castilla y León. Por Resolución de 15 de marzo de 2013 se dio publicidad de los beneficiarios de las subvenciones de este Programa Dual otorgadas en 2012 para este ejercicio y 2013, y entre ellos — donde predominan entidades locales y hay también algunas asociaciones— encontramos la *Fundación Secretariado Gitano* (acción Forma-Rom, 56.370,60 €), la *San Cebrián* (una acción en apoyo a la dependencia, 50.107,20 €), la *ASPAYM CyL* (acción de asistencia personal para la autonomía V Duplo, 97.879,68 €)⁴⁹.

La Consejería de Educación, por su parte, ha otorgado subvenciones en 2013 y 2014 para el desarrollo del primer nivel de los programas de cualificación profesional inicial, en las modalidades de Taller Profesional e Iniciación Profesional Especial, por entidades sin ánimo de lucro, y entre sus beneficiarios se cuentan algunas fundaciones⁵⁰.

Son especialmente importantes las subvenciones, también cofinanciadas al 80% por el FSE, para acciones de formación profesional para el empleo dirigidas prioritariamente a trabajadores desempleados, cuya concesión para 2012 y 2013 fue hecha pública por Resolución de 15 de marzo de 2013 del Servicio Público de Empleo (BOCyL de 18 de abril), por un total de 27.704.666,67 €, de los que 511.866,67 se reservaron para «acciones de concesión directa». Un 18,33% fueron a distintas fundaciones, pero la parte, con mucho, más sustanciosa (el 13,16%, esto es más, del 71% de lo percibido

⁴⁸ En el marco de la Estrategia Europea de Empleo 2020, y en aplicación de la Estrategia plurianual Española y del Plan Anual de Política de Empleo del Estado Español para 2012, así como de la Estrategia Integrada de Empleo, Formación Profesional, Prevención de Riesgos Laborales e Igualdad 2012-2015, acordada en el *Diálogo Social* en Castilla y León, y el Plan de Estímulos para el Crecimiento y el Empleo de esta Comunidad.

⁴⁹ Lo que supone un 3,44% del total de 5.939.610 € de las previsiones presupuestarias distribuidas. Hubo otras fundaciones que solicitaron estas subvenciones sin lograr obtenerlas.

⁵⁰ Cinco con subvenciones de 50.000 € para talleres profesionales; y tres con subvenciones de 100.000 € para iniciación profesional especial, aunque hubo algunas fundaciones más que trataron de obtener estas ayudas sin llegar a obtenerlas. (Orden EDU/715/2013, de 29 de agosto, BOCyL de 9 de septiembre).

por fundaciones) fue a las fundaciones de CCOO⁵¹ y de UGT⁵², de modo que otras fundaciones sólo recibieron un 5,17%⁵³.

Son de destacar por añadidura, un año más, las subvenciones directas otorgadas a unas pocas y muy significadas entidades —partícipes del *Diálogo Social* que tiene establecido el Gobierno regional— para la realización de acciones de integración y formación social y laboral en general. Llama especialmente la atención que, además de las subvenciones con similar objeto otorgadas en 2011, de las que se daba cuenta en el *Anuario 2012*, haya habido aún en el mismo año estas otras no hechas públicas hasta la Resolución de 2 de octubre de 2012 (BOCyL del 26), aunque fueron concedidas, según en ella se dice, en abril, mayo y junio de 2011, pero con cargo a créditos presupuestarios, no sólo de 2011 —5.946.750 €— sino también de 2012 —1.982.250 €— si bien obviamente éstos no estuvieran aún aprobados legalmente y por tanto con cargo a los que presumiblemente llegaran a aprobarse para ese ejercicio. Pues bien, la *FOREMCyL* de CCOO recibió 2.283.000 €, igual cantidad que UGT y en la misma fecha de mayo de 2011 e igual cantidad también de la otorgada a CECAL (la organización empresarial) en junio del mismo año, habiendo recibido además en abril cada una de las tres mismas organizaciones —bien que para la integración social y laboral concretamente de la población inmigrante— sendas subvenciones de 360.000 €. De modo similar, con respecto a 2012, una

⁵¹ 52 subvenciones a la *FOREMCyL* —dos de ellas a *FOREMCyL-NAVE*—, que sumaban 1.782.580 €. Ya hemos aclarado en la Introducción el error de confundir esta Fundación —que viene recibiendo este tipo de fondos anualmente, lo mismo que UGT o, ahora, su similar Fundación— con la *Fundación Autónoma para la Formación en el Empleo de Castilla y León*, ahora fusionada con la inicialmente denominada *Anclaje*.

⁵² 53 subvenciones a *IFES Fundación Instituto de Formación y Estudios Sociales*, de UGT, que sumaban 1.796.220 €. Estas subvenciones otorgadas a las fundaciones de las dos grandes centrales sindicales en tan similar modo y cuantía son bien expresivas de los efectos del *Diálogo Social*. Hubo también numerosas subvenciones otorgadas a organizaciones empresariales, cuya suma podría significar una asignación análoga a la dispensada a las fundaciones sindicales, aunque no las reseñemos de manera más explícita por no tener los beneficiarios formalmente la condición de fundaciones.

⁵³ Aparecen estas Fundaciones: *Instituto Técnico Industrial* (3 subvenciones de 48.060, 36.180 y 30.240, esto es 114.480 €), *Lesmes* (3 subvenciones de 27.360, 34.560 y 33.840, esto es 95.760 €), *Sta.M.ª la Real. Centro de Estudios del Románico* (2 subvenciones de 32.760 y 44.640, o sea 77.400 €), *Santa Bárbara* (14 subvenciones de 65.880, 50.760, 41.040, 27.000, 36.720, 34.560, 61.560, 72.360, 75.360, 65.880, 48.840, 51.480, 50.820, 46.980 y 31.104, lo que suman 760.344 €), *Residencia Fundación INTRAS* (44.640 €), *CETECE (Centro Tecnológico de Cereales de CyL)* (50.040 €), *FULDEFE (Fundación Leonesa para el Desarrollo Económico, la Formación y el Empleo)* (2 subvenciones, de 61.680 y 42.120, lo que totalizan 103.800 €), la *Fundación Laboral de la Construcción* (4 subvenciones de 48.960, 36.720, 48.960 y 28.080, que totalizan 162.720 €).

Resolución de 5 de febrero de 2013 (BOCyL del 18) ha dado a conocer públicamente las subvenciones concedidas en octubre, con cargo a una similar previsión presupuestaria, pero ya sensiblemente reducida en su montante —también ahí llegarían los «recortes»— a 800.000 € (por más que habrá que añadir en cuanto a ese año de 2012, a la vista de su distribución, lo ya cargado por anticipado, como dijimos, al presupuesto de ese ejercicio, que no sabemos cómo se ha justificado): no ha habido subvención para CECAL sino sólo para la *FOREMCyL* y para UGT a partes iguales, 400.000 € para cada una de estas organizaciones sindicales. Unos datos, en fin, en su conjunto, cuyo interés —unido a los de los proporcionados en años anteriores— desborda, desde luego, lo específicamente relativo a las fundaciones, aunque se vea envuelta una Fundación, la de CC.OO. —y también ahora la de UGT— de modo, en buena medida, sólo formal, que revela, por cierto, el uso y función que tantas veces vienen cumpliendo las fundaciones, tanto en el ámbito privado —como es en rigor el de los sindicatos, sin perjuicio de su importante dimensión social y pública— como en el propiamente público.

Específicamente, por otro lado, para la formación en materia de prevención de riesgos laborales, una Orden EYE/368/2012, de 30 de abril de 2012 (BOCyL de 4 de junio) publicó las subvenciones concedidas al respecto en 2011, repartidas entre empresas privadas, entidades sin ánimo de lucro, entes públicos, universidades públicas y Municipios y Mancomunidades⁵⁴. 34.254,32 € —un 21,19% del montante de 161.644 € previsto para entidades sin ánimo de lucro—, fueron a fundaciones⁵⁵.

Podemos finalmente incluir en este apartado la ayuda a la realización de cursos o jornadas de formación agraria y agroalimentaria, a pesar de la especificidad del sector. La *Fundación Centro Tecnológico de Cereales de CyL* participó en esa ayuda.⁵⁶

⁵⁴ Sobre la base de unas desiguales previsiones presupuestarias de 458.435 €, 161.644 €, 71.412 €, 55.365,23 € y 215.431,83 € respectivamente, que, sin embargo, no se distribuyeron en todo caso totalmente, porque concretamente en cuanto a la partida de universidades públicas solo figuran concedidos 17.200 €.

⁵⁵ La *Fundación Centro Tecnológico de Cereales de Castilla y León* recibió 3 subvenciones que suman 9.900 €, la *Fundación General de la Universidad de León y de la Empresa* una de 3.704 €, 32 (sólo la Universidad de Burgos recibió subvenciones destinadas a universidades públicas), la *Fundación Laboral de la Construcción* 3 subvenciones que suman 15.600 €, y la *Santa Bárbara* una de 5.050 €.

⁵⁶ Una subvención de 26.348,67 €, que le fue concedida por Resolución de 28 de marzo de 2012 de la Dirección General de Industrias Agrarias y Modernización de Explotaciones (BOCyL de 24 abril) junto con otras diez ayudas para 2011 cuyas cuantías oscilaron desde los 403.230 € otorgados a ASAJA Castilla y León o los 229.327 € a Unión de Cam-

Educación, enseñanza y aprendizaje.

Algunas fundaciones recibieron algo más de la cuarta parte de las ayudas de la Consejería de Educación para 2013 a entidades privadas sin ánimo de lucro para actuaciones de prevención y reducción del abandono temprano de la educación y la formación⁵⁷.

La *Fundación General de la Universidad de León y de la Empresa* (5.000 €), la *de la Universidad de Valladolid* (3.778,97 €), y la *de la Universidad de Burgos* (2.625 €), recibieron algunas cantidades de la Consejería de Cultura y Turismo para financiar la implantación del aprendizaje electrónico⁵⁸.

La Comunidad autónoma dedica particular atención a favorecer la enseñanza del castellano o español a extranjeros. La Consejería de Cultura y Turismo concedió subvenciones para 2013 en distintas líneas subvencionales establecidas por este Departamento con esa finalidad, de las que han participado también las Fundaciones de las Universidades de la región⁵⁹.

Protección de la infancia y apoyo a familias desfavorecidas.

Un 18,97% de los 241.560 € repartidos en 2012 por la Gerencia de Servicios Sociales de la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades en subvenciones a entidades privadas sin ánimo de lucro para programas y

pesinos de Castilla y León (UCCL), 177.853 a COAG-Castilla y León y 197.590 a la Unión de Pequeños Agricultores de Castilla y León, a los 21.180,81 € a la Unión Regional de Cooperativas Agrarias CyL, y otras ayudas más próximas o sensiblemente inferiores a esta última a algunos Colegios Oficiales del sector.

⁵⁷ Las ayudas, de 3.000 €, se concedieron a la *Fundación Rondilla*, la *Cauce*, y la *Aldaba* —las tres de Valladolid— y la *Secretariado Gitano*, tanto la de Burgos como la León o la de Zamora; sumaron 18.000 € y la cuantía global fueron 69.849,99 € (Orden EDU/593/2013, de 11 de julio, BOCyL del 17).

⁵⁸ Orden CYT/701/2013, de 21 de agosto (BOCyL de 3 de septiembre). El montante total de esta línea subvencional fueron 40.000 €. Las Universidades de Burgos y Salamanca recibieron adicionalmente otras cantidades directamente.

⁵⁹ Se trata de varias órdenes del 21 de agosto de 2013 (BOCyL de 3 de septiembre). Las cuantías oscilan entre los 1.386 € y los 4.700 €. Las peticiones que en 2012 hicieron las Fundaciones de algunas Universidades públicas, la *de la Lengua Española* y la Universidad Católica «Santa Teresa de Ávila» habían sido desestimadas en las cuatro convocatorias de dicho año para mejoras en los centros de español para extranjeros en modalidad presencial, porque exigían que fuesen empresas privadas (con ánimo de lucro) (Órdenes CYT/1144, 1145, 1146 y 1147/2012, de 28 de diciembre, BOCyL de 8 de enero de 2013).

actividades de protección a la infancia y apoyo a familias desfavorecidas, fueron a fundaciones⁶⁰.

Cabría mencionar asimismo —o también bajo la rúbrica anterior relativa al ámbito educativo— las ayudas a suministros escolares alimenticios que otorga, sin duda, con la perspectiva propia de la Consejería de Agricultura y Ganadería, de apoyo a la vez al sector productivo correspondiente, la Dirección General de Industrias Agrarias y Modernización de Explotaciones. Algunas de esas ayudas han beneficiado a centros de algunas fundaciones⁶¹.

Apoyo a inmigrantes.

Tres fundaciones participaron en las subvenciones otorgadas por el Servicio Público de Empleo en 2011 —aunque con fondos de 2011 y 2012— en aplicación del Programa de orientación, formación e inserción profesional dirigido a inmigrantes⁶².

También la Consejería de la Presidencia viene concediendo subvenciones, para proyectos de apoyo a los inmigrantes y a su integración, a entidades sin ánimo de lucro y asociaciones de inmigrantes, beneficiándose en un 11,96% un par de fundaciones en 2012⁶³ y sólo una, en un 4,84% de una menor asignación global, en 2013⁶⁴.

⁶⁰ La *Fundación Juan Soñador* en Burgos (5.100 y 7.800 €), la *Adsis* en Salamanca (4.450 y 24.180 €), la *Aldaba*, en Valladolid (4.310 €). En total, pues, cinco subvenciones de las 47 adjudicadas (casi todas en torno o por debajo de los 5.000 €) por Resolución de 6 de noviembre de 2012 (BOCyL del 12).

⁶¹ Para el curso 2010-2011, obtuvo una de esas ayudas, para los alumnos de un centro escolar de la *Fundación Privada Educativa Dominicas de la Enseñanza*, con 18.210,40 €, el Grupo Leche Pascual, S.A (Resolución de 3 de mayo de 2012) y en el curso 2011-2012 —siempre junto a otras muchas a otros centros— se concedieron 2.163 € a Comercial Fruticultores del Bierzo para que suministrase frutas y verduras a los alumnos del centro escolar de la *Fundación Colegio Vera Cruz*, de Burgos (Resolución de 2 de abril de 2013, BOCyL del 22), y 4.161,20 € y 24.678,80 € al mismo Grupo Leche Pascual ya citado, para que suministrase leche y productos lácteos a los alumnos de un centro escolar de la *Fundación Infantil Las Delicias* y otro de la misma *Fundación Privada Educativa Dominicas de la Enseñanza* ya mencionada, respectivamente (Resolución de 3 de abril de 2013, BOCyL del 22).

⁶² La *Fundación Servicios Sociales.com*, con 31.425 €, *La Fuente* con 30.300 €, y la *Iniciativas para la calidad en la educación*, con 36.602,14 €. Lo que supone un 17% de los 578.203€ de la asignación total —433.651 € de 2011 y 144.552 € de 2012—. Cfr. Resolución de 2 de octubre de 2012 (BOCyL del 26).

⁶³ La *Fundación de la Lengua Española*, tanto en el área de información (9.320 €) como en el de acciones formativas (9.440 €), y la *Fundación Rondilla* en este segundo área (6.678 €). El total de la asignación eran 212.688 € (Orden PRE/941/2012, de 6 de noviembre, BOCyL del 9).

⁶⁴ La *Fundación Rondilla* recibió 8.970 € para acciones formativas, de una asignación global de 185.000€ (Orden PRE/743/2013, de 2 de septiembre, BOCyL del 11). Otras

Hay que reseñar asimismo que la nueva Ley 3/2013, de 28 de mayo, de integración de inmigrantes en Castilla y León (BOCyL de 5 de junio), menciona expresamente a las fundaciones, junto a las asociaciones, en su artículo 24, en el que se dispone que *los poderes públicos promoverán la suscripción de acuerdos y convenios, al amparo de la normativa específica aplicable, con instituciones públicas y privadas, agentes sociales y económicos, asociaciones y fundaciones donde se concreten compromisos de actuación en materia de integración de los inmigrantes, dirigidas al cumplimiento de las actuaciones públicas de integración reguladas en esta ley*. Obviamente el precepto no introduce nada que no fuera posible ya antes. Lo mismo ocurre con algunas otras previsiones de esta Ley que pueden tener relevancia sin duda para las fundaciones que laboren en este ámbito, aunque no se aluda a ellas de modo específico —pero sí genéricamente a través de referencias a sujetos, organizaciones o entidades entre las que pueden incluirse. Sí cabe señalar que el artículo 32 contempla la creación de un Consejo de Coordinación de la Inmigración de Castilla y León en el que han de figurar, junto a representantes de las Administraciones públicas, *representantes de las organizaciones y agentes sociales de apoyo a la inmigración en la comunidad, que se determinen reglamentariamente, en especial —nótese bien de nuevo— los agentes económicos y sociales a los que hace referencia la Ley 8/2008, de 16 de octubre para la creación del Consejo de Diálogo Social y regulación de la participación institucional*, lo que otorga también aquí un protagonismo especial a la Confederación regional de empresarios y a las dos grandes centrales sindicales de UGT y CCOO.

Cooperación al desarrollo.

Un 41,89% del montante de las subvenciones a proyectos de desarrollo que para 2012 y 2013, de una sola vez, otorgó la Consejería de la Presidencia fueron a fundaciones⁶⁵.

La misma Consejería otorgó por otro lado subvenciones, aun por montante global muy inferior, para microacciones en el exterior de las que di-

fundaciones figuran en los listados de solicitudes desestimadas, más largo este año que el de 2012.

⁶⁵ 10 fundaciones recibieron subvenciones de entre 78.926 € y 172.000 € para actuaciones en Kenia, India, Perú, Nicaragua, Ecuador, El Salvador, Bolivia y Colombia, que suman 1.478.404 €, siendo el montante total distribuido de 3.528.945 € (1.230.958 € para 2012 y 2.297.987 € para 2013). Se denegaron solicitudes de treinta fundaciones y de otras entidades. Cfr. Orden PRE/964/2012, de 13 de noviembre (BOCyL del 15).

versas fundaciones participaron hasta en un 77,64% en 2012⁶⁶ y sólo en un 24,98% en 2013⁶⁷.

A partir de marzo de 2013 se han fusionado, sin embargo, en una misma convocatoria las subvenciones para proyectos al desarrollo y microacciones en el exterior, otorgándose otras más a percibir, en parte y en muchos casos, también en 2013, además de normalmente en 2014, por una suma global de 3 millones de euros (algo más de uno en 2013 y casi dos en 2014). Un 44,50% ha ido a fundaciones⁶⁸. Aún se otorgaron en 2012 y 2013 por la misma Consejería de Presidencia otras subvenciones para el «Programa Jóvenes Solidarios de Castilla y León para el año 2012», si bien el crédito asignado en ambos años se limitó a 30.000 €, la cantidad efectivamente repartida se redujo a 28.597,90 € en 2012 y a 29.630 en 2013 y ninguna fundación pudo beneficiarse de este Programa, aunque algunas lo intentasen⁶⁹.

En 2013, finalmente, se han adjudicado algunas ayudas a funcionarios o empleados de la Administración autonómica para su colaboración en programas de cooperación al desarrollo —dentro de unos límites temporales de dedicación y de cuantía de la ayuda (2.500 € por beneficiario) predeterminados en la convocatoria— y entre las entidades responsables de los programas a que se presta tal colaboración —conforme a las propuestas hechas por los propios interesados— aparecen algunas fundaciones, tal cual la *Cauce*, la *Hombres nuevos*, la *Amref Flying Doctors* y la *Madreselva*⁷⁰.

Investigación y Desarrollo del conocimiento.

Aun con una significación relativa muy modesta, cabe indicar que alguna de las subvenciones del programa, de la Consejería de Educación, de apoyo

⁶⁶ Seis fundaciones, con subvenciones de entre 20.616 € y 37.965 €, para acciones en Kenia, el Congo, Perú, Senegal, Colombia y Honduras, que representaron 175.011 € de los 225.411 € de la partida total repartida (que no agotó el crédito de 300.000 € previsto, pues se denegaron diversas solicitudes —doce de ellas de fundaciones— por no ajustarse a los requisitos. Cfr. Orden PRE/938/2012, de 5 de noviembre (BOCyL del 9).

⁶⁷ La *Fundación Vicente Ferrer* (35.550 € para mejora en un Hospital de India) y la *Madreselva* (26.905 para atención médica en el Barrio de La Cruz en Medellín, Colombia). La suma total repartida alcanzó la integridad de los 250.000 € presupuestados. Cfr. Orden PRE/745/2013, de 6 de septiembre (BOCyL del 13).

⁶⁸ Las ayudas —a 10 fundaciones— han oscilado entre 162.920 € y 64.184 € (sólo en 2014) y para acciones en Tanzania, India, Nicaragua, Perú, Bolivia, Guatemala, y República Dominicana. Cfr. Orden PRE/897/2013, de 29 de octubre (BOCyL de 8 de noviembre). Varias fundaciones repiten cada año.

⁶⁹ Ordenes PRE/961/2012, de 12 de noviembre (BOCyL del 13) y PRE/620/2013, de 18 de julio (BOCyL del 23).

⁷⁰ Orden PRE/620/2013, de 18 de julio (BOCyL del 23).

a proyectos de investigación trienales, a iniciar en 2012 y a realizar en las universidades públicas o privadas, otros organismos y centros públicos de investigación así como en los hospitales universitarios con conciertos vigentes con las universidades, aparece destinada a un proyecto propuesto por la *Fundación General de la Universidad de Valladolid* y no por ésta formalmente; es uno de los más altamente subvencionados (con 29.975 €) y tiene por objeto la evaluación de un dispositivo electrónico diseñado para pacientes con discapacidad visual⁷¹. En el similar de apoyo a los proyectos a iniciar en 2013 ya no aparece fundación alguna, aunque entre los proyectos denegados —por inexistencia de crédito suficiente— hay uno de una investigadora de la *Fundación de Investigación del Cáncer*⁷².

Algunos investigadores de la *Fundación Instituto de Estudios de Ciencias de la Salud de Castilla y León* figuran, en cambio, como beneficiarios de ayudas de la misma Consejería de Educación a la contratación predoctoral de personal investigador, en el marco de la Estrategia Regional de Investigación Científica, Desarrollo Tecnológico e Innovación 2007-2013, cofinanciadas por el Fondo Social Europeo, y adjudicadas en los demás casos a personal de las cuatro universidades públicas y del CSIC⁷³.

En otro orden de cosas, la *Fundación de Estudios de Economía Aplicada* recibió una subvención directa de 236.000 € por parte de la *Agencia de Innovación y Financiación Empresarial de Castilla y León*, para financiar parcialmente la organización en 2012 del evento «*Salamanca Social Science Festival*». Se trata de una de las subvenciones más elevadas de las muchas otras concedidas⁷⁴.

⁷¹ Orden EDU/671/2012, de 8 de agosto (BOCyL del 10). El programa aparece dotado en su conjunto con más de 400.000 € para 2012, 825.570 € para 2013 y 600.000 € para 2014, aun condicionado esto último a los presupuestos autonómicos correspondientes. El tenor literal de la Orden alude a otra asignación específica para las subvenciones destinadas a la investigación en universidades privadas sin indicar la cuantía, que de ser efectivamente distinta a la que contiene las cifras indicadas, comportaría el incremento correspondiente global. En realidad tanto el anexo I de subvenciones concedidas como el II de las rechazadas incluyen conjuntamente todas las subvenciones de este Programa cualquiera que sea la universidad destinataria, pública (casi todas) o privada.

⁷² Orden EDU/858/2013, de 17 de octubre (BOCyL del 28). El programa venía dotado con 600.000 € para 2014, 825.000 € para 2015 y 326.647 € para 2016, distinguiéndose aparte para las universidades privadas unos importes globales de 24.000 € para 2014, y 3.370 € para 2015.

⁷³ Se trata de ayudas de 75.751,19 € —distribuidos entre 2013 a 2017— a cuatro investigadores (dos varones y dos mujeres) de esa Fundación, con una adicional a esta misma de 4.800 € para gastos de gestión (Orden EDU/346/2013, de 16 de mayo, BOCyL del 20).

⁷⁴ Resolución de su Dirección General, de 11 de mayo de 2012 (BOCyL del 30). La generalidad de las demás ayudas, pero no ésta, contaban con un elevado porcentaje de finan-

Mención aparte merecen las subvenciones de la Gerencia Regional de Salud a proyectos de investigación en biomedicina, gestión sanitaria y atención sociosanitaria, en el marco de la política de I+D+i de la Junta de Castilla y León. Son para proyectos de investigadores de las universidades o del CSIC, pero algunas han ido a proyectos a realizar en ciertas fundaciones⁷⁵.

Actividad agraria y desarrollo rural.

Brevemente completaremos esta información aludiendo al hecho de que no deja de haber fundaciones titulares de propiedades y actividades agrícolas, en su más amplio sentido, lo que explica que aparezcan algunas entre los beneficiarios de diversas líneas de ayudas o subvenciones a estas actividades, comúnmente de origen en la Unión Europea y administradas por la Comunidad Autónoma. Así en los pagos por superficie en régimen de pago único, de determinados cultivos herbáceos y otros regímenes de ayuda contemplados respectivamente en los Títulos III y IV del Reglamento CE 73/2009, del año 2012, en un listado de 86.389 beneficiarios de los primeros y otro de 1.406 de los segundos, aparecen tres fundaciones⁷⁶.

Aun con estrechas vinculaciones a la política ambiental, pueden incluirse aquí también las distintas ayudas a la forestación y a su mantenimiento y preservación, en las que asimismo encontramos a algunas pocas fundaciones⁷⁷.

ciación del FEDER (70%, las más, otras el 80% y algunas el 60%). Las subvenciones directas son excepción y comúnmente para algunos muy pocos Ayuntamientos.

⁷⁵ La *Fundación de Investigación del Cáncer* (4 de 22.098, 26.763, 13.444 y 9.695 € respectivamente), *IBSAL-Fundación Instituto de Estudios de Ciencias de la Salud* (15, con cantidades que van desde 46.200, 44.966, 42.990, 35.974, 27.669, 25.783 o 24.404 € a 8.328, 7.072, 6.667 o 2.531 o 1.638 €), la *Fundación Burgos por la Investigación de la Salud* (4, de 11.528, 8.800, 14.713 y 5.277 €), la *Fundación INFOSALUD* (12.905 €) y la *Fundación CARTIF* (2, 9.369 y 3.112 €) (Resolución de 14 de noviembre de 2013, BOCyL del 18).

⁷⁶ La *Fundación Fidel de la Mano Velasco* con 5.891,88 y 2.879,31 €, la *González Allende*, con 6.866,88 y 3.293,96 €, y la *Marcelina del Valle* con 3.567,79 y 1.783,08 €.

⁷⁷ Entre los 210 beneficiarios de las ayudas a la financiación de los costes de implantación de la forestación de tierras agrícolas del año 2012, cofinanciadas por el FEADER (Resolución de 29 de diciembre de 2012 de la Dirección General del Medio Natural, BOCyL de 6 de febrero de 2013), se encuentra la *Fundación Píadosa Vicente Rodríguez Fabres* (una subvención de 74.488,93 €, que representa el 80% de la inversión en una plantación forestal de 51,12 has). Una par de otras fundaciones —también con nombres y apellidos de particulares— figuran entre las solicitudes desestimadas. Y entre los 1.040 beneficiarios de la prima de mantenimiento, anualidad 2012, en los expedientes de forestación de tierras agrícolas (Resolución de 19 de diciembre de 2012 de la misma Dirección General citada, BOCyL de 2 de enero de 2013), aparecen dos fundaciones; la *Octavio Álvarez Carballo*, con 4.550 €, para mantenimiento de una forestación de 35 has., y la *Píadosa Vicente Rodríguez Fabres*, ya mencionada, con 8.048,84 €, para 62,98 has., mientras que entre los 1.295 beneficiarios de la misma prima en 2013 (Resolución de 29 de noviembre de 2013, BOCyL de 19 de diciembre),

b) En colaboraciones contratadas con la Administración autonómica
Reconversión minera.

Algunas fundaciones recibieron recursos y desarrollaron actividades en virtud de convenios de colaboración con entidades públicas y en particular con la Administración autonómica. Tal sería el caso del «Convenio de Colaboración Específico entre el Instituto para la Reestructuración de la Minería del Carbón y Desarrollo Alternativo de las Comarcas Mineras (representado por el Secretario de Estado de Energía) y la Consejería de Economía y Empleo de Castilla y León y la *Fundación Santa Bárbara*, para la ejecución del Proyecto de Edificio de Uso Docente e Institucional y de I+D de la Fundación Santa Bárbara», hecho público por Resolución de 27 de febrero de 2012 de la Dirección General de Relaciones Institucionales y Acción Exterior de la Consejería de la Presidencia (BOCyL de 13 de marzo), y que supone que el mencionado Instituto estatal asume la financiación de los 2 millones de euros en que se estima la ejecución del edificio mencionado, previéndose pagos sucesivos entre 2011 y 2014. La contribución de la Consejería de la Comunidad Autónoma es imprecisa y no se cuantifica. Hay que tener en cuenta que en realidad la Fundación es un instrumento de la Consejería, siendo el Consejero el Presidente de su patronato, aunque en el Convenio ostente la representación de la Fundación su Director General⁷⁸.

Similar es el «Convenio de Colaboración Específico entre el Instituto para la Reestructuración de la Minería del Carbón y Desarrollo Alternativo de las

figuran la Fundación *Gutierrez Manrique*, con 10.990,20 € para 84,54 has., la misma *Octavio Alvarez Carballo*, pero con 10.675 €, para las mismas 35 has., así como la también mencionada *Piadosa Vicente Rodríguez Fabres*, con una de 7.379,17 € para 57,74 has., y otra de 19.208,90 €, para 62,98 has. Entre varios miles de subvenciones, en tercer lugar, en concepto de prima compensatoria, anualidad 2012, en los mismos expedientes de forestación (Resolución de 21 de noviembre de 2012, de la misma Dirección General, BOCyL del 5 de diciembre), aparecen las asignadas a seis fundaciones, entre las que figuras algunas de las ya nombradas y con más de una subvención. Análogamente, en la relación de beneficiarios de esa misma prima compensatoria en 2013 (Resolución de 18 de octubre de 2013, BOCyL de 20 de noviembre) aparecen siete fundaciones, varias con una pluralidad de subvenciones. Y hay aún una cuarta línea, la de las ayudas a la recuperación del potencial forestal y medidas preventivas, que, en 2011, recibieron diversos beneficiarios, entre los que la única fundación fue la *Fundación Piadosa Vicente Rodríguez Fabres*, en cuantía de 3.864 €, aunque algunas otras vieron desestimadas sus solicitudes por falta de dotación presupuestaria o por incumplimiento de algún requisito (Resolución de 7 de junio de 2012 de la DG del Medio Natural, BOCyL del 27), mientras que en 2012 no aparece como beneficiaria ninguna fundación (Resolución de 6 de agosto de 2013).

⁷⁸ Se daba cuenta ya de este Convenio, en razón de la intervención de la *Fundación Santa Bárbara* en el *Anuario 2012*, p. 420.

Comarcas Mineras, la Consejería de Economía y Empleo de Castilla y León y la *Fundación Sierra Pambley* para la ejecución del Proyecto de Centro de Actividades Culturales, Educativas y Turísticas Sierra Pambley en Villablino (León)», hecho público también por un mismo tipo de Resolución de la misma Dirección General, de la misma fecha que la anterior e inserta asimismo en el mismo BOCyL. El coste aquí son tres millones y medio de euros, que se asumen igualmente por el Instituto estatal, para su ejecución en 2011 y 2012. La principal diferencia deriva de la naturaleza propiamente privada del sustrato de la Fundación titular de este Centro, que fue creada por Francisco Fernández-Blanco y Sierra-Pambley (Villablino, 1827-Madrid, 1915), en colaboración con la Institución Libre de Enseñanza en 1887.

Investigación sanitaria.

En otro orden de cosas, hay un Convenio específico de colaboración entre la Administración General del Estado, a través del Instituto de Salud Carlos III, y la Comunidad de Castilla y León, a través de la Consejería de Sanidad y de la Gerencia Regional de Salud, en el Programa de estabilización de investigadores y de intensificación de la actividad investigadora en el Sistema Nacional de Salud, hecho a finales de 2010, al que se ha añadido ahora un acuerdo en forma de «Addenda» para concretar la obligación de la Comunidad Autónoma de transferir a la *Fundación de Investigación del Cáncer de la Universidad de Salamanca* los fondos remitidos por el Instituto de Salud Carlos III correspondientes al candidato seleccionado para la línea de incorporación estable de investigadores, cuya primera anualidad asciende a 26.000 €, asumiendo la Fundación la cofinanciación que le corresponda⁷⁹.

Cultura y deporte.

Luego hay casos de convenios de colaboración entre la Administración de la Comunidad y las Entidades Locales de la región, en los que puede aparecer una Fundación como supuesta «entidad local» colaboradora o bien junto a alguna verdadera entidad local, pero como persona jurídica también implicada en el convenio y, en realidad, destinataria principal de la financiación autonómica que comporta. Como expresión de lo primero estarían los convenios de la Consejería de Cultura y Turismo de la Junta de CyL y la *Fundación Salamanca Ciudad de Cultura y Saberes* para la realización de la programación de la red de teatros de Castilla y León, en los que la Administra-

⁷⁹ Esta «Addenda» fue hecha pública por Resolución de 31 de mayo de 2012 de la DG de Relaciones Institucionales y Acción Exterior (BOCyL de 13 de junio).

ción autonómica aporta 42.130 € —en 2012— y 40.825 € —en 2013— y la Fundación las cantidades que se convienen⁸⁰. Convenios en los que figure una fundación junto a una entidad local serían por ejemplo el firmado entre la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades, el Ayuntamiento, la Diputación de Palencia y la *Fundación Eusebio Sacristán para el desarrollo del deporte*, relativo a la realización del «Campamento Deporte y aventura-Programa de deporte para tod@s», en el que no figuran colaboraciones cuantificadas⁸¹, o el celebrado entre la Consejería de Cultura y Turismo con la mencionada *Fundación Salamanca Ciudad de Cultura y Saberes* y también para la programación de la red de teatros de Castilla y León, correspondiente al segundo semestre de 2013, pero con una financiación ahora compartida entre la citada Consejería (20.112,80 €) y el Ayuntamiento de Salamanca (18.553 €)⁸². También, desde luego, aunque implicando a más entidades, el Convenio específico de colaboración entre la Consejería de Cultura y Turismo y varias entidades públicas y privadas para la creación del Sistema Consorcial Mixto del Español para extranjeros en Castilla y León, para apoyar y promocionar las iniciativas del sector del español como lengua extranjera en la Comunidad, que incluye la participación de la *Fundación de la Lengua Española*.

Provisión de personal en actividades públicas asistenciales.

Diversas fundaciones tienen, sin duda, contratos de servicios con la Administración autonómica, como se deduce, por ejemplo, del Acuerdo 93/2012, de 8 de noviembre, de la Junta de Castilla y León sobre fijación de servicios mínimos en servicios esenciales de la Administración autonómica «que se prestan por empresas», ante una convocatoria de huelga (BOCyL del 13), donde aparece que la *Fundación Grupo Norte* provee variado personal al Centro Zambrana de atención a menores, o al más reciente Centro Los Manzanos, situado junto al anterior y con similar objeto; o que la *Fundación Diagrama Intervención Psicosocial* hace lo propio en varios Centros de Día de la provincia de León o de Segovia. La *Fundación Salud y Comunidad*, junto con una Sociedad Anónima, está integrada en una UTE que proporciona asimismo personal en varios centros asistenciales públicos.

⁸⁰ *Vid.* Resoluciones de 1 de junio de 2012 y 3 junio de 2013 de la Dirección General de Relaciones Institucionales y Acción Exterior (BOCyL de 13 de junio, de 18 de junio y de 15 de noviembre, respectivamente).

⁸¹ Publicado en el BOCyL de 14 de septiembre de 2012 por Resolución del 3 de la Dirección General de Relaciones Institucionales (relación de convenios con las Entidades Locales del mes de agosto).

⁸² Dado a conocer por Resolución de 5 de noviembre de 2013, BOCyL del 15.

Servicios especializados de asistencia sanitaria.

Algunas fundaciones tienen contratos de servicios con alguno de los Hospitales dependientes de la Gerencia Regional de Salud. Es el caso de la *Fundación Renal Íñigo Álvarez de Toledo*, a la que le fue adjudicado por procedimiento negociado sin publicidad por el Hospital Clínico Universitario de Valladolid un contrato que se denomina de servicio público de hemodiálisis extra hospitalaria en régimen ambulatorio, para pacientes beneficiarios de la Seguridad Social en el área de influencia de Medina del Campo, por 735.447,48 €⁸³. La *Real Fundación Hospital de la Reina* resultó asimismo adjudicataria de sendos contratos adjudicados por la Gerencia de Salud de las Áreas de León⁸⁴ para la gestión del servicio público (*sic*) de procedimientos quirúrgicos de traumatología (cadera)⁸⁵, para la de procedimiento quirúrgicos también de traumatología (pero otras patologías) en el área de El Bierzo⁸⁶, para la de procedimientos quirúrgicos generales y del aparato digestivo en el mismo área de El Bierzo⁸⁷, para la de procedimientos quirúrgicos generales (oftalmología) en el mismo área⁸⁸ y para la de procedimientos de rehabilitación ambulatoria⁸⁹. Los plazos de ejecución de estos contratos se fijan para el final de 2012 o, en algún caso, octubre de 2012.

C) *Participación administrativa.*

En los años anteriores hemos hecho notar también el papel que desempeñan en particular algunas fundaciones con su participación en el procedimiento de algunas actuaciones administrativas, en concreto de la Comunidad Autónoma. Hay constancia, de nuevo, de la participación con alegaciones en la información pública de varios expedientes de Declaración de Impacto Ambiental (DIA), de determinadas obras en zonas sensibles para el hábitat de

⁸³ Hizo pública su formalización una Resolución de 3 de febrero de 2012, BOCyL de 13 de marzo.

⁸⁴ Resolución de 24 de febrero de 2012, BOCyL de 8 de marzo.

⁸⁵ Por 106.000 €. Se adjudicaron a la vez a otros un contrato de la misma cantidad y otros dos más por 528.350 y 524.450 €.

⁸⁶ Por 86.871 €, a la vez que otro a otra entidad por 93.425 €.

⁸⁷ Por 97.987 €, al tiempo que otra entidad recibió otro por 102.303 €.

⁸⁸ Por 181.250 €, la misma cantidad que el otro contrato adjudicado a la vez a otra entidad.

⁸⁹ Con cuyo objeto le fueron adjudicados en realidad 11 —por un importe total de 73.741,50 €— de los 39 lotes o contratos distintos que se adjudicaron a la vez, correspondiendo los otros 28 a otras dos entidades por un total de 159.487,50 € y 86.881 €, respectivamente.

especies protegidas, por parte de la *Fundación Oso Pardo*⁹⁰. Esta misma fundación actuó, por cierto, como codemandante en un recurso contencioso-administrativo contra el Decreto 13/2006, de 9 de marzo, de la Junta de Castilla y León, que modificó el anexo I del Decreto 140/1998, de 16 de julio, por el que se había aprobado el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales de Fuentes Carrionas y Fuente del Cobre-Montaña Palentina, que fue estimado⁹¹.

También ha tenido alguna intervención en procedimientos de DIA la *Fundación Municipalia*⁹².

En otro orden de cosas, es de reseñar la actuación de alguna fundación con efectos relevantes en materia urbanística; sería el caso de la *Fundación Benéfica Virgen de los Caballeros*, por cuya iniciativa la Comisión Territorial de Urbanismo de Salamanca procedió a la rectificación de error material en las Normas Urbanísticas Municipales de Villavieja de Yeltes (Acuerdo de 19 de enero de 2012, BOCyL de 22 de mayo), aunque parece que en ejercicio de un interés directo sobre las parcelas afectadas, es decir como lo podría hacer cualquier otro propietario.

⁹⁰ *Vid.* en cuanto a proyectos de caminos o carreteras, Orden FYM/1073/2012, de 30 de noviembre, BOCyL de 20 de diciembre), Resolución de 28 de septiembre de 2012 de la Delegación Territorial de Palencia, BOCyL de 25 de octubre, Orden FYM/555/2013, de 25 de junio, BOCyL de 11 julio, y Órdenes FYM/205, 206 y 207/2013, de 14 de marzo, BOCyL de 9 de abril; o respecto del proyecto regional de Desarrollo Sostenible del destino turístico San Glorio, en las provincias de León y Palencia, promovido por la Estación de Esquí Tres Provincias, S.A., la Orden FYM/57/2013, de 28 de enero, BOCyL de 14 de febrero. La Fundación no evacuó informe, aunque se le dio oportunidad, en cuanto a sometimiento a EIA de un proyecto de modificación puntual de las Normas Urbanísticas Municipales de Cubillos de Sil (León), o de un proyecto de ampliación del aparcamiento en la Estación invernal de Leitariegos, en Villablino (León). Sí que presentó en cambio un informe relativo a sometimiento a EIA del proyecto de Parque eólico experimental El Puerto I, en Villamanín (León). *Vid.*, para estos tres supuestos, sendas resoluciones de 28 de octubre de 2013 de la Delegación Territorial de León, BOCyL de 20 de noviembre).

⁹¹ El cumplimiento de la Sentencia de la Sala de Valladolid, es objeto de la Orden FYM 517/2012, de 13 de junio, BOCyL de 6 de julio.

⁹² Así, respecto del Estudio Informativo de la Variante de Vega de Yeres, carretera LE-164, de Puente de Domingo Flórez (N-536) a La Bala (LE-123), tramo Vega de Yeres, término de Puente de Domingo Flórez, promovida por a Dirección General de Carreteras e Infraestructuras de la Consejería de Fomento y Medio Ambiente.

III. La Fundaciones del Gobierno autonómico

1. *Su renovada consideración, a ciertos efectos, como Administración pública*

De particular interés nos parece, aunque no haga sino confirmar la sustancia incuestionablemente pública de todas estas entidades, por mucho que se revistan anómalamente de personificación jurídico-privada, el Acuerdo 31/2012, de 29 de marzo de la Junta de Castilla y León, de adhesión al mecanismo extraordinario de financiación previsto en el Acuerdo del Consejo de Política Fiscal y Financiera de 6 de marzo de 2012 y de asunción de este Acuerdo (BOCyL del 13 de abril), en el que se ha estimado necesario determinar lo que *se entiende por Comunidad de Castilla y León* a los efectos de la aplicación de ese mecanismo extraordinario de financiación, incluyéndose, junto a la *Administración de la Comunidad, los entes y organismos públicos dependientes de aquella sobre los que se mantenga un poder de decisión sobre su gestión y sus normas internas o estatutos* (además de *las entidades asociativas en las que participe directa o indirectamente la Administración de la Comunidad*). Se añade una relación de entidades (que se dicen *incluidas en el sector Administraciones públicas, subsector Comunidades Autónomas, de acuerdo con la metodología de la contabilidad nacional*), que junto a la *Administración General de la Comunidad Autónoma*, cuatro *Organismos Autónomos*, otros seis *Entes públicos* y cinco *Sociedades mercantiles* (anónimas) (y dos *Consortios*), incluye las 16 *Fundaciones* siguientes:

1. *Agregación de Fundaciones Asistenciales de la provincia de Palencia.*
2. *Fundación Acción Social y Tutela de Castilla y León.*
3. *Fundación Autonómica para la Formación en el Empleo de Castilla y León (FAFECyL).*
4. *Fundación Centro de Supercomputación de Castilla y León.*
5. *Fundación Centro Regional de Calidad y Acreditación Sanitaria de Castilla y León.*
6. *Fundación de Hemoterapia y Hemodonación de Castilla y León.*
7. *Fundación del Patrimonio Natural de Castilla y León.*
8. *Fundación Hospital Clínico Veterinario de Castilla y León*⁹³.
9. *Fundación Instituto de Estudios de Ciencias de la Salud de Castilla y León.*

⁹³ Extinguida, sin embargo, por Acuerdo de la Junta de Castilla y León de 27 de septiembre de 2012 (Informe de Fiscalización sobre las Fundaciones de Castilla y León, 2010, pp. 247-248).

10. *Fundación para la Ciudadanía Castellana y Leonesa en el Exterior y la Cooperación al Desarrollo*⁹⁴.

11. *Fundación para la Enseñanza de las Artes de Castilla y León*⁹⁵.

12. *Fundación Provincial de Servicios Sociales de Burgos*.

13. *Fundación Santa Bárbara*.

14. *Fundación Siglo para las Artes en Castilla y León*.

15. *Fundación Social de Segovia*.

16. *Fundación Universidades de Castilla y León*.

Desde la formulación de este listado se han ido produciendo diversas medidas de extinción o fusión, de modo que la relación actual de fundaciones autonómicas ha cambiado sensiblemente.

2. Las leyes anuales de Presupuestos mantienen las mismas reglas

Tanto la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad para 2012, tardíamente aprobados por Ley 5/2012, de 16 de julio, como la que se aprobó para 2013, Ley 10/2012, de 21 de diciembre, han mantenido las reglas que vienen estableciendo estos últimos años y que ya se han expuesto en el *Anuario*, desde el 2009 y el 2010. Los presupuestos de estas llamadas *fundaciones públicas*⁹⁶, igual que los de las empresas públicas y otros entes de la Comunidad, forman parte o integran los Presupuestos Generales de la Comunidad (art. 1). Se mantiene la cifra de los 600.000 €, hace años ya fijada para determinar la necesidad de una autorización de la Junta de las aportaciones de la Comunidad al patrimonio de fundaciones que superen esa cantidad (art. 7). Se mantiene igualmente lo relativo a la exigencia de informe favorable de la Consejería de Hacienda para que puedan firmar cualquier acuerdo sobre plantillas o relaciones de personal, retribuciones o mejoras de las condiciones de trabajo de su personal, que supongan una variación en el gasto público, y las graves consecuencias de su omisión (art. 20), o a la necesaria autorización por la misma Consejería de las retribuciones e indemnizaciones de los cargos directivos antes de las designaciones o contrataciones, o de su también necesario previo informe

⁹⁴ Extinguida por Acuerdo de la Junta de Castilla y León de 14 de junio de 2012 (Informe de Fiscalización sobre las Fundaciones de Castilla y León, 2010, pp. 247-248).

⁹⁵ Recuérdese lo dicho sobre su fusión con la de Universidades.

⁹⁶ *Vid.* lo que decíamos al respecto de esta denominación en el *Anuario 2011*, p. 338, y, antes, en el *Anuario 2009*, pp. 362-364.

de los contratos de alta dirección, cuya omisión conlleva similares graves consecuencias (art. 21), o a la necesaria autorización previa de la Tesorería General de la Administración autonómica, para el endeudamiento, con idéntica sanción de su incumplimiento (art. 31), o, en fin, a la obligación de remitir a la Intervención General —y a la Consejería de adscripción— copias autorizadas de las cuentas anuales, así como el informe de auditoría y el de gestión, cuando proceda su emisión (art. 32). Y está prohibida la contratación de personal laboral con carácter temporal en las fundaciones y demás entidades del sector público autonómico, salvo en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables que requerirán autorización previa del titular de la Consejería de Hacienda, visto el informe del centro directivo competente en materia de Presupuestos, siendo nulos de plenos derechos los actos adoptados en contra (disposición transitorias segunda, también de ambas Leyes).

3. *Fusiones y extinciones*

Además de las extinciones que ya hemos indicado poco más arriba en notas al pie y de la que dimos cuenta en la Introducción relativa a la *Fundación Autonómica para la Formación en el Empleo de Castilla y León (FAFECyL)*, con la *Anclaje*, hay que dar cuenta también de las fusiones y extinciones que referimos a continuación.

1.º La Ley 1/2012, de 28 de febrero de medidas tributarias, administrativas y financieras (BOCyL del 29), al autorizar la extinción de la empresa pública «Sociedad de Promoción del Turismo de Castilla y León, S.A.» (SOTUR, S.A.), autoriza a la vez a los representantes de la Comunidad en su Junta General y en su Consejo de Administración para promover y formalizar la cesión global de activos y pasivos de dicha sociedad a favor de la *Fundación Siglo para las Artes en Castilla y León*, que se subrogará en todos ellos, aplicándose al personal lo previsto en el artículo 44 TR del Estatuto de los Trabajadores, lo que se completa con la afirmación de que «la contraprestación que reciba la Comunidad Autónoma a cambio de la cesión global de activo y pasivo de la empresa pública será aportada íntegramente a la dotación fundacional de la entidad cesionaria». Se impone a la citada Fundación la necesidad de efectuar las adaptaciones estatutarias que se precisen e incluso el cambio de su denominación para que asuma los de SOTUR a extinguir, complementándose los detalles de esta auténtica fusión con alguna otra regla concreta. Se ha pasado así, en efecto, desde el 14 de septiembre de 2012 (según despacho de Europa Press de 21 de

diciembre de 2012⁹⁷), a la *Fundación Siglo, para el Turismo y las Artes de Castilla y León*⁹⁸.

2.º Por sendas Resoluciones de 27 de febrero de 2013, de la Dirección General de Política Educativa Escolar (BOCyL de 11 de marzo) se han modificado las autorizaciones de apertura y funcionamiento, por cambio de titular, del centro «Escuela Superior de Arte Dramático de Castilla y León» de Valladolid, y de la «Escuela Profesional de Danza de Castilla y León», con sede en Valladolid y Burgos, que estaban bajo la titularidad de la *Fundación para la enseñanza de las Artes de Castilla y León (ARCyL)*, y han pasado a estarlo bajo la *Fundación Universidades y Enseñanzas Superiores de Castilla y León (FUESCyL)*, tras la fusión operada de aquella con la anterior *Fundación Universidades de Castilla y León*, que, como se ve por la relación que hemos recogido más arriba, aún se computaban como diferentes a finales de 2012⁹⁹.

3.º Como hemos sabido por Sentencia en apelación de la Sala de Valladolid del Tribunal Superior de Justicia 1701/2012, de 9 de octubre, por Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Castilla y León de 14 de junio de 2012 se autorizó la extinción de la *Fundación Centro Regional de Calidad y Acreditación Sanitaria de Castilla y León*, que por Acuerdo de 6 de octubre de 2009 con la Gerencia Regional de Salud había recibido una encomienda de gestión (BOCyL de 9 de octubre de 2009), para la realización de la actividad material y técnica consistente en la auditoría de las autoevaluaciones de méritos asistenciales y de las autoevaluaciones del desempeño que efectúan los propios profesionales, para el acceso ordinario a los distintos grados de la carrera profesional¹⁰⁰, sistema éste de grados que quedaría suspendido temporalmente, sin embargo, por la Ley autonómica 1/2012, de medidas, ya citada, por razones de interés general, para garantizar la sostenibilidad del sistema sanitario de Castilla y León.

⁹⁷ <http://www.20minutos.es/noticia/1684659/0/>

⁹⁸ Así se refleja ya en la Orden CYT/641/2103, de 25 de julio, sobre la composición del Consejo Rector del «Sistema Atapuerca, Cultura de la Evolución» (BOCyL del 29), que modifica la normativa de que dimos cuenta en el *Anuario 2010*, o en la Orden CYT/696/2013, de 29 de julio, por la que se convocan los Premios Fray Luis de León en la modalidad de Creación Literaria, edición de 2013, que otorga un relevante papel a esta Fundación en su gestión.

⁹⁹ La Fundación ARCyL, antes de estos cambios, se ha visto envuelta en varios despidos conflictivos (*vid.* Sentencias de las Salas de lo Social del TSJ de Castilla y León 769/2012, de Burgos, 452 y 2283/2012, 890 y 1237/2013 de Valladolid).

¹⁰⁰ El Sindicato de Enfermería SATSE había impugnado este Acuerdo ante el Juzgado de lo contencioso-administrativo n.º 2 de Valladolid, que desestimó su recurso. La Sala desestimaría el recurso de apelación por pérdida sobrevenida de su objeto.

4. Otras incidencias

1.º En 2012 hubo una novación del Convenio Específico de Colaboración que suscribieron en 2011 la Consejería de Sanidad y la Universidad de Salamanca para la creación del Instituto de Investigación Biomédica de Salamanca (IBSAL) —y del que son parte también la Gerencia Regional de Salud y la *Fundación del Instituto de Ciencias de la Salud de Castilla y León*, ambas dependientes de la citada Consejería—, al efecto de incorporar al IBSAL la Agencia estatal del Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC)¹⁰¹. La mencionada Fundación autonómica tiene su sede en Soria y su Patronato está presidido por el Consejero de Sanidad y formado por nueve altos cargos de la Administración general autonómica y de la Gerencia Regional de Salud, más el Delegado Territorial de la Junta en Soria, el Presidente de la Diputación y el Alcalde de Soria. En relación con el IBSAL le corresponde una función provisional de gestión, mientras se arbitra otra solución, que parece orientarse hacia la creación de otra fundación *ad hoc*.

2.º Por lo demás, la Orden EYE/743/2012, de 6 de septiembre, que modificó la EYE/1497/2009, sobre las bases reguladoras de la concesión de subvenciones públicas mediante convenios, destinadas a financiar planes de formación de oferta dirigidos prioritariamente a trabajadores ocupados en la Comunidad, mantenía el importante papel de la *FAFECyL (Fundación Autonómica para la Formación en el Empleo de Castilla y León)*, que ya hemos destacado en este mismo *Anuario* en años anteriores¹⁰², en la valoración de esos planes de formación y su apoyo técnico al Servicio de Formación Profesional del Servicio Público de Empleo en su actuación, así como en el seguimiento de los convenios con su presencia en la correspondiente Comisión Mixta de Seguimiento, y finalmente en el procedimiento de justificación y liquidación en el que la Fundación era encargada de realizar el informe de liquidación. Tras la fusión de esta Fundación con la *Anclaje*, la Orden EYE/676/2013, de 20 de agosto (BOCyL del 22), aprobatoria de las nuevas bases de ese mismo tipo de subvenciones, asigna las mismas funciones a la nueva *Fundación para el Anclaje Empresarial y la Formación para el Empleo de Castilla y León* (y su Comisión Ejecutiva de Formación para el Empleo).

3.º Es de interés el pronunciamiento de la Sala de lo Social de Valladolid del TSJ de Castilla y León, en Sentencia 1316/2013, de 10 de julio, rela-

¹⁰¹ Da cuenta de ella la Resolución de 26 de abril de 2012, de la Dirección General de Relaciones Institucionales y Acción Exterior (BOCyL de 14 de mayo).

¹⁰² Sobre el error de confundir esta Fundación Autonómica con la *FOREMCyL* de CCOO, *vid.* lo que decimos en la Introducción en estas mismas páginas.

tiva a un despido resultado de la extinción de la *Fundación para la Ciudadanía Castellano-Leonesa en el Exterior y la Cooperación al Desarrollo*, operada en 2012, como una medida para cumplir los objetivos del plan de ajuste previsto en el mecanismo extraordinario de financiación de los proveedores y plan económico financiero de reequilibrio de la Comunidad Autónoma 2012-2014. Se afirma en esa Sentencia que no puede entenderse que la Junta de Castilla y León (la Comunidad Autónoma) y una fundación como esa, enteramente dependiente de ella, constituyan grupo de empresas a efectos laborales (FJ 11).

4.º En fin, tras la integración, como ya expusimos, de la Fundación *ADEUROPA* —además de otras entidades— en la *Agencia de Innovación, Financiación e Internacionalización Empresarial de Castilla y León* (la mención de la internacionalización no estaba en la Ley de medidas de 2010 que dispuso su creación), ha habido conflictivos despidos, que han generado numerosas Sentencias en la Jurisdicción social, también —sobre todo en 2013— en las salas de Burgos y, sobre todo, de Valladolid, del TSJ de Castilla y León, resolviendo recursos de suplicación. Vale la pena destacar un pronunciamiento contenido en el FD 9 de una de estas Sentencias, la 1442/2013, de 23 de julio, de la Sala de Valladolid, en la que, tratándose de personal de la mencionada Agencia, procedente de la Fundación citada, en el que, entre otras cosas, se afirma que «el derecho del artículo 23.2 (CE) ha de extenderse a todo el sector público, puesto que dicho derecho fundamental desde sus propios orígenes (inserto ya en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano francesa de 1789) está vinculado al poder de disposición sobre los fondos públicos.(...) Por tanto el empleo en todos estos entes es empleo público y no puede ser distribuido arbitrariamente por los responsables de los mismos, sino que está sujeto a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad».

5. *El Informe de Fiscalización de la actividad de las Fundaciones de Castilla y León, 2010*

Lo más importante quizás de cuanto pueda anotarse de este período, respecto a las fundaciones del sector público autonómico, es el Informe de Fiscalización de la actividad de las Fundaciones de Castilla y León, ejercicio 2010, del Consejo de Cuentas de Castilla y León, hecho público por Resolución de 24 de julio de 2013, de la Presidencia de las Cortes de este región (BOCyL de 5 de agosto).

1. A la vista de este Informe, la Comisión de Hacienda de las Cortes, en sesión del 24 de julio de 2013, decidió acordar la promoción de una serie de medidas propuestas por el Consejo de Cuentas, que apuntan, sin duda, a algunas de las principales cuestiones que estas fundaciones vienen suscitando, como las que se refieren a la transparencia, objetividad y motivación suficiente de su contratación —en línea con las exigencias que se aplican legalmente a la de las Administraciones públicas—, o a la necesidad de justificar el valor añadido del recurso a las encomiendas de gestión en su favor¹⁰³. La Comisión acordó incluso —en términos un tanto ambiguos, que indican en todo caso una insatisfacción relevante sobre el estado de la cuestión y que son repetición literal de recomendaciones del Informe—, que «las Cortes de Castilla y León, en desarrollo de la iniciativa legislativa del artículo 87.2 de la Constitución (...), deberían adoptar las iniciativas que consideren más adecuadas para que por las Cortes Generales se revise y en su caso se modifique la legislación básica estatal que somete la actividad de las fundaciones a las normas de Derecho público (subvenciones, contratación del sector público, selección del personal, estabilidad presupuestaria, etc.), de forma que sustituyan la pluralidad de definiciones de estas normas por un único concepto de fundación pública basado en criterios de participación en la dotación fundacional, financiación mayoritaria¹⁰⁴ y dominio o control efectivo del patronato¹⁰⁵. De esta forma —señalaba la Comisión— se conse-

¹⁰³ Se refiere la Comisión en particular a las de la Gerencia de Servicios Sociales a favor de la *Fundación de Acción Social y Tutela de Castilla y León*.

¹⁰⁴ Como se indica más abajo, la simple financiación mayoritaria no puede ser determinante de la naturaleza pública o privada de una entidad. Las normas comunitarias que usan este criterio para la delimitación de los Organismos de Derecho público no lo admiten como criterio único en ningún caso. Por lo que se refiere a las empresas públicas, quienes, en cuanto actúen en el mercado, obviamente habrán de financiarse mayoritariamente con las contraprestaciones obtenidas de su actividad en el mercado, el principio comunitario de paridad de trato entre empresas públicas y privadas haría inadmisibles una financiación mayoritaria pública de su actividad.

¹⁰⁵ Hay que recordar que en cuanto a las del sector público estatal, el artículo 44 de la Ley estatal 50/2002 usa el criterio patrimonial pero no el relativo al control (que se usa sin embargo por el Derecho de la Unión Europea a efectos de delimitar los que llama Organismos de Derecho Público a efectos de las directivas sobre contratación pública o en los sectores especiales, transpuestas en la Ley de contratos del sector público a los efectos de los llamados contratos *sujetos a regulación armonizada*). La letra f) del artículo 3.1 Texto Refundido de la Ley de contratos del sector público repite, no obstante, palabra por palabra la formulación del artículo 44 de la Ley estatal de Fundaciones, a los efectos de determinar las fundaciones integrantes del sector público, aunque generalizando para abarcar la integridad del sector público y no solo el estatal, lo mismo, por cierto, que había hecho la disposición adicional decimosexta de la Ley 38/2003, general de subvenciones, cuya remisión al Derecho privado de la actividad subvencional de estas fundaciones ya criticamos en su día (*vid.* «Su-

guiría una mayor seguridad jurídica a efectos de determinar cuándo una fundación forma parte del sector público fundacional y una mayor convergencia con el Derecho mercantil y comunitario»¹⁰⁶.

Percibimos, como decíamos, insatisfacción y a la vez cierta perplejidad. La referencia a una convergencia del Derecho mercantil y comunitario a estos efectos —efectuada así también por el Informe del Consejo de Cuentas— no se entiende bien cuando ni uno ni otro tienen hoy por hoy concepto alguno de lo que sea una fundación y menos de lo que sea una fundación en mano pública, ni contengan normas sobre ellas, aunque probablemente se está pensando quizás en la pertinencia de un ajuste a las exigencias comunitarias relativas a los que las directivas de contratación pública denominan «Organismos de Derecho público», que es, sin embargo, sólo un aspecto de toda esta problemática. Y no está claro qué tipo de revisión se está reclamando en cuanto a las normas de Derecho público aplicables a las fundaciones en mano pública. En realidad lo que sería necesario sería excluir pura y simplemente de la organización y la actuación pública o de las Administraciones públicas la figura de la fundación privada o propia del Derecho privado y no intentar paliar la congénita falta de idoneidad de una fundación privada para actuar como una organización en mano pública con cualquier tipo de sumisión a reglas propias de los entes públicos. Otra cosa será lo que pueda estimarse apropiado en cuanto a aquellas fundaciones propiamente privadas que quieran dar entrada parcial en sus patronatos a autoridades públicas, siempre que no sea de un modo tan determinante que las convierta en instrumento de una o varias Administraciones públicas, en cuyo caso deberían pasar a encajarse en una forma de organización jurídico-pública. No deja de tener su sentido, a este respecto, ciertamente, determinar bien, como ha pedido esa Comisión, siguiendo al Consejo de Cuentas, qué deba

jetos y órganos competentes para establecer y otorgar subvenciones», capítulo tercero de G. FERNÁNDEZ FARRERES (dir.), *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2005, pp. 131-154). Y no hay una definición de las fundaciones del sector público en otra normativa estatal básica. No hay pues una diversidad de definiciones de estas fundaciones en la legislación estatal básica. Con independencia de la posibilidad de mejorar o completar esa definición —si es que no fuese mejor solución suprimir pura y simple la posibilidad de tales fundaciones—, lo que sí es cierto es que hay criterios diversos en cuanto a la aplicación de unas u otras normas de Derecho público a esas personas jurídicas fraudulentamente privadas. Lo afirmado por el Acuerdo de que se trata se basa en algunas afirmaciones equívocas contenidas al respecto en el Informe de Fiscalización que provocó dicho Acuerdo, y en realidad lo recomendado asume lo aconsejado por ese mismo Informe.

¹⁰⁶ En ese elemento del «control o dominio efectivo del patronato o financiación mayoritaria de la fundación» insiste también el Acuerdo al recomendar que se valore «la posibilidad de revisar, y en su caso modificar el concepto de fundación pública de la Comunidad» para que no se atienda solo a «la participación en la dotación fundacional».

entenderse por fundación *pública* o más bien *en mano pública* —que es lo que no debería poder tener una configuración jurídico-privada— y en qué medida puedan tener una participación minoritaria en los patronatos de fundaciones propiamente privadas representantes de las entidades públicas.

Se efectuaron también por la Comisión otras recomendaciones, asimismo hechas por el Informe del Consejo de Cuentas, en orden a introducir varias modificaciones en la Ley autonómica de Fundaciones¹⁰⁷, que podrían ser estimables si se siguiera manteniendo esta figura de las fundaciones privadas autonómicas, cuyo mejor destino sería su supresión en cuanto tales.

2. El Informe del Consejo de Cuentas es extenso y profundo, constituyendo un documento de considerable importancia para conocer lo que está pasando con las fundaciones del sector público en Castilla y León.

A) *La cuestión de la delimitación de las Fundaciones en mano pública*

Carece de fundamento, sin embargo, contribuye a la confusión en lugar de a la clarificación, que haya incluido en esa noción fundaciones fundadas y dotadas inicialmente por sujetos privados y con patronatos no dependientes de un control efectivo por parte de entidades públicas, sólo porque realicen sus actividades con financiación mayoritariamente pública¹⁰⁸. Con independencia de la función que corresponde legalmente a los órganos de control de las cuentas públicas en orden a la fiscalización del uso que se haya de cualesquiera ayudas públicas por parte de sus beneficiarios y del control que sobre ello ejerzan las Administraciones que las otorgan, el hecho de recibir una financiación mayoritariamente pública para su actividad, no puede convertir, a ningún efecto, a una entidad privada en entidad pública o del sector público, pues ello constituiría una imposición directa y gravemente contraria al respecto de la libertad privada que garantiza la Constitución¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Para «regular el órgano competente para formular las cuentas anuales y el plazo para ello», que «el protectorado autonómico, mediante un procedimiento administrativo y en el marco de la legislación básica estatal, pueda promover la extinción y la liquidación de las fundaciones que no desarrollan su actividad durante un período continuado de tiempo o cuya dotación o patrimonio fundacional no sea adecuado o suficiente para cumplir los fines fundacionales», y «exigir, de la misma manera que la normativa estatal, la realización de un plan de actuaciones en el que queden reflejados los objetivos y las actividades que se prevean desarrollar durante el ejercicio siguiente», que «deberían estar basados en indicadores medibles y cuantificables que permitan posteriormente valorar el cumplimiento de los fines fundacionales en la memoria de actividades que acompaña a las cuentas anuales».

¹⁰⁸ *Vid.* p. 28.

¹⁰⁹ En las *Conclusiones* el Informe destaca la falta de una diferenciación entre fundaciones públicas y privadas en el Registro de Fundaciones de Castilla y León, con la consiguiente

El Informe analiza 114 fundaciones que considera públicas, sea por la naturaleza del fundador y la procedencia de la dotación inicial, sea por la dependencia de su patronato respecto de una entidad pública, sea, en fin, por el rechazable criterio de la financiación mayoritaria con subvenciones públicas. Este «sector público fundacional de Castilla y León», se clasifica en Fundaciones de la Comunidad de Castilla y León (el Informe incluye 13), otras Fundaciones autonómicas (18), las Fundaciones de las Universidades públicas (14), las Fundaciones de las Cortes de Castilla y León (en realidad sólo hay una, la *Fundación Villalar*, y no se ve razón para que no se incluya entre las de la Comunidad), las Fundaciones de una entidad local (57), y las Fundaciones autonómico-universitaria-locales (11), es decir bajo esta triple dependencia¹¹⁰.

En la relación de las que considera Fundaciones de la Comunidad no se incluye algunas que han sido reconocidas como tales¹¹¹, e incluye en cambio otras que no aparecen, en concreto, en la relación que recogimos más arriba¹¹². Es además sorprendente que se afirme que la *Fundación Autónoma para la Formación en el Empleo en Castilla y León*, aunque estaba constituida con un 84,95% de capital aportado por la Comunidad Autónoma y financiada al 100% por ella, no estaba controlada por la Comunidad Autónoma, lo que revela la limitada manera de entender cuando hay control efectivo —«influencia dominante», en la expresión del Derecho de la UE en cuanto a las empresas públicas— y cuando no lo hay, ya que, el hecho de que, como en su momento se ha explicado, en esta Fundación los representantes de la Comunidad compartían el patronato con los que representan a los sindicatos de UGT y CCOO y a la patronal CECALE, no quiere decir que realmente no fuesen aquellos quienes tenían mayor capacidad práctica para orientar la dirección de la Fundación, dados los condicionamientos que median entre la Administración autonómica y esos llamados interlocutores del «diálogo social», por más que, a la vez, ello comporte un importante grado de condicio-

conceptuación única —dice— de lo que sean las fundaciones públicas y la ausencia de una clara diferenciación de su régimen respecto de las privadas (p. 136).

¹¹⁰ Vid. pp. 30 y ss. y los anexos a que remiten.

¹¹¹ La *Agregación de Fundaciones Asistenciales de la Provincia de Palencia*, la *Fundación Social de Segovia*, la *Fundación Provincial de Servicios Sociales de Burgos*, la *Fundación del Instituto de Estudios de Ciencias de la Salud de Castilla y León*, la *Fundación del Hospital Clínico Veterinario de Castilla y León* ni la *del Centro de Supercomputación de Castilla y León*.

¹¹² La *Fundación de Investigación Sanitaria en León*, la *Fundación ADE Europa* —que ya nos consta se extinguió al refundirse en la Agencia de Innovación y Financiación Empresarial de Castilla y León (Vid. *Anuario 2012*, pp. 417-418) y la *Fundación del Servicio Regional de Relaciones Laborales*.

namiento del poder y de la legítima discrecionalidad de la Junta de Castilla y León por esas partes, lo que no deja de plantear serias cuestiones.

Entre las que este Informe considera Fundaciones autonómicas que no dependen propiamente de la Comunidad —ni tampoco de una Universidad ni de una entidad local determinada— aparecen tres, que, en realidad, deberían haber sido incluidas entre las Fundaciones de la Comunidad, pues es esta quien ejerce sobre ellas, sin duda, la influencia dominante, por lo que, con razón, ya se ha visto que la propia Administración autonómica las considera como tales¹¹³.

Deberían considerarse igualmente Fundaciones de la Comunidad Autónoma, aunque el Consejo de Cuentas no lo compute así, por aplicación literal del criterio legal determinante de lo que son fundaciones del sector público (dotación inicial), algunas de origen propiamente privado pero encomendadas a patronatos que comportan su dirección —y no solo su control— por la Comunidad Autónoma¹¹⁴.

Luego está la *Fundación Instituto Castellano y Leonés de la Lengua*, inequívocamente pública, aunque ciertamente su dependencia es múltiple, porque tanto su dotación inicial (un 93,10%) como su control (un 87,07%) se re-

¹¹³ La *Fundación Centro de Supercomputación de Castilla y León* —dotada al 50% por la Comunidad Autónoma y por la Universidad de León, pero que, en un 55%, su patronato es controlado por la Comunidad y sólo en un 45% por la Universidad, y recibe el 87,01% de su financiación de la Comunidad Autónoma; la *Fundación Hospital Clínico Veterinario de Castilla y León*, también dotada inicialmente por mitades por la Comunidad y la misma Universidad de León, pero controlada por la Comunidad en el 57% de su patronato, y la financia la Comunidad en un 46,36%, poniendo la Universidad un 23,65% y la *Fundación Instituto de Ciencias de la Salud de Castilla y León*, dotada inicialmente al 53,19% por el Ayuntamiento de Soria y en un 46,81% por la Comunidad, pero controlada al 86,67% por la Comunidad y solo en un 13,33% por el Ayuntamiento, financiada como está en un 52,27% por la Comunidad y hasta un 30,20% más por el Estado, sin que conste lo que pone el Ayuntamiento.

¹¹⁴ Tal sería el caso de varias que aparecen en el grupo de la Fundaciones autonómicas no dependientes de la Comunidad, ni de ninguna otra específica entidad pública del ámbito de la Comunidad, que aparecen, sin embargo, «controladas» en porcentajes superiores al 50% e incluso al 100% por la Comunidad Autónoma; la *Agregación de Fundaciones de Beneficencia Particular de la Provincia de Ávila*, aunque no presentase sus cuentas en 2010 (por lo dicho en el mismo Informe, carecería de actividad), la *Agregación de Fundaciones Asistenciales de la Provincia de Palencia*, la *Fundación Social de Segovia* y la *Fundación Provincial de Servicios Sociales de Burgos* (ambas incluidas por la Administración autonómica en el listado de sus Fundaciones), la *Agregación de Fundaciones Benéfico-Particulares Espíritu Santo*, la *Agregación de Fundaciones Benéficas Particulares de la Provincia de Valladolid* (el Informe dice en otro lugar que no ha tenido actividad), la *Fundación Becas Trinidad Arroyo Villaverde*, la *Fundación Hospital Santa Catalina de Medinaceli*, y la *Fundación Burgos por la Investigación de la Salud*, esta última dependiente del Hospital General Yagüe, de la Comunidad Autónoma, lo que plantea algún interrogante sobre su real origen propiamente privado.

parte entre la Comunidad Autónoma (3,45% y 6,45% respectivamente), las Universidades (10,34 y 12,90% respectivamente), los Ayuntamientos (48,28% y 38,70%) y las Diputaciones (31,03 y 29,03%), siendo también financiada en un 82,07% con fondos públicos (el 52,27% por la Comunidad Autónoma). Es probablemente este último dato el que ha llevado al Consejo de Cuentas a incluirla en este grupo y no en el de las Fundaciones autonómico-universitario-locales, ninguna de las cuales presenta un porcentaje superior al 50% de financiación por la Comunidad. El propio Informe es consciente de algunas incoherencias a que, a su juicio, particularmente en el orden presupuestario, conducen algunas de estas diferencias de criterio en cuanto a la calificación de las fundaciones, apreciables entre lo expresado por el Consejo de Cuentas y la praxis autonómica¹¹⁵.

Las demás fundaciones que figuran en este grupo de las Fundaciones públicas autonómicas, no dependientes de entidades públicas, directa ni indirectamente, son en realidad verdaderamente privadas porque han sido fundadas y dotadas por sujetos privados y no están bajo control directivo público, aunque puedan tener un importante porcentaje de financiación pública de su actividad, llegando alguna como la *Fundación Tierra Ibérica* al 99,93%. Pero ya hemos dicho que, a nuestro juicio, este solo dato no debería permitir calificar a una fundación como pública o del sector público. Y el Informe llega a calificar incluso en algún momento, erróneamente o con falta de rigor, a todas estas fundaciones —a las propiamente en mano pública y a estas enteramente privadas— nada menos que como entes públicos (p. 45).

En cuanto a las fundaciones universitarias y locales cabría hacer diversas glosas, pero no hay espacio ahora para ellas.

¹¹⁵ Vid. p. 44. Echa en falta una diferenciación entre fundaciones públicas y privadas en el Registro de Fundaciones de Castilla y León, con la consiguiente conceptualización única de lo que sean las Fundaciones públicas y una clara diferenciación de su régimen respecto de las privadas (p. 136); y por lo que se refiere al Inventario de Entes dependientes de la Comunidad Autónoma, de la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local del Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas, se pone de manifiesto que no contiene información sobre cómo están financiadas, ni tampoco, en la mayor parte de los casos, sobre la composición de su dotación fundacional, señalándose la responsabilidad de la Intervención General de la Administración de la Comunidad Autónoma para recabar y remitir al Ministerio toda esa información, conforme al artículo 5 de la Orden EYH/732/2003 y el 237 de la Ley de Hacienda y del Sector Público de la Comunidad de Castilla y León (pp. 136-137). Lo mismo ocurre con respecto al Inventario de Entes del sector público que lleva la misma Secretaría General citada del Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas, a pesar del artículo 2.1 e) del Reglamento de desarrollo de la Ley de Estabilidad Presupuestaria (p. 137). En los inventarios faltan además un número importante de las fundaciones analizadas (pp. 137-138).

B) *Insuficiencia informativa y de control*

El Informe hace notar la falta de inclusión en los Inventarios oficiales del sector público de un buen número del conjunto de las 114 Fundaciones incluidas en el Informe, aunque la mayor parte —44, de un total de 65— sean locales (pp. 34-35)¹¹⁶. Y hay otros datos como la falta de calificación o clasificación de un 41% de las inventariadas (p. 35) que refuerzan la idea de incertidumbre y falta de claridad en todo este sector.

Denuncia el Informe que no se han incluido en los Presupuestos Generales de la Comunidad en el ejercicio 2010, los presupuestos individualizados de las fundaciones públicas de la Comunidad, incumpléndose el artículo 88.d) de la Ley de Hacienda y del Sector Público de Castilla y León, de 2006 (y el habitual precepto correspondiente de las leyes anuales de Presupuestos), como tampoco se incluyen en la Cuenta General de la Comunidad, incumpléndose el artículo 228 c) de la misma Ley, con lo que, aunque sí que incluya las cuentas anuales individuales de cada fundación, no permite analizar las posibles desviaciones entre previsiones y ejecuciones.

Muestra por otro lado el Informe que sólo algunas de este conjunto de fundaciones se sometieron a auditoria, siempre por decisión libre de su patronato, puesto que no hay norma que la exija en determinados supuestos ni tampoco el Protectorado ha adoptado exigencia específica al respecto. De todos modos de las 13 Fundaciones que el Informe considera de la Comunidad, 10 presentaron sus cuentas auditadas, lo mismo que hicieron 8 de las 16 de las que agrupa como Fundaciones autonómicas no dependientes —a su criterio, ya valorado antes— de una entidad pública específica, mientras que de las Fundaciones universitarias solo se auditaron las cuentas de 6 de las 13 del grupo, de las locales, 7 de 44, y ninguna de las del grupo de las

¹¹⁶ En las *Conclusiones* se destaca en cuanto al Inventario de Entes dependientes de la Comunidad Autónoma, de la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local del Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas, se pone de manifiesto que no contiene información sobre cómo están financiadas, ni tampoco, en la mayor parte de los casos, sobre la composición de su dotación fundacional, señalándose la responsabilidad de la Intervención General de la Administración de la Comunidad Autónoma para recabar y remitir al Ministerio toda esa información, conforme al artículo 5 de la Orden EYH/732/2003 y el 237 de la Ley de Hacienda y del Sector Público de la Comunidad de Castilla y León (pp. 136-137). Lo mismo ocurre con respecto al Inventario de Entes del sector público que lleva la misma Secretaría General citada del Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas, a pesar del artículo 2.1 e) del Reglamento de desarrollo de la Ley de Estabilidad Presupuestaria (p. 137). En los inventarios faltan además un número importante de las fundaciones analizadas (pp. 137-138).

autonómico-universitaria-locales ni la de las Cortes (p. 42). Se observa, por otra parte, en general, ausencia o debilidad de los controles de eficacia (pp. 57 y ss. y 141-142).

C) *Estructura financiera dependiente*

Sobre el conjunto de las fundaciones analizadas por el Informe, se pone de manifiesto la poca importancia de la dotación fundacional (27% de su “patrimonio neto” total), la escasa generación de beneficios de estas entidades (...) (9%), y la fuerte dependencia de las subvenciones, donaciones y legados (64%)» (pp. 61-62), que, ni decir tiene, proceden en gran medida —desde luego para las de la Comunidad Autónoma, pero también en no pocas otras— de los Presupuestos autonómicos. Precisamente en relación con las que el Informe considera Fundaciones de la Comunidad Autónoma esto se acentúa, pues su dotación fundacional representa un 5%, el resto de los fondos propios (resultado de beneficios) un 10%, y subvenciones, donaciones y legados (las primeras en realidad) el 85% (p. 61). Aunque de estas Fundaciones de la Comunidad Autónoma no hay en 2010 ninguna con patrimonio neto menor que 0 (hubo alguna en años anteriores) y solo 1 en la que ese patrimonio es inferior a la mitad de la dotación fundacional, el gran peso de las subvenciones se nota también en que, de las 96 fundaciones computadas en conjunto, hay, en 2010, 10 con patrimonio neto inferior a 0 y 15 lo tienen inferior a la mitad de la dotación inicial (p. 70).

En el estudio hecho sobre los ingresos en 2010, el conjunto de las fundaciones analizadas muestra también que en un 60% proceden de subvenciones. Ese porcentaje es de un 69% en el grupo de las Fundaciones de la Comunidad, salvo las dependientes de las Cortes, cuyas subvenciones representan el 98% de sus ingresos. Destacan, por su más baja dependencia de las subvenciones en sus ingresos, las universitarias, cuyas subvenciones comportan sólo un 32%. Y, comparando los datos al respecto entre 2007 y 2010, se observa que los ingresos por subvenciones se han reducido de un 76 a un 69% en el grupo de las Fundaciones de la Comunidad, se han incrementado del 61 al 65% en las «autonómicas», ha aumentado en las universitarias de un 24 a un 32% (aunque llegaron al 35% en 2009), han pasado del 95 al 98% en la *Villalar*, y del 56 al 58% (pasando por un 66% en 2008 y un 46% en 2009) las locales, y del 87 al 72% las autonómico-universitario-locales. Han tenido pérdidas en 2010 la mitad de las fundaciones analizadas (48) y entre ellas 3 de las reconocidas como dependientes de la Comunidad, más la *Villalar* (p. 78).

D) *Endeudamiento*

Muestra el Informe, por otro lado, un endeudamiento medio global del grupo de fundaciones analizadas, de un 31% sobre el patrimonio neto, correspondiendo el mayor peso a las universitarias (53%) y locales (52%). El de las de la Comunidad se cifra en un 27%, si bien se hace notar que «la *Fundación para las Artes en Castilla y León* acapara casi el 93% de este endeudamiento (con deudas de 21.925.211 € y una ratio de 1,11)», es decir de 111%. Otra, en realidad, fundación de la Comunidad, aunque el Informe la sitúe entre las autonómicas no dependientes de una concreta entidad pública, la *Fundación del Centro de Supercomputación de Castilla y León*, tiene unas deudas de 2.549.126 €, lo que significa un 238% de su patrimonio neto. Atendiendo al volumen, sin embargo, del endeudamiento, las cifras más elevadas, por encima de los 23 millones de euros corresponden al grupo de las Fundaciones de la Comunidad y —solo con 300.000 € menos— al de las universitarias; las «autonómicas» (tan heterogéneas, como vimos) tienen algo más de 13 millones de euros, las locales 12 millones de euros, y no llegan al millón de euros las autonómico-universitario-locales¹¹⁷. Entre los años 2007 y 2010, el endeudamiento de las Fundaciones de la Comunidad ha decrecido (de 34 millones a 23,668 €), se ha casi duplicado el de las «autonómicas» (de 7,43 millones han pasado a 13,15), se ha incrementado el de las universitarias (de 20,37 a 23,36 millones de euros), y han decrecido y aumentado, respectivamente, ligeramente, las locales y las autonómico-universitario-locales. El conjunto se redujo de 76.382.483 € a 72.973.345 €. Y en términos de ratio de deuda y patrimonio neto, se ha pasado de un 53% de endeudamiento en 2007 al 31% de 2010¹¹⁸.

E) *Personal*

En cuánto al personal empleado por las fundaciones analizadas (93, porque no pudieron analizarse las otras tres, que, al parecer, suman, sin embargo, 916 empleados), llama la atención que haya 21 sin empleados, de las que 1 está incluida entre las dependientes de la Comunidad (*Fundación Acción Social y Tutela de Castilla y León*), 6 en el grupo de las «autonómicas» (pero está entre ellas la *Fundación Provincial de Servicios Sociales de Burgos*, la *Agregación de Fundaciones Asistenciales de la Provincia de Palencia* o la *Fundación Social de Segovia* y la *Agregación de Fundaciones Benéfico-particulares Espíritu Santo*), 5 en el de las universitarias y 9 en el de las locales. Comenta el Consejo en su Informe

¹¹⁷ Todos estos datos en la p. 71.

¹¹⁸ Véanse estos datos en la p. 72.

que «la ausencia de medios personales en estas fundaciones pone en duda la necesidad de la existencia de estas fundaciones y cuestiona al mismo tiempo el cumplimiento de sus fines y el desarrollo de sus actividades» (pp. 81-82). Pero, si tienen movimiento económico, querrá decir que se utilizan únicamente como medio de asignación y distribución de medios económicos, algo que, si puede tener alguna razón de ser en el ámbito privado propiamente dicho, no se acierta a vislumbrar cual pueda ser la razón en el ámbito público, salvo cuando se trate de fundaciones hechas por particulares pero para que se administren por un patronato necesariamente vinculado a entidades públicas.

El conjunto de las 72 fundaciones con empleados dieron empleo como media en 2010 a 2.116,65 personas, de las que un 6% fueron directivos, un 56% técnicos y profesionales, un 14% administrativos, y un 24% otros. Las 12 computadas de la Comunidad ocuparon como media a 614,69, repartiéndose entre un 5% de directivos, un 69% de técnicos y profesionales, un 18% de administrativos y 7% otros (p. 83). El número medio de empleados en total pasó de 1.796,91 en 2007 en 65 fundaciones a los 2.116,65 de 2010 de las 72 mencionadas (un incremento del 6%), y en cuanto a las de la Comunidad, se pasó de 449,91 en 2007, con 10 fundaciones, a los 614,69 de las 12 de 2010 (incremento del 9%)¹¹⁹.

El gasto de personal de las 72 fundaciones analizadas en 2010 se elevó a 66,728 millones de euros, pero 25,157 millones de euros corresponden a las 12 Fundaciones de la Comunidad, y 16, 671 millones de euros a las agrupadas como «autonómicas», lo que viene a significar que la mitad o más en realidad del gasto total mencionado corresponde en realidad a Fundaciones de la Comunidad (incluyendo, como se debería, algunas de las que aparecen en el Informe como «autonómicas» no dependientes de aquella) (p. 88). En el período 2007 a 2010, el gasto de personal se incrementó en un 11% en las Fundaciones que el Informe incluye dentro de las dependientes de la Comunidad Autónoma, y un 12% en las «autonómicas». En las demás fundaciones analizadas también ha habido incrementos, pero más reducidos, de

¹¹⁹ El Informe destaca el incremento de plantilla de la *Fundación de Universidades de Castilla y León*, que tuvo una tasa de crecimiento anual del 44% entre 2007 y 2010, la *Fundación para la Enseñanza de las Artes en Castilla y León*, con un incremento anual del 26% (de 54,66 empleados en 2007 a 110,45 en 2010) y la *ADEUROPA*, con una tasa de crecimiento anual del 11%. Las universitarias son el otro grupo que tuvo un incremento tan alto como el de las Fundaciones de la Comunidad (p. 86). Pero también otras fundaciones incluidas entre las que convencionalmente venimos denominando «autonómicas», pero que realmente dependen de la Comunidad como la *Fundación Instituto de Ciencias de la Salud de Castilla y León*, han tenido un crecimiento anual del 64%, pasando de 12 a 52,60 personas (p. 87).

modo que la media es del 10%. El Informe hace notar, aunque con algún defecto de redacción, que parte de ese incremento se debe a un incremento de retribuciones, aunque otra parte lo deba al aumento de fundaciones y de plantillas de algunas de éstas (p. 91). Y aunque ciertamente los componentes medios del personal son diversos, en cuanto a su cualificación y por tanto en cuanto a su nivel retributivo, lo cierto es que, siendo la media del coste del personal en 2012 del conjunto de las 72 fundaciones analizadas 31.256 €, para las Fundaciones de la Comunidad ese coste medio se eleva a 40.927 € (oscilando entre una media de 66.609 € para directivos y 30.143 € los administrativos), estando también las universitarias por encima de la media total, con 33.008 € (71.927 € los directivos y 24.668 los administrativos) (p. 93). El coste medio en su conjunto se ha elevado un 4% entre 2007 y 2010, siendo de destacar el 8% de subida en las que venimos llamando convencionalmente «autonómicas», mientras que en las de la Comunidad y en las universitarias el incremento ha sido del 2%, y de un 4% en las locales (p. 96). Interesante es, por lo demás, tener en cuenta el porcentaje que representan los gastos de personal en el conjunto de los gastos; para las 72 analizadas se sitúa en un 32%. En las Fundaciones de la Comunidad, es un poco más bajo (un 26%), bastante más alto en las «autonómicas» —entre las que hay algunas de considerable importancia que realmente dependen de la Comunidad, como hemos indicado ya varias veces— donde el porcentaje se sitúa en un 51%, y también superan la media total las universitarias (un 30%) y las autonómico-universitario-locales (un 47%) (p. 98). Y otro dato relevante: el porcentaje de los gastos de personal respecto a los ingresos por subvenciones, que en total es de un 49%, quedando de nuevo por debajo las Fundaciones de la Comunidad (un 36%), y bastante por encima las «autonómicas» (56%), y sobre todo las universitarias (80%) —lo que quizás se explica porque no pocas de sus subvenciones son precisamente para personal investigador y se computa como gastos de personal—, las autonómico-universitario-locales (un 67%) y las locales (un 62%) (p. 99).

F) *Contratación*

El examen efectuado por el Consejo de Cuentas sobre la contratación de estas Fundaciones, que, a su criterio, por formar parte del sector público, se someten con uno u otro alcance a la Ley de contratos del sector público, aunque no como contratos de Administraciones públicas (eventualmente sí, sin embargo, como contratos de regulación armonizada) —y tiene razón al hacerlo así el Consejo salvo en cuanto a las fundaciones que ya hemos expuesto no deberían haber sido consideradas en mano pública que se han incluido en el grupo de las «autonómicas» sin dependencia específica de una

entidad pública—, ha sido efectuado por muestreo, seleccionando cinco fundaciones de las 18 cuyas cuentas anuales de 2010 se integraron en la Cuenta General de la Comunidad Autónoma, en atención a lo que se ha estimado su representatividad desde el punto de vista financiero.

Pero previamente el Informe constata que, en cuanto a si tienen establecido un perfil de contratante (art. 42 de la Ley de contratos) y aprobadas unas instrucciones de contratación conforme al artículo 175 b) de la misma Ley de contratos, y cumplen la obligación de comunicar al Consejo de Cuentas la relación de contratos formalizados (art. 29.1 de la Ley), conforme al procedimiento dispuesto por Acuerdo 36/2009 del Pleno del Consejo de Cuentas, del conjunto de las 96 fundaciones analizadas resulta que un 15% de las 13 Fundaciones de la Comunidad (2 en realidad, además de la dependiente de las Cortes, que no figura entre esas 13) no tienen el perfil de contratante ni aprobadas las instrucciones de contratación, porcentajes que se elevan respectivamente a un 81% de las 16 «autonómicas» (son 13 las incumplidoras, aunque habría que ver si están entre las verdaderamente «públicas»), un 54% de las universitarias (7), un 86% y un 89% en las locales (38 y 39), y un 78% y 89% en las autonómico-universitario-locales (7 y 8) (pp. 102 y ss.). Y en cuanto al deber de comunicar los contratos formalizados al Consejo de Cuentas —que conforme al art. 29 de la Ley de Contratos alcanza a los que excedan de 600.000 €, si son de obras, concesión de obras, gestión de servicios públicos o contratos de colaboración público-privada, de 450.000 €, si son de suministros y de 150.000 € si de servicios o contratos administrativos especiales— el Informe dice que ninguna de las fundaciones sometidas a examen lo cumplió salvo la *Fundación Centro Regional de Calidad y Acreditación Sanitaria de Castilla y León* —hoy ya extinta— y la *Fundación Siglo para las Artes en Castilla y León*¹²⁰.

Las cinco fundaciones seleccionadas para el muestreo de su cumplimiento de la Ley de contratos, fueron la SARCYL o *Fundación Siglo para las Artes en Castilla y León* cuya contratación —toda referida, al parecer, a contratos de servicios— se elevó a 16,335 millones de euros (pp. 106-112), la *Fundación Patrimonio Natural de Castilla y León*, con una contratación de 12,513 millones (pp. 112-118), la *Fundación de Hemoterapia y Hemodonación de Castilla y*

¹²⁰ El incumplimiento afectó a la *Fundación Patrimonio Natural de Castilla y León* (4 contratos por valor de 4,76 millones de euros), a la *General de la Universidad de Valladolid* (1 contrato de 175.712 €), la *Parque Científico de la Universidad de Valladolid* (2, por valor de 5,87 millones de euros), la *Acción Social y Tutela de Castilla y León* (1 de 3,29 millones), la *Parque Científico de la Universidad de Salamanca* (1 de 1,16 millones) y la *Fundación de Hemoterapia y Hemodonación de Castilla y León* (10 por 9,91 millones), aunque parece que esta última si cumplió en cuanto a los contratos de 2011 (pp. 105-106).

León, con una contratación de 11,839 millones de euros (pp. 118-125), la *Fundación de Acción Social y Tutela de Castilla y León*, con una contratación de 3,402 millones de euros (pp. 130-135) y, finalmente una fundación universitaria, no directamente dependiente, por tanto, de la Comunidad, la *Fundación Parque Científico de la Universidad de Salamanca*, con una contratación de 1.351.000 € (pp. 125-130). El Informe va detallando los aspectos en que estas fundaciones cumplieron o incumplieron lo dispuesto en la Ley. No cabe descender aquí a todo ello y además hay sensibles diferencias en ciertos aspectos en unas y otras de las cinco fundaciones analizadas.

G) *Otros aspectos*

Por lo que se refiere a la actividad y tamaño del conjunto de estas fundaciones, la mayor parte se dedican a actividades relacionadas con la educación, cultura y deporte (39%) y los servicios sociales (35%). El resto se distribuye, fundamentalmente, entre actividades relacionadas con economía y trabajo (10%), investigación y tecnología (7%), sanidad (3%), promoción y turismo (3%) y protección mediambiental (2%) (pp. 140-141). Curiosamente, al menos 4 de las fundaciones analizadas, aunque están bajo el Protectorado de la Comunidad, no desarrollan principalmente su actividad en la Comunidad, mientras que hay al menos otras 6 que están bajo el Protectorado del Estado y sí que desarrollan principalmente su actividad en Castilla y León (p. 141). Y de las 96 fundaciones analizadas, un 87% (84) son micro o pequeñas (entre ellas todas las locales y las autonómico-universitario-locales además de la de *Villalar*), 10 son medianas y sólo 2 son grandes fundaciones (ibídem).

El Informe contiene otros detalles en los que no podemos demorarnos más.

IV. Otras Fundaciones del Sector público

Además de cuanto ya se ha dicho sobre las fundaciones de las Universidades o de las entidades locales en páginas anteriores, añadiremos aquí alguna otra referencia más específica en este ámbito de las fundaciones en mano pública no propiamente autonómicas.

1. La inscripción registral de la *Fundación Salamanca Ciudad de Saberes*, del Ayuntamiento salmantino, fue acordada con esa denominación en marzo de 2009 por la entonces Gerencia Regional de Justicia¹²¹, y, aunque viene

¹²¹ Vid. *Anuario 2010*, p. 372.

funcionando desde entonces¹²², fue impugnada en vía contencioso-administrativa¹²³, obteniéndose Sentencia de la Sala de Burgos del TSJ de Castilla y León de 4 de mayo de 2012, por la que, estimándose parcialmente el recurso interpuesto por un concejal del Grupo Socialista del Ayuntamiento de Salamanca, se ha anulado la resolución de la citada Gerencia de 12 de junio de 2009 que había declarado inadmisibile el recurso de reposición interpuesto por dicho concejal, por entender que carecía de legitimación, y se han retrotraído las actuaciones para que por dicha Gerencia se resuelva aquel recurso de reposición. Curioso fallo, tras tres años de litigio, y cuando además ya no existe esa Gerencia, habiendo asumido sus funciones en materia de fundaciones la Secretaría General de la Consejería de la Presidencia¹²⁴.

2. La Sala de Valladolid del mismo TSJ, en Sentencia 1918/2012, de 9 de noviembre, ha estimado parcialmente un recurso de apelación, declarando responsable al Municipio de Valladolid, al que obliga a pagar una indemnización de 24.800 €, «sin perjuicio de su facultad de repetir contra la Fundación del Teatro Calderón» por los daños producidos a una persona en este Teatro, por entender que sin negar la personalidad jurídica propia de la Fundación Teatro Calderón, no se puede desconocer que el Ayuntamiento de Valladolid la ha creado como una forma de gestión del servicio público «actividades o instalaciones culturales» del artículo 25.2.m) de la Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local (...) tal y como prevé los artículos 85 de la misma Ley y 67 y ss. del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, por lo que, en definitiva, la creación de una entidad para la gestión de un determinado servicio no puede en ningún momento servir de causa de exoneración de la responsabilidad patrimonial en que incurra dicha institución, que es la titular

¹²² Vid. una referencia a ella como perceptora de una subvención autonómica en 2011 (*Anuario 2012*, p. 400). Era anterior —y con fines culturales y no relativos a la educación— la también municipal *Fundación Salamanca, Ciudad de Cultura*, comprometida en un convenio de 2010 con la Comunidad Autónoma para la programación de la red de teatros (*Anuario 2011*, p. 349), y con existencia anterior a 2007, puesto que la Sala de Valladolid del TSJ de Castilla y León ya dictó una Sentencia en 2010 sobre la modificación de la composición de su patronato, determinada por un acuerdo municipal de 2007 que modificó los Estatutos anteriores de esta misma Fundación (*Anuario 2011*, p. 348). A finales de 2011 ambas fundaciones se han fusionado (tal y como se indica en la STSJCyL 1443/2012, de 11 de julio, de la Sala de lo social de Valladolid, que da el dato también de creación de la *Fundación Salamanca, Ciudad de Cultura* en 2003), lo que explica las referencias que hacemos en estas mismas páginas, *supra*, apartado II,B),b), «cultura y deporte», a la *Fundación Salamanca, Ciudad de Cultura y de Saberes*.

¹²³ Vid. en *Anuario 2011*, p. 318, la referencia que hacíamos al auto de 16 de noviembre de 2010 de la Sala de Valladolid del TSJ de Castilla y León, declarando la competencia de la Sala de Burgos para conocer de los recursos correspondientes.

¹²⁴ Vid. *Anuario 2012*, pp. 390-392.

del servicio, máxime cuando de los propios Estatutos de la Fundación no se deduce una autonomía patrimonial suficiente para afrontar las reclamaciones que contra la misma puedan efectuarse (art. 15 de los Estatutos). Además en este caso es relevante la circunstancia de que la propiedad del teatro corresponda al Ayuntamiento; siendo el titular del mismo al tiempo de la realización en el año 1992 de las obras de remodelación» que habría sido la causa de la deficiente configuración de la escalera de acceso al «paraíso» a la que la recurrente atribuía la causa de su caída y de los consiguientes daños sufridos¹²⁵.

V. Incidencia fundacional del proceso de las cajas de ahorros

1. Aunque, en el vertiginoso proceso de cambios regulatorios aplicados a las cajas de ahorros para tratar de paliar o resolver el lamentable estado en que han parado su gran mayoría, no han sido sino pasos transitorios a veces ni siquiera consumados, en 2012 la Junta de Castilla y León autorizó a Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, Caja de Ahorros y Monte de Piedad, que ya ejercía su actividad como entidad de crédito de forma indirecta a través del Banco CEISS, su adhesión —participando en un 30% en el grupo resultante— a un SIP (sistema institucional de protección) junto a Unicaja (Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Ronda, Cádiz, Almería, Málaga, Antequera y Jaén), y aprobó la correspondiente adaptación de sus normas propias¹²⁶ —aunque luego esa integración no ha llegado a producirse. Ha aprobado también las adaptaciones estatutarias de otras cajas de la región, Caja Segovia¹²⁷ y Caja Ávila¹²⁸, cuyas actividades crediticias se ejercían ya mediante el Banco Financiero y de Ahorros, S.A. (SIP con Caja Madrid y otras cinco Cajas en 2010, que pasaría a quedarse con los activos tóxicos y ser nacionalizado mediante participación en un 100% por el FROB desde mayo de 2012, cediendo el negocio bancario a Bankia, en el que el FROB pasó a participar también con un 45%), y las de Caja Burgos¹²⁹ y Caja del

¹²⁵ Y se recuerdan SSTs de 4 de junio de 1992 y 23 de febrero de 1995 —entre otras— concernientes a que la potestad organizatoria de la Administración no puede utilizarse para eludir el cumplimiento de sus obligaciones y derechos.

¹²⁶ Acuerdo 7/2012, de 26 de enero, BOCyL del 27.

¹²⁷ Acuerdo 28/2012, de 29 de marzo, BOCyL de 4 de abril.

¹²⁸ Acuerdo 26/2012 de 29 de marzo, BOCyL de 4 de abril. Por Sentencia 1462/2013, de 6 de septiembre, de la Sala de lo contencioso-administrativo de Valladolid, se ha desestimado recurso de la Fundación Asociación Casa de Misericordia de Ávila, contra Acuerdo 68/2009, de la Junta de Castilla y León, que aprobó una modificación anterior de los Estatutos de esta Caja.

¹²⁹ Acuerdo 27/2012, de 29 de marzo, BOCyL de 4 de abril.

Círculo Católico de Obreros de Burgos¹³⁰, cuyas actividades crediticias se ejercían indirectamente a través de Banca Cívica y del Banco Grupo Cajatres, respectivamente. Y por Resoluciones de la Secretaría General de la Consejería de la Presidencia de 30 de noviembre de 2012 (BOCyL de 4 de diciembre), en ejercicio de sus competencias sobre fundaciones, se han nombrado las Comisiones Gestoras de las Fundaciones de Carácter Especial resultantes de la transformación de Caja Ávila y Caja Segovia¹³¹, en virtud de lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, mientras que por Acuerdo 25/2013, de 18 de abril, de la Junta, se ha autorizado asimismo la transformación de Caja Burgos (Caja de Ahorros Municipal) en Fundación de carácter especial, de conformidad con ese mismo Real Decreto-Ley de 2010 (obviamente con sus modificaciones por Reales Decretos—Leyes 20/2011, 2/2012 y 6/2012 y por la Ley 9/2012), y la correspondiente normativa autonómica. Una Resolución de 2 de julio de 2013, de la Secretaría General ya citada, acuerda la inscripción de la *Fundación Caja de Burgos, Fundación de Carácter Especial* en el Registro de Fundaciones de la Comunidad de Castilla y León. No la mencionamos páginas atrás entre las fundaciones nuevas de este par de años, por razones obvias derivadas de su peculiar origen y naturaleza.

2. La Ley de medidas 1/2012, de 28 de febrero, en su disposición final decimoquinta, introdujo, por su parte, varias modificaciones en el Texto Refundido de la Ley de Cajas de Ahorros de Castilla y León (Decreto Legislativo 1/2005), entre las que figura la adición de un segundo párrafo al artículo 87.2, que dispone que la obligación que se impone a las cajas, que operen en Castilla y León sin tener su domicilio social en su territorio, de destinar a obra social en esta Comunidad, como mínimo, la parte de su presupuesto anual de obra social que sea proporcional a la participación que suponga los recursos ajenos captados en Castilla y León respecto a sus recursos ajenos totales, «existirá también en los casos en que dichas cajas de ahorros ejerzan la actividad financiera de forma indirecta, se transformen en fundaciones de carácter especial o hayan cedido sustancialmente su negocio financiero en el marco de un sistema institucional de protección» (SIP), añadiendo aún la sorprendente norma de que responderán también de su cumplimiento «las entidades de crédito a través de las que ejerzan la actividad financiera, sean

¹³⁰ Acuerdo 100/2012, de 29 de noviembre, BOCyL de 5 de diciembre.

¹³¹ Alguna resolución posterior de la misma Secretaría General ha aceptado algunas renunciaciones a formar parte de la Comisión Gestora de la Fundación de Carácter Especial Caja Segovia (así las de 21 de diciembre de 2012, BOCyL del 27, 10 de enero de 2013, BOCyL del 15, y 4 de junio de 2013, BOCyL del 18).

receptoras de dicho negocio o actúen como cabecera del correspondiente grupo de entidades, en cada uno de los casos».

Otra de esas modificaciones en el mencionado Texto Refundido —en su art. 4, apartados 6 y 7— se refiere a la obligación de las cajas de renunciar a su autorización para actuar como entidades de crédito y transformarse en fundaciones especiales si dejan de ostentar el control sobre la entidad de crédito a través de la que indirectamente realicen su actividad financiera, al menos conjuntamente con las otras cajas con que, en su caso, compartan tal control. La redacción de estos apartados fue de nuevo retocada por la Ley de medidas 4/2012, de 16 de julio, disposición final segunda, que ahora particulariza como determinante de aquella obligación de renuncia y de transformación en fundación, el que se deje de ostentar el control o se reduzca la participación por debajo del 25% de los derechos de votos de la entidad de crédito instrumental, aunque —se añade también ahora— sin tenerse en cuenta la participación del FROB en el capital social de la correspondiente entidad.

3. A pesar de que ambas Leyes de medidas prescribieron, la publicación de un nuevo Texto Refundido de la Ley autonómica de Cajas de Ahorros en el plazo de un año, no se ha cumplido tal mandato, seguramente por la situación de incertidumbre generada en cuanto al futuro de la regulación de las cajas a nivel nacional, que ahora, tras la publicación en el BOE de 28 de diciembre de 2013 de la nueva Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias, parece haberse despejado, si es que esta Ley reúne las condiciones para estabilizar de una vez tan accidentado sector.

No es este el lugar para entrar a analizar esta nueva Ley¹³². Bastará con apuntar que se reconduce, de una parte, a las cajas de ahorros —reafirmando su naturaleza fundacional, pero con régimen propio— que sigan siendo o sean verdaderas entidades de crédito, a límites en su actividad crediticia y en su ámbito territorial de operaciones que las hacen retornar en gran medida a lo que fueron históricamente, antes de que en los años setenta se produjera su equiparación práctica a los bancos, aunque se mantenga, aun con retoques menores, el sistema de gobierno que, en buena medida, explica seguramente su estrepitosa crisis; y se regula, en segundo lugar, la nueva fi-

¹³² Hemos conocido un primer análisis de M.^a A. SALVADOR ARMENDÁRIZ, «Las nuevas fundaciones bancarias: un primer apunte sobre sus clases, su naturaleza jurídica y el reparto competencial», Comunicación al *X Colóquio luso-espanhol de professores de Direito Administrativo*, «A Crise actual e o Direito Administrativo: Semelhanças e diferenças entre Portugal sob assistência eterna e Espanha se intervenção», Universidade Nova de Lisboa, 29 de noviembre de 2013, *pro manuscrito*.

gura de la fundación bancaria —distinta de las de carácter especial, a cuya extinción se atiende en la disposición adicional primera— que, según el artículo 32, será *aquella que mantenga una participación en una entidad de crédito que alcance, de forma directa o indirecta, al menos, un 10% del capital o de los derechos de voto de la entidad, o que le permita nombrar o destituir algún miembro de su órgano de administración*. Según la disposición adicional octava, salvo excepción acordada por el Banco de España en el supuesto que en ella se contempla, no podrán llegar a ejercer los derechos políticos que correspondan por su participación en el capital social a *una posición igual o superior al 50% o de control*. Toda «fundación bancaria» debe hacer constar esta denominación, ha de tener *finalidad social y orientará su actividad principal a la atención y desarrollo de la obra social y a la adecuada gestión de su participación en una entidad de crédito*, sometándose a esta Ley —y al correspondiente control propio de la supervisión de las entidades de crédito, aunque en rigor no lo sea—, aunque supletoriamente se declaren también sometidas a la legislación general de fundaciones (art. 33). Las cajas cuyo activo total consolidado —individualmente o como grupo— supere los 10 mil millones de euros o tengan una cuota en el mercado de depósitos de su ámbito territorial de actuación superior al 35% del total de los depósitos *deberán traspasar todo el patrimonio afecto a su actividad financiera a otra entidad de crédito a cambio de acciones de esta última y procederán a su transformación en una fundación bancaria, en caso de cumplir los requisitos previstos en el artículo 32 de esta Ley, o fundación ordinaria en caso contrario, con pérdida, en cualquier de los casos, de la autorización para actuar como entidad de crédito*.

Todas las cajas que no cumplan las condiciones exigidas por la nueva Ley para que puedan actuar como entidades de crédito, dispondrán de seis meses para cumplirlas o para transformarse en fundaciones bancarias o en fundaciones ordinarias (disposición adicional segunda).

La disposición adicional tercera exonera a las fundaciones bancarias de los límites establecidos en el artículo 27 de la Ley 50/2002 de Fundaciones. Y la disposición adicional sexta permite a las fundaciones ordinarias procedentes de cajas, que utilicen en su denominación y en su actividad las denominaciones propias de las cajas de que procedan.



Las fundaciones en *Catalunya*. Nuevas aportaciones sobre su nivel de sujeción al RDL 3/2011 de 14 de noviembre y otras cuestiones de interés

Joaquín Tornos Mas

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Barcelona

María del Mar Martínez Martínez

Profesora de Derecho Administrativo

SUMARIO: I. LAS FUNDACIONES Y LOS CRITERIOS DE SUJECCIÓN A LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA *GENERALITAT DE CATALUNYA*.—II. OTRAS NOVEDADES CON INCIDENCIA EN LAS FUNDACIONES.

I. Las fundaciones y los criterios de sujeción a la normativa de contratación pública de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la *Generalitat de Catalunya*

I. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la *Generalitat de Catalunya* ha emitido un nuevo Informe —7/2013 de 6 de junio—¹ mediante el que matiza su doctrina anterior en relación con los criterios de sujeción de los entes del sector público de la *Generalitat* a la normativa de contratación pública² y, especialmente, sobre la aplicación de esos criterios al caso de las fundaciones que forman parte del sector público.

¹ El Informe, emitido por el Pleno de la Junta, lleva por título: «Criterios para determinar el nivel de sujeción de las entidades del sector público al Texto Refundido de la Ley de contratos del sector público, aprobado por el Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, a efectos de la previsión de la disposición adicional segunda de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral». Este Informe y los demás citados pueden consultarse [on line] en: www20.gencat.cat/portal/site/economia/menuitem.6135b456613b7f9af813ae92b0c0e1a0/?vgnextoid=c24f82ceff43b210VgnVCM2000009b0c1e0aRCRD&vgnextchannel=c24f82ceff43b210VgnVCM2000009b0c1e0aRCRD&vgnextfint=default [Consulta en 4 de noviembre de 2013].

² Nos estamos refiriendo, principalmente, al Informe 4/2004, de 4 de diciembre, sobre el grado de sujeción de las fundaciones privadas a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas cuando su actividad esté financiada mayoritariamente por administraciones públicas; al Informe 2/2009, de 28 mayo, sobre la sujeción a la Ley 30/2007, de 30 de octubre,

La sujeción de las fundaciones a la normativa de contratación pública ha constituido una de las cuestiones más polémicas en la materia. Como es sabido, llegaron a convertirse en un instrumento idóneo para la huida del Derecho administrativo y el legislador nacional se ha mostrado reticente a su incorporación expresa en la normativa de contratos públicos³. Así, no fue hasta el año 2005 cuando se incluyó de manera expresa a este tipo de entidades en el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el TRLCAP⁴ y no es hasta el año 2007 cuando la propia normativa de contratación define lo que se ha de entender por «fundaciones del sector

de Contratos del Sector Público, de las mutualidades de previsión social, de las órdenes religiosas, de las fundaciones privadas y de las Sociedades Mercantiles de capital privado, que forman parte de la red de utilización, pública hospitalaria, de salud mental y socio-sanitaria; y al Informe 3/2009, de 28 de mayo, sobre el ámbito de aplicación subjetivo de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público.

³ Se ha de recordar que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas —TJCE— ha condenado en diversas ocasiones al Estado español por una incorrecta transposición de las Directivas europeas sobre contratación pública. Por lo que ahora nos interesa en la STJCE de fecha 13 de enero de 2005 —Asunto C-84/03, Comisión contra el Reino de España—, se le condenó por excluir a las entidades de Derecho privado —como las fundaciones— del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas (BOE, núm. 148, de 21 de junio de 2000) —en adelante, TRLCAP—.

⁴ La modificación del TRLCAP fue acometida por el Real Decreto-Ley 5/2005 de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública (BOE, núm. 62, de 14 de Marzo de 2005), que dio la siguiente redacción a los preceptos conflictivos:

Las entidades de Derecho público no comprendidas en el ámbito definido en el artículo anterior, las Sociedades Mercantiles a que se refieren los párrafos c) y d) del apartado 1, artículo 166 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones públicas, y otras sociedades mercantiles equivalentes de las demás Administraciones públicas creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil y las fundaciones del sector público, siempre que, además, concorra alguno de los requisitos contenidos en el párrafo b) del apartado 3 del artículo anterior, quedarán sujetas a las prescripciones de esta Ley relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación, para los contratos de obras, de suministro, de consultoría y asistencia y de servicios de cuantía igual o superior, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, a 5.923.000 €, si se trata de contratos de obras, a 236.000 €, si se trata de cualquier otro contrato de los mencionados —art. 2.1 del TRLCAP—.

Las Sociedades Mercantiles y las fundaciones del sector público a que se refiere el apartado 1, artículo 2, para los contratos no comprendidos en él, así como las restantes sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones públicas o de sus organismos autónomos o entidades de Derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios —disposición adicional sexta del TRLCAP—.

público» a dichos efectos⁵. No obstante, a pesar del tiempo ya transcurrido desde la aprobación de la LCSP, la determinación de qué nivel de sujeción a la legislación de contratos públicos corresponde a las fundaciones no deja de plantear problemas; problemas, de indudable trascendencia práctica ya que la compleja redacción del precepto no deja de dar lugar a interpretaciones diversas y contrapuestas que pueden derivar en conflictos jurisdiccionales, condenas de los órganos fiscalizadores de la actuación de los entes implicados e, incluso, incumplimiento de las Directivas europeas sobre contratación pública⁶. Por ello, hemos considerado interesante dedicar de modo especial nuestra crónica 2013 al giro interpretativo de la Junta Consultiva de la *Generalitat* en relación con los criterios de sujeción de las fundaciones catalanas a la normativa de contratos públicos.

El debate se centra principalmente en determinar si las fundaciones son entes del sector público —aun cuando su personalidad jurídica sea privada— y, si lo son, si están dentro del nivel UNO de sujeción a la norma como Administración pública, dentro del nivel DOS como poderes adjudicadores no Administración pública, o bien, en el mínimo nivel.

La Junta Consultiva en su Informe 3/2009 reconoció la singularidad del caso de las fundaciones reproduciendo en parte las conclusiones alcanzadas en su anterior Informe 4/2004⁷. El Informe 3/2009 comienza analizando qué entes fundacionales pueden formar parte del sector público —*ex* artículo 3.1 LCSP— y a continuación cuáles de estos entes podrían ser incluidos en la categoría de «Administración pública» como consecuencia de cumplir los requisitos establecidos en el supuesto contemplado en la letra e) del ar-

⁵ Se ha de recordar que el apartado f), artículo 3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y en idénticos términos su Texto Refundido —(BOE, núms. 261 de 31 de octubre de 2007 y 276 de 16 de noviembre de 2011); en adelante, LCSP y TRLCSP, respectivamente— define a las fundaciones del sector público como aquéllas:

que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50% por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.

⁶ No estamos refiriendo esencialmente a la Directiva 2004/18/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 31 de marzo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (*DO*, núm. L 134, de 30 de abril de 2004); en adelante, Directiva 2004/18.

⁷ Así lo señala en la p. 15 del Informe:

Especial consideración hay que efectuar de las fundaciones respecto de las cuales ya tuvo ocasión de pronunciarse esta Junta Consultiva de contratación en el Informe de 2004 de 10 de diciembre relativo al grado de sujeción de las fundaciones privadas a la ley de contratos de las Administraciones públicas cuando su actividad esté financiada mayoritariamente por las Administraciones públicas.

título 3.2 que se refiere a las «entidades de Derecho público vinculadas a una o diversas administraciones públicas o dependientes de las mismas» que cumplan alguno de los dos criterios siguientes:

a) Que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro.

b) Que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios.

A priori parece que la Junta Consultiva entiende que las fundaciones que tendrían que ser consideradas Administración pública en virtud del precepto *ut supra* transcrito son aquéllas a las que el Informe se refiere como «una primera modalidad de fundaciones», que denomina públicas —las de la Ley 50/1998 de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social—⁸ y a las que califica de «organismos públicos» según la tipología de entes de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado⁹. No obstante, concluye que «sobre la base de lo que se ha expuesto se puede afirmar que las fundaciones tendrán la consideración de Administración pública conforme al artículo 3.2 e) cuando cumplan alguno de los requisitos mencionados en este artículo». Por tanto, con independencia de la tipología de fundación ante la que nos encontremos —no únicamente las contempladas en la Ley 50/1998 antes citada— establece que toda fundación podrá considerarse Administración pública si cumple alguno de los requisitos del artículo 3.2 e)¹⁰.

Según nuestro parecer esta es la cuestión más controvertida del Informe y que ha tenido repercusiones concretas sobre determinadas fundaciones del sector público de la *Generalitat*, por citar un ejemplo, la *Sindicatura de Comptes* en su Informe 33/2012, a propósito de la fiscalización de la Fundación

⁸ BOE, núm. 313, de 31 de Diciembre de 1998; en adelante, Ley 50/1998. Se está refiriendo a las fundaciones públicas sanitarias reguladas en el artículo 111 de dicha Ley y en el Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud (BOE, núm. 21, de 25 de enero de 2000).

⁹ En adelante, LOFAGE.

¹⁰ Esta afirmación parece matizarse más tarde en el mismo Informe, cuando al tratar del concepto de poder adjudicador del artículo 3.3 sitúa a determinadas fundaciones en la letra b) del mismo artículo 3.3 esto es, como poderes adjudicadores no Administración pública, pero la conclusión final del Informe vuelve a reiterar la idea y, por tanto, se considera que todo tipo de fundación, que cumpla los requisitos del artículo 3.2 e), ha de considerarse Administración pública a efectos de contratación pública.

Privada *Hospital de la Santa Creu i Sant Pau*, advierte que esta fundación pese a ser privada¹¹ «de acuerdo con la Jurisprudencia europea interpretativa de las directivas comunitarias en materia de contratación, que las fundaciones podían reunir los requisitos mencionados en el artículo 3.2 e) LCSP y que, por lo tanto, podían ser consideradas poderes adjudicadores Administración pública» y, en virtud de dicho razonamiento, considera que «la FGS es poder adjudicador Administración pública».

Dicho con todo el respeto que nos merece, tanto el centro consultivo como el fiscalizador, no podemos compartir, como ya hemos manifestado en otras ocasiones, tal criterio, ni si quiera en relación con las fundaciones públicas sanitarias, aun menos con las privadas¹². La confusión en este punto seguramente trae causa de la extrapolación de la doctrina contenida en el antiguo Informe 4/2004 —aun en vigor el TRLCAP— al ulterior Informe 3/2009, ya en vigor la LCSP; texto que presenta una correcta transposición de la Directiva 2004/18, en lo que al concepto de «organismo de Derecho público» se refiere. Nos explicamos.

¹¹ Se ha de notar que no se está fiscalizando a una fundación público sanitaria pese a que su actividad esté relacionada con la sanidad, sino a una fundación de naturaleza jurídico privado creada al amparo de las normas civiles y que como se indica en el propio Informe de fiscalización se rige por la Ley 4/2008, de 24 de abril, del libro tercero del Código civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas (DOGC, núm. 5123, de 2 de mayo de 2008). El Informe de la *Sindicatura* puede consultarse [on line] en: http://www.sindicatura.org/reportssearcher/download/33_12_ca.pdf [Consulta en 4 de noviembre de 2013].

¹² ARROYO Díez, A., tras analizar los diversos Informes de la Junta catalana poniéndolos en relación con la Jurisprudencia dictada al respecto y la Doctrina de otros centros consultivos afirma que:

(...) no se llega a comprender cuál es el argumento jurídico que sustenta tal posicionamiento, por cuanto el centro consultivo, partiendo de una premisa no justificada —que las fundaciones son entidades de Derecho público—, concluye su nivel de sujeción a la norma. La Junta Consultiva no se acoge a la teoría del levantamiento del velo, ni a la huida del Derecho administrativo, ni a cualquier otra fundamentación que motive tal afirmación, razón por la cual, se hace imposible conocer el *iter* lógico que le lleva a considerar a las fundaciones como entidades de Derecho público; conclusión, de la que se derivan importantes consecuencias. Además, la Junta Consultiva catalana, en el citado Informe 3/2009, confunde las fundaciones públicas sanitarias, que sí tienen personalidad jurídica pública, con las fundaciones del sector público, que no la tienen, incluyendo a todas en el máximo nivel de sujeción, correspondiente al de las Administraciones públicas.

ARROYO Díez, A. *El ámbito subjetivo en la normativa española de contratación del sector público: las fundaciones y las cámaras de comercio* (tesis doctoral dirigida por Joaquín TORNOS MAS; Departamento de Derecho Público de la Facultad de ESADE, 2013), p. 411, y en general, *in toto*, donde el autor analiza de un modo sistemático y exhaustivo toda la problemática del ámbito subjetivo de la contratación y, en especial, de las fundaciones.

El primer Informe de la Junta Catalana se emite cuando aún estaba en vigor el anterior TRLCAP que, recordemos, fue objeto de diversas condenas por parte del TJCE por la incorrecta transposición, entre otras cuestiones, del concepto de «organismo de Derecho público». Con independencia ahora de las modificaciones operadas sobre el texto primitivo y sin entrar en pormenores, lo que nos interesa hacer notar es que, en realidad, el artículo 1.3 de la vieja Ley 13/1995, de 18 de Mayo, de Contratos de las Administraciones públicas. LCAP¹³ junto con el juego de los artículos 2.1 y de la disposición adicional sexta, pretendieron con peor o mejor acierto transponer las Directivas comunitarias y, en definitiva, el concepto de poder adjudicador —«organismo de Derecho público»—. Ello, se puso de manifiesto en la propia Exposición de motivos de la norma¹⁴ y resulta evidente de la propia redacción del precepto 1.3—considerado de manera aislada— que es una transcripción adulterada del concepto de poder adjudicador, recogido actualmente en el artículo 1.9 de la Directiva 2004/18¹⁵.

A medida que la Jurisprudencia y la Doctrina fue profundizando en el concepto de «organismo de Derecho público» europeo; el concepto de las

¹³ BOE, núm. 119, de 19 de mayo de 1995 —en adelante LCAP—. El artículo 1.3 de la redacción original de la LCAP establecía lo siguiente:

Organismos Autónomos en todo caso y las restantes entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas, siempre que en aquéllas se den los siguientes requisitos:

a) Que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.

b) Que se trate de entidades cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones públicas u otras entidades de Derecho público, o bien, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las Administraciones públicas y otras entidades de Derecho público.

Nos interesa particularmente llamar la atención sobre este precepto —por lo que pondremos de manifiesto más adelante— por cuanto se introduce por primera vez en el ámbito de la contratación pública a las controvertidas «entidades de Derecho público vinculadas o dependientes».

¹⁴ En este sentido, en el Expositivo 1.2 se manifiesta que:

Además, la pertenencia de España a la Comunidad Europea exige la adecuación de nuestra legislación interna al Ordenamiento Jurídico Comunitario, recogido, en materia de contratación administrativa, en diversas Directivas sobre contratos de obras, suministros y servicios, aplicables, precisamente por su carácter de Derecho Comunitario, a todas las Administraciones públicas.

¹⁵ El artículo 1.3 LCAP define a las «entidades de Derecho público vinculadas o dependientes» —figura propia del Derecho administrativo español— con los requisitos característicos de los «organismos de Derecho público europeo» del actual artículo 1.9 de la Directiva 2004/18.

«entidades de Derecho público vinculadas o dependientes» contenido en ese artículo 1.3., fue dilatándose y difuminándose para adaptarse a las exigencias europeas llegando a albergar una casuística de entidades que tradicionalmente le eran ajenas¹⁶. Hasta tal punto que hubo, incluso, quien sostuvo que una interpretación funcional del artículo 1 LCAP, exigía prescindir del requisito: «entidades de Derecho público»¹⁷. Bajo esos parámetros y antes de la reforma operada en el año 2005 en la que se nomina expresamente a las fundaciones en el artículo 2.1, podría llegarse a concluir, en base a una interpretación teleológica de la norma, la sujeción de determinadas entidades a la normativa de contratación en pos del cumplimiento de las Directivas comunitarias, obviando el requisito de que la entidad poseyera personalidad jurídica pública, siempre y cuando cumpliera con uno de los dos otros requisitos adicionales¹⁸.

¹⁶ Fuera de la legislación de contratos públicos resulta casi indiscutible que las controvertidas «entidades de Derecho público vinculadas o dependientes» hacen referencia a la Administración más clásica, institucional, esencialmente referidas por la LOFAGE. Pueden plantearse dudas razonables en relación con determinados entes de naturaleza híbrida como las corporaciones de Derecho público, pero no con instituciones cuya naturaleza privada es inherente a su propia esencia jurídica.

¹⁷ Sobre la necesidad de prescindir del concepto de «entidades de Derecho público vinculadas o dependientes», *vid.* ARROYO DÍEZ, A. *Op. cit.*, p. 87 y ss., con cita de otros autores como BAÑO LEON; MALARET GARCÍA y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ.

¹⁸ La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda en uno de sus últimos Informes emitidos sobre el ámbito subjetivo del TRLCAP, muestra una madurez interpretativa que, además de sustentar nuestro posicionamiento, merece la pena reproducir:

En el contexto del artículo 1.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, el criterio de la vinculación —en conjunción con los otros dos que conforman el concepto comunitario de «organismos de Derecho público»— cumple una finalidad distinta que en el artículo 2.1: mientras que en esta disposición sirve para cerrar el ámbito de aplicación de la ley, incorporando a su disciplina —siquiera sea parcialmente— a las entidades de Derecho privado que reúnan las características propias de los «organismos de Derecho público», en el artículo 1.3 esos mismos elementos son utilizados para integrar la definición de las entidades de Derecho público distintas de los organismos autónomos y de las Administraciones territoriales que deben ser asimiladas a las Administraciones públicas a efectos de aplicación de la norma. La diferente funcionalidad de uno y otro precepto pudiera, eventualmente, plantear problemas de calificación a la hora de aplicar la cláusula de vinculación, por lo que, considerando la repercusión directa que tiene esta cuestión sobre la delimitación del ámbito de aplicación de la ley, parece conveniente establecer las pautas para una correcta interpretación del artículo (...).

Esta aplicación limitativa del artículo 2.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas no puede considerarse viable en nuestro ordenamiento.

En primer término, una interpretación que atienda no solo al elemento gramatical, sino también a los criterios histórico, sistemático y teleológico a que hace referencia

Ahora bien, —y volviendo a las conclusiones alcanzadas por la Junta catalana— con la aprobación de la LCSP, la hermenéutica sobre el precepto ha de reformularse necesariamente sin que puedan trasladarse, sin más, las soluciones extraídas del texto anterior. En primer lugar, se ha de advertir que las conclusiones alcanzadas por la doctrina española, en relación con los requisitos del artículo 1.3 LCAP —nota al pie núm. 11—, no es trasladable en bloque al apartado 3.2 e) TRLCSP, por cuanto, se trata de requisitos diferentes. Los requisitos que exigía la LCAP eran:

- a) Entidad de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculada o dependiente de cualquiera de las Administraciones públicas.
- b) Que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial.
- c) Los clásicos criterios sobre el control.

En el actual TRLCSP estos tres requisitos han sido desvinculados los unos de los otros: las «entidades de Derecho público vinculadas o dependientes» se insertan en el nivel de sujeción UNO —3.2 e)—, y, los otros dos requisitos: «satisfacción de intereses generales sin carácter industrial o mercantil» y «control», ahora son las notas que definen a los poderes adjudicadores no Administración pública —art. 3.3 b)—.

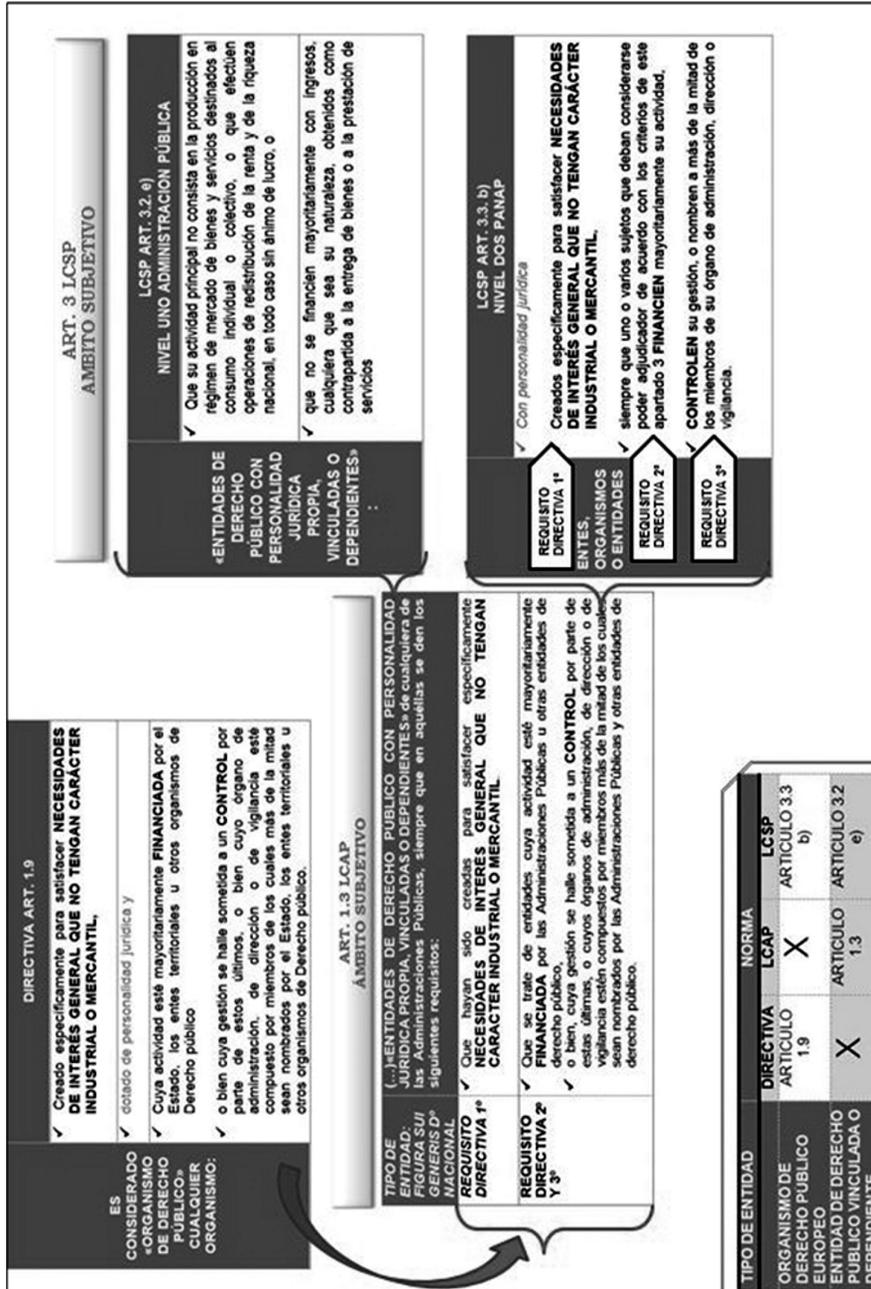
En consecuencia, la interpretación de la cláusula residual del artículo 3.2 TRLCSP, se inserta en el nivel UNO y, por tanto, según nuestro posicionamiento, ha de quedar circunscrita a nuestra propia tradición y exégesis jurídica sin que nada tenga que decir —ni haya dicho— el Derecho comunitario.

el artículo 3 del Código Civil y que, por tanto, tenga en cuenta, como demanda esta disposición, los antecedentes del precepto, su posición estructural en el ordenamiento y su «espíritu y finalidad», debe dar absoluta preponderancia a las directrices que se desprenden de las disposiciones comunitarias de las que trae causa, las cuales, además de constituir su contexto normativo de referencia, podrían incluso llegar a desplegar una eficacia directa en caso de omisión o insuficiencia de la norma nacional de transposición. Por ello, deben descartarse las interpretaciones que produzcan un resultado contrario al perseguido por las normas europeas y, por el contrario, dar primacía a aquéllas que coadyuven a su obtención o realización.

Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda núm. 21/07 de 30 de marzo, «Acuerdo por el que se adoptan criterios interpretativos para la aplicación del artículo 2.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas».

[On line] <http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/D.G.%20PATRIMONIO/Junta%20Consultiva/informes/Informes2007/Informe%2021-07.pdf> (Consulta en 4 de noviembre de 2013).

FIGURA 1.—Ubicación de los requisitos de poder adjudicador en la normativa nacional



Fuente: Elaboración propia.

Nótese, que el legislador español para no acabar desnaturalizando nuestras instituciones suele proceder a delimitar el ámbito subjetivo de las normativas diferenciando dos o más niveles de aplicación. Ello, unas veces lo hace simplemente para cumplir con determinadas exigencias básicas europeas —que de no formar parte de la UE seguramente nuestro Derecho propio no regularía en tal sentido— y, otras, para conservar categorías propias. El artículo 3 TRLCSP, es un buen ejemplo de lo anterior. Mantiene en términos generales nuestra costumbre en materia de contratación —que se identificaría sustancialmente con el nivel UNO de sujeción— y crea tres niveles adicionales —teniendo en cuenta los contratos subvencionados— dados por Europa y que son, en definitiva, los que dan nombre a la Ley; ya no estamos ante contratos de las administraciones públicas, sino del sector público. Así, el apartado segundo del artículo 3 TRLCSP, se presenta como la verdadera *voluntas legislatoris*: contratos administrativos *versus* el resto de niveles de sujeción —contratos privados— que no son más que el resultado de las merecidas imposiciones europeas¹⁹.

Bajo esta perspectiva y una vez que el legislador nacional ha transpuesto de manera correcta el artículo 1.9 de la Directiva 2004/18 —«organismo de Derecho público»— mediante el artículo 3.3 b) LCSP; no tiene razón de ser ni sustento en Derecho que las fundaciones quedaran insertas en el nivel UNO de sujeción a la norma elevándolas a la categoría de Administraciones públicas, más aún, cuando otras entidades como las públicas empresariales —cuya naturaleza pública no se discute— son poderes adjudicadores no Administración pública por expresa voluntad del legislador. Tampoco compartimos, por tanto, que las llamadas fundaciones públicas sanitarias de ámbito autonómico tengan encaje en el primer nivel de sujeción a la norma por cuanto estos entes han sido asimilados a las entidades públicas empresariales cuya sujeción a la norma no se discute²⁰. En consecuencia, consideramos que plantear el encaje de las fundaciones en el apartado 3. 2 e) TRLCSP sería tanto como hacerlas pasar por el lecho de Procusto.

¹⁹ Sucede también en relación con otras obligaciones como, por ejemplo, las relativas al déficit público y a los niveles presupuestarios. Se ha de recordar que los Presupuestos han de incluir, por imperativo europeo, todas aquellas entidades que, a pesar de no estar participadas de manera total o mayoritaria por una Administración pública, hayan sido clasificadas, dentro del «sector Administración pública» de acuerdo con la metodología del SEC. Por tanto, aquellas entidades en las que la Administración *stricto sensu* no posea una «participación mayoritaria» pero estén clasificadas en el Sistema referido, habrán de constar obligatoriamente en los presupuestos como parte integrante del «sector público» —estatal o de la Comunidad Autónoma de que se trate—, por más que bajo los parámetros clásicos del Derecho nacional esas entidades hubieran quedado excluidas.

²⁰ *Vid.* ARROYO DÍEZ, A. *Op. cit.*, p. 433 y ss.

Podemos sintetizar las anteriores reflexiones en tres ideas de base que son las siguientes:

—La doctrina relativa al ámbito subjetivo de la LCAP no es extrapolable sin más al TRLCS.

—Una vez la LCSP transpone definitivamente el concepto de «organismo de Derecho público» mediante la letra b) del 3.3; en la cláusula residual del apartado segundo —letra e)— no pueden incluirse en ningún caso sujetos de naturaleza jurídica privada.

—Las fundaciones públicas sanitarias, llamadas fundaciones de manera impropia, aunque sean entidades con personalidad jurídica pública, tampoco pueden incluirse en la referida cláusula residual por cuanto por norma general son entidades públicas empresariales o asimiladas a ellas por la legislación de las distintas Comunidades Autónomas y el propio legislador nacional las ha excluido del primer nivel de sujeción a la norma *ex* artículo 3.2. y, por tanto, han de quedar sujetas al segundo nivel de sujeción a la norma como poderes adjudicadores no Administración pública²¹.

II. Pues bien, el nuevo informe 7/2013 al que aludíamos se elabora a partir de una petición de la Secretaría de Administración y Función Pública del Departamento de Gobernación y Relaciones institucionales para que la Junta Consultiva clasifique una relación de 234 entidades, todas ellas entidades del sector público de la *Generalitat*, bien como Administración pública, o bien como poder adjudicador no Administración pública. El mismo hecho de esta petición es ya una prueba palpable de la confusión aún existente sobre el ámbito subjetivo del TRLCSP a pesar de los años transcurridos desde la aprobación del citado texto legal.

La Junta Consultiva admite la petición pero limita el contenido de su respuesta. En este sentido, la Junta se limita a establecer —de nuevo— determinados criterios generales interpretativos de la legislación de contratos²². A partir de aquí el nuevo Informe reconoce la conveniencia de introducir matices y concreciones respecto a lo dicho en relación con el grado de sujeción de las fundaciones del sector público al TRLCSP.

Con esta finalidad de concretar su doctrina el Informe 7/2013, comienza por diferenciar dos grandes tipos de fundaciones que pueden for-

²¹ *Ibidem*.

²² La Junta recuerda e insiste en ello en repetidas ocasiones que, «son los servicios que tienen atribuida la función de asesorar jurídicamente a estas entidades del sector público de la *Generalitat* los que han de concretar en cada caso el grado de sujeción que les corresponde».

mar parte del concepto de sector público del TRLCSP. Por un lado, las que encajarían en el tipo específico del artículo 3.1 f) y, por otro, las que podrían ubicarse en la categoría residual del artículo 3.1 h). La categoría «específica»²³ se dice que se corresponde con la definición de fundaciones del sector público de la Ley 50/2002, de 26 diciembre de Fundaciones²⁴. Son, por tanto, fruto del ejercicio del derecho fundacional que regula esta Ley²⁵.

A lo dicho se añade que este tipo de fundaciones, por mandato de la misma Ley 50/2002, no pueden ejercer potestades públicas, y sólo pueden ejercer actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades fundadoras del sector público. La conclusión es que estas fundaciones son entidades de Derecho privado y no organismos de Derecho público ni entes de Derecho público de cualquier otra clase. No obstante, se establece una excepción a esta regla general: «si no es que una ley expresamente así lo establece» poniendo como ejemplo de «fundaciones públicas que asumen competencias administrativas por previsión legal expresa [:] (...) las fundaciones públicas sanitarias reguladas en la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, y en el Real Decreto 29/200, de 14 de enero (...)» afirmando que de acuerdo con dichas disposiciones:

(...) las fundaciones públicas sanitarias se pueden crear para la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria o sociosanitaria, y se regulan, por lo que se refiere a las fundaciones públicas sanitarias que se puedan crear en el ámbito autonómico, por la normativa específica de cada Comunidad Autónoma. Asimismo, este precepto también dispone (se está refiriendo al artículo 111 de la Ley 50/1998) que las fundaciones públicas sanitarias son organismos públicos, adscritos al Instituto Nacional de la Salud, con personalidad jurídica propia y que su régimen de contratación

²³ Recordemos que se está refiriendo a aquellas entidades que se constituyan por una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o que tienen un patrimonio fundacional con carácter permanente formado en más de un 50% por bienes o derechos aportados o cedidos por entidades del sector público.

²⁴ BOE, núm. 310, de 27 de diciembre de 2002; en adelante, Ley 50/2002.

²⁵ La Junta catalana se remite a la Ley de fundaciones estatal ya que tras la Ley 7/2012, por la que se modifica el Libro tercero del Código Civil catalán relativo a las personas jurídicas (DOGC, núm. 6152, de 19 de junio de 2012), se eliminó la definición de «fundación del sector público» contenida en la última versión del Código. Para una profundización sobre la reforma operada, *vid.* nuestra crónica de las comunidades autónomas en este «Anuario de derecho de fundaciones», 2012, pp. 428-459.

se rige por las previsiones contenidas al respecto en la legislación de contratos de las Administraciones públicas. Este tipo de fundaciones públicas son, por lo tanto, entidades de Derecho público, con personalidad jurídica pública, creadas por la Administración como forma jurídica para prestar determinados servicios²⁶.

De una primera lectura, según se sigue de la argumentación del Informe hasta aquí expuesta, parecería que el primer tipo de fundaciones —las «específicas» ex artículo 3.1. f) TRLCSP— son por norma general todas aquellas fundaciones privadas que cumplan los requisitos de ese apartado f), a las que se ha de sumar de manera excepcional aquellas fundaciones que por previsión expresa de la Ley poseen naturaleza jurídica pública y pueden asumir competencias administrativas como es el caso de las fundaciones públicas sanitarias *ad exemplum*²⁷.

Y decimos *a priori*, por cuanto cuando en el Informe se empieza a analizar el «otro tipo» de fundaciones que pueden formar parte del concepto de sector público del TRLCSP —las que podrían ubicarse en la categoría residual del artículo 3.1 h)— se delimitan de la siguiente manera:

Otra tipología de entidades que se pueden encontrar incardinadas en la categoría de fundaciones son las que, si bien reciben esta denominación, no responden a la definición de fundaciones del sector público, no cumplen los requisitos establecidos en la normativa de fundaciones a que se ha hecho referencia y están constituidas como formas jurídicas para prestar determinados servicios y cumplir determinadas finalidades.

En este punto, y al efecto de profundizar sobre estas peculiares entidades a las que está haciendo referencia, el Informe nos remite a su anterior Informe 3/2009 y nos recuerda que estas fundaciones a las que tilda de «públicas» son equiparables a los organismos públicos, pues tienen «personalidad jurídica» propia, están «vinculadas o dependen de la administración» para el desarrollo de su actividad y poseen un claro «carácter instrumental» respecto de la administración, además de estar creadas únicamente para la prestación de servicios con competencia directa²⁸. Volviendo al Informe 3/2009 podemos

²⁶ Nota al pie núm. 6 del Informe 7/2013.

²⁷ Más adelante —p. 7— se vuelve a insistir en el mismo sentido, se diferencia a aquellas fundaciones de la letra f) —privadas— que no pueden ejercer potestades públicas, matizando de nuevo mediante la nota al pie núm. 8 que las fundaciones públicas sanitarias constituirían una excepción a la regla general; de aquellas otras fundaciones que podrían quedar sujetas a la normativa de contratos por cumplir los requisitos de la cláusula residual, letra h).

²⁸ Nota al pie núm. 7 del Informe 7/2013.

comprobar que se está refiriendo de nuevo a las fundaciones públicas sanitarias de la Ley 50/1998, por tanto, aunque de la sistemática y esquema que se sigue del Informe 7/2013 parecería que este segundo grupo de fundaciones de la cláusula residual letra h) tuviera que ser otra clase distinta; no se nos ocurre a qué *sui generis* organismos podría estar refiriéndose si no son las repetidas fundaciones sanitarias.

Por tanto, la interpretación que se nos antoja más coherente es que la Junta considera que las fundaciones privadas creadas al amparo de la Ley de fundaciones del 2002 estarían sujetas al TRLCSP —en su caso— al amparo del artículo 3.1 f) —las que denomina «específicas»— y que, por otra parte, —segundo grupo— las fundaciones públicas sanitarias de la Ley 50/1998 estarían sujetas al TRLCSP por cumplir los requisitos de la categoría residual del artículo 3.1 h). Y ello, insistimos, aunque de una primera lectura pudiera parecer que este último tipo de fundaciones «públicas» podría tener encaje, también, en la letra f).

Establecida la distinción de entes fundacionales a partir de lo dispuesto en el artículo 3.1 letras f) y h), se pasa a determinar cuál debe ser su grado de sujeción respectivo al TRLCSP, esto es, si los tipos fundacionales descritos deben incluirse en el artículo 3.2 como Administración pública o bien en el artículo 3.3 como poder adjudicador no Administración pública.

Sobre este respecto se afirma que las fundaciones que responden al tipo «específico» del artículo 3.1 f), en tanto que no ejercen potestades públicas, y son creadas en base a la legislación privada en materia de fundaciones, no son entes de Derecho público y no pueden incluirse dentro del tipo previsto en el artículo 3.2 e). Sí en cambio responden al concepto genérico de poder adjudicador del artículo 3.3 y, por tanto, concluye que son poder adjudicador no Administración pública.

Las otras fundaciones «que no responden a la tipología anterior, que se constituyan como formas jurídicas para prestar determinados servicios y cumplir determinadas finalidades» y que se incluyen dentro del sector público por aplicación de lo dispuesto en el artículo 3.1 h), podrán tener la consideración de Administración pública, poder adjudicador no Administración pública, o simplemente de ente del sector público, aplicando en cada caso lo dispuesto en el artículo 3, números 2 y 3. Pero sólo podrán considerarse Administración pública si son entes de Derecho público, incardinables como tales en el artículo 3.2 e).

En definitiva, una vez un ente fundacional es calificado como ente del sector público —art. 3.1 letras f) o h)— para determinar si, a los efectos del

TRLCSF, debe calificarse como Administración pública, poder adjudicador no Administración pública o entidad del sector público que no tiene la consideración de poder adjudicador, lo determinante es conocer si este ente fundacional fue creado al amparo del derecho fundacional según lo establecido en la normativa privada en esta materia de fundaciones y, por tanto, no ejerce potestades públicas, limitándose a ejercer las competencias de los entes fundadores, o bien si el ente fundacional se creó al amparo de alguna ley específica que contempla esta forma organizativa como ente específico de Derecho público —caso de la Ley 50/1998—. En el primer caso, estaremos ante fundaciones del sector público no Administración pública que se sujetan al segundo nivel del TRLCSF, como poder adjudicador no Administración pública. En el segundo caso, según la Junta se ha de analizar la concurrencia de los requisitos del apartado segundo y tercero del artículo 3 y si la fundación es equiparable a los organismos públicos, y como ente de Derecho público será Administración pública de acuerdo con el artículo 3.2 e) y se someterá al primer nivel de sujeción del TRLCSF.

Por último, señalar que el Informe también afirma que por el hecho de que un ente fundacional esté sujeto a las reglas del Reglamento europeo 2223/1996, de 25 de junio relativo al Sistema europeo de cuentas nacionales y regionales de la Comunidad²⁹ no por ello debe ser considerado automáticamente Administración pública. El nivel de sujeción al TRLCSF se determina por los criterios antes expuestos, no por la inclusión o no en el SEC95³⁰.

Una vez expuesto en qué consiste esencialmente el giro o matiz interpretativo de la Junta, no podemos dejar de realizar determinadas observaciones, además de las ya apuntadas, y dentro de los límites de la presente reflexión:

—No se plantea qué sucede con las fundaciones privadas que no cumplan los requisitos de la letra f) pero sí cumplan los de la letra residual h).

²⁹ DO, núm. 310, de 30 de noviembre de 1996 —en adelante, SEC95—. Este Reglamento ha sido recientemente modificado por el Reglamento europeo 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea (DO, núm. L 174, de 26 junio de 2013); no obstante, las modificaciones operadas no afectan a la materia que estamos tratando.

³⁰ Criterio con el que estamos de acuerdo y así ya nos habíamos manifestado, por ejemplo, en relación con la *Fundació per a la Universitat Oberta de Catalunya* que pese a estar sujeta las reglas del SEC95 ha de ser considerada a efectos de contratación como poder adjudicador no Administración pública o en relación con la Fundación Privada *Hospital de la Santa Creu i Sant Pau*, separándonos del criterio mantenido por la *Sindicatura de Comptes* en el Informe 33/2012 antes citado.

—No se comprende muy bien por qué las fundaciones públicas sanitarias *ex* artículo 111 de la Ley 50/1998 se ubican en la cláusula residual cuando el propio Informe reconoce que son organismos públicos³¹.

—Si se parte de la base de que las únicas fundaciones del sector público que tienen encaje en la letra h) son las públicas sanitarias, no cabe plantear el ejercicio que se propone para determinar su nivel de sujeción pues por Ley es clara su naturaleza jurídica. En este caso, además, como ya hemos señalado *ut supra*, no podemos compartir el criterio de hacerlas Administración pública por la cláusula residual 3.2 e) por cuanto estos organismos tienen la consideración de entidades públicas empresariales y, por tanto, han de ser tratadas en igualdad de condiciones como poderes adjudicadores no Administración pública. Cuestión distinta sería plantear el nivel de sujeción de las entidades autonómicas asimilables a estas estatales y cuya naturaleza jurídica no quede clara.

Si por el contrario se llegase a entender que en la letra h) tienen encaje otras fundaciones además de las públicas sanitarias —como serían las privadas que no cumplieran los requisitos del art. 3.1 f)—, se ha de hacer una precisión más, y es que como ya hemos señalado en otras ocasiones, junto con otros muchos autores, un ente que cumpla los requisitos de la cláusula residual como mínimo quedará sujeto al nivel DOS de sujeción del TRLCSP como poder adjudicador no Administración pública y, ello, por la identidad existente entre la redacción de la referida cláusula residual letra h) y la de poder adjudicador de la letra b) del artículo 3.3 y, por tanto, una entidad de dichas características nunca podrá ser sector público a secas. Esta cuestión la consideramos especialmente sensible ya que una interpretación distinta podría llevar aparejado el incumplimiento de las Directivas comunitarias y/o una mala transposición de las mismas. En consecuencia, nos separamos claramente del criterio de la Junta en lo que se refiere a que una fundación que cumpliera las características del artículo 3.1. h) podría ser considerada una

³¹ El apartado primero del artículo 3 TRLCSP menciona expresamente a este tipo de entidades en la letra c):

1.º A los efectos de esta Ley, se considera que forman parte del sector público los siguientes entes, organismos y entidades: (...)

c) Los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales, las Universidades Públicas, las Agencias Estatales y cualesquiera entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo, incluyendo aquellas que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad.

«entidad del sector público que no tiene la consideración de poder adjudicador»³².

Pese a la imprecisión del Informe en algunos aspectos, lo cierto es que se reconoce que no todas las fundaciones del sector público son Administración pública, en concreto, que las fundaciones privadas nunca estarán sujetas al nivel UNO. En este sentido, ya se empiezan a notar las consecuencias positivas de este matiz. Ejemplo de ello es el reciente Informe de fiscalización de la *Sindicatura de Comptes* 22/2013, sobre la *Fundació Universitat Autònoma de Barcelona*. En dicho Informe el órgano fiscalizador —a diferencia de lo sostenido con la Fundación Privada *Hospital de la Santa Creu i Sant Pau*— no duda en catalogar a la referida fundación como poder adjudicador no Administración pública pese a estar participada al 100% por la Universidad Autónoma³³.

II. Otras novedades con incidencia en las fundaciones

I. *Orden ECO/166/2012, de 18 de junio, por la que se dictan las normas para elaborar los presupuestos de la Generalitat de Cataluña para el año 2013, modificada por la Orden ECO/27/2013, de 19 de febrero y el Decreto 170/2012, de 27 de diciembre*³⁴.

El artículo 2 de la Orden ECO/166/2012 —cuya redacción no ha sido objeto de modificación—, incluye dentro de los presupuestos de la *Generalitat* de Cataluña para el año 2013 los de «las fundaciones con participación total o mayoritaria de la *Generalitat*», matizando que:

(...) se considera que la participación de la *Generalitat* es mayoritaria cuando se dispone de la mayoría, directa o indirecta, de los derechos de voto en los órganos de gobierno o en el patronato. A este efecto, no computan los derechos de voto de los miembros que designa el mismo órgano de gobierno o patronato.

³² Nota al pie núm. 8 del Informe 7/2013.

³³ *Vid.* pp. 9-10 y 50 y ss., del Informe [on line] http://www.sindicatura.org/reportssearcher/download/22_13_ca.pdf [Consulta en 4 de noviembre de 2013].

³⁴ Decreto 170/2012, de 27 de diciembre, por el que se establecen los criterios de aplicación de la prórroga de los Presupuestos de la *Generalitat* de Cataluña para el 2012 mientras no sean vigentes los del 2013 (*DOG*C, núm. 6283 de 31 de diciembre de 2012). Las otras dos Órdenes se publicaron en el *DOG*C, núm. 6154 de 21 de junio de 2012 y núm. 6321 de 22 de Febrero de 2013, respectivamente.

Por tanto, a los efectos previstos en el artículo 2 de la Orden ECO/166/2012, una fundación deberá someterse a la Ley de Presupuestos de la *Generalitat* de Cataluña para el año 2013 simplemente por concurrir tal circunstancia y sin requerir otros requisitos adicionales. Se ha de notar que aunque la Orden no emplea la terminología de «fundación del sector público» todo indica que así se considera cuando dicha entidad esté participada total o mayoritariamente por la *Generalitat*.

Por otra parte, se ha de tener presente que en aquellos supuestos en los que la fundación no tuviera una participación mayoritaria en los términos indicados quedará igualmente sujeta si hubiera sido clasificada dentro del sector público conforme a la normativa SEC95³⁵

No obstante, pese a haberse dictado la mencionada Orden, lo cierto es que a fecha de hoy todavía no se ha aprobado la Ley de Presupuestos de la *Generalitat* de Cataluña para el año 2013, y por tanto, se ha de considerar prorrogado el del año anterior³⁶. Dicha prórroga se rige por los criterios de aplicación previstos en el Decreto 170/2012, de 27 de diciembre, por el que se establecen los criterios de aplicación de la prórroga de los Presupuestos de la *Generalitat* de Cataluña para el 2012 mientras no sean vigentes los del 2013, antes citado.

En lo que se refiere a este Decreto conviene señalar que el artículo 2 a) establece que los gastos de personal del Capítulo primero se deberán ajustar a las dotaciones presupuestadas a 31 de diciembre de 2012, y que durante la prórroga de los presupuestos serán de aplicación las previsiones sobre limitación del aumento de gastos de personal establecidos en el artículo 35 de la Ley 1/2012, del 22 de febrero, de presupuestos de la *Generalitat* de Cataluña para el 2012³⁷, toda vez que se mantiene la vigencia del Acuerdo del Gobierno de 28 de febrero de 2012 sobre contención de plantillas y limitacio-

³⁵ El artículo 2.3 de la Orden ECO/166/2012 señala literalmente que:

Los presupuestos de la *Generalitat* de Cataluña para el año 2013 deben incluir, en un anexo, los presupuestos de otras entidades que, a pesar de no estar participadas de manera total o mayoritaria por la *Generalitat*, hayan sido clasificadas dentro del sector Administración pública de la *Generalitat* de acuerdo con la metodología del SEC, salvo las universidades públicas presenciales y sus entes dependientes.

³⁶ El artículo 33 del Texto Refundido de la Ley de finanzas públicas de Cataluña, aprobado por el Decreto legislativo 3/2002, de 24 de diciembre (*DOG*C, núm. 3791, de 31 de diciembre de 2002), establece que, si por cualquier motivo el 1 de enero el Presupuesto no está aprobado, se considerará prorrogado automáticamente el del año anterior en sus créditos iniciales hasta la aprobación y la publicación de los nuevos en el Diario Oficial de la *Generalitat* de Cataluña.

³⁷ *DOG*C, núm. 6075, de 27 de febrero de 2012.

nes a los nombramientos y contrataciones de personal temporal en el ejercicio presupuestario 2012³⁸.

Si acudimos a la Ley 1/2012 —a la que se remite el Decreto 170/2012— el artículo 24, que regula el ámbito de aplicación de las normas sobre gastos de personal, establece que las disposiciones incluidas en el Título III de la referida Ley —Gastos de personal— se aplicarán a todo el personal al servicio de: «(...) h) Las fundaciones con participación total o mayoritaria de la *Generalitat*».

Sobre el Acuerdo del Gobierno de 28 de febrero de 2012 de contención de plantillas y limitaciones a los nombramientos y contrataciones de personal temporal en el ejercicio presupuestario 2012 —cuya vigencia se mantiene por el Decreto 170/2012—, se ha de recordar que el artículo 1.º —relativo a su ámbito de aplicación— dispone, también, que le será de aplicación a las fundaciones con participación total o mayoritaria de la *Generalitat*³⁹.

II. *Instrucción relativa a la tramitación de expedientes de endeudamiento y de operaciones de cobertura por parte de las empresas públicas y otras entidades de cualquier forma jurídica admitida en derecho con participación de la Generalitat para el año 2013, durante el período de prórroga presupuestaria*⁴⁰.

La Dirección General de Política Financiera, Seguros y Tesoro dictó el pasado 11 de enero de 2013 la «Instrucción relativa a la tramitación de expedientes de endeudamiento y de operaciones de cobertura por parte de las

³⁸ El Acuerdo puede consultarse [on line] en: http://www20.gencat.cat/docs/governacio/Funcio_Publica/Documents/Normativa/Circulars%20i%20instruccions/arxius/ACORD%2028-2-12%20CONTENCI%3%93%20PLANTILLES%20I%20LIMITACIONS%20NOMENAMENTS%202012.pdf [Consulta en 4 de noviembre de 2013].

³⁹ No obstante, únicamente en lo que se refiere al punto 7 del Acuerdo de Gobierno, que es del siguiente tenor literal:

a) No se tramitarán expedientes de ampliación de plantilla ni reestructuraciones de cualquier naturaleza que comporten incremento global del gasto de personal, salvo que deriven de una financiación externa a la *Generalitat* de Cataluña.

Se entiende por financiación externa a la *Generalitat* de Cataluña, las transferencias específicas y finalistas de otras administraciones, así como los patrocinios, destinados a la financiación de una actividad o inversión específica.

b) Durante el ejercicio 2012, no se procederá a la incorporación de personal nuevo y las contrataciones de personal laboral temporal y, cuando proceda, los nombramientos de personal interino, solamente se podrán formalizar en el ámbito de los sectores prioritarios que determine al efecto la Comisión del Sector Público del Consejo para el Impulso y la Ordenación de la Reforma de la Administración. La formalización de contratos laborales temporales en sectores no considerados prioritarios dará lugar a la exigencia de las responsabilidades que correspondan.

⁴⁰ Disponible [on line]: http://www20.gencat.cat/docs/economia/70_Economia_SP_Endeutament/arxius/Instruccio_endeutament_empreses.pdf [Consulta en: 3 de noviembre de 2013].

empresas públicas y otras entidades de cualquier forma jurídica admitida en Derecho con participación de la *Generalitat* para el año 2013, durante el período de prórroga presupuestaria», que sustituye la anterior del año 2012.

Según el punto primero, la Instrucción se aplica a los organismos autónomos, las entidades de Derecho público no financieras, las empresas, los consorcios, las fundaciones y otras entidades de cualquier forma jurídica admitida en Derecho, que estén participadas mayoritariamente —más del 50%— por la *Generalitat* de Cataluña, ya sea de forma directa o indirecta.

Por tanto las fundaciones que cumplan dicha característica para poder realizar operaciones de endeudamiento a largo plazo deberán solicitarlo formalmente a la Dirección General de Política Financiera, adjuntando un informe favorable respecto del endeudamiento solicitado y su destino⁴¹. Además, se establece que los representantes de la *Generalitat* que participen en los órganos de decisión de las fundaciones deberán obtener, con el ejercicio previo del derecho a voto, las autorizaciones siguientes:

Para operaciones de endeudamiento o de aval por un importe superior al 50% de los fondos patrimoniales o de los recursos propios de la entidad en cuestión o que sobrepasen la participación de la *Generalitat*, hará falta la autorización del Gobierno, mediante el consejero o consejera competente en materia de economía y conocimiento.

⁴¹ En el mismo sentido de la Instrucción, se ha de referir el Decreto-Ley 1/2013, de 22 de enero, de necesidades financieras del sector público en prórroga presupuestaria (*DOG*, núm. 6300, de 24 de enero de 2013), cuyo artículo único establece que:

1.2. En el caso de las entidades del sector público de la *Generalitat*, solo se pueden prever nuevas operaciones de endeudamiento por el importe necesario para cubrir las amortizaciones previstas dentro del ejercicio de 2013, de manera que no se incrementa el saldo vivo del endeudamiento a 31 de diciembre de 2012. Excepcionalmente, y con la autorización previa del Gobierno, las entidades del sector público de la *Generalitat* pueden aumentar esta limitación del saldo vivo hasta al límite autorizado por la Ley de Presupuestos de la *Generalitat* de Cataluña para el 2012. Este límite se puede ampliar, exclusivamente, en los importes necesarios para hacer frente a cuotas que venganzan de operaciones de financiamiento específicos de inversiones en infraestructuras públicas, las cuales hayan sido previstas en planes económicos y financieros que hayan tenido la aprobación del Gobierno. En estos mismos términos, se puede otorgar el aval de la *Generalitat* a estas entidades, en los casos en que así se estableció en la Ley 1/2012, de 22 de febrero, de presupuestos de la *Generalitat* de Cataluña para el año 2012.

1.3. En todo caso, el incremento de la deuda viva de la Generalidad y de las entidades del sector público no puede superar la suma de los límites autorizados por la Ley de Presupuestos de la *Generalitat* de Cataluña para el año 2012, incrementados por los importes que se deriven de los programas de endeudamiento que se aprueben en aplicación de la normativa de estabilidad presupuestaria.

a) Para importes inferiores, será necesaria la autorización del departamento competente en materia de economía y conocimiento.

b) Además, las operaciones de tesorería, las de cobertura de riesgos y las «no previstas» también se deberán solicitar formalmente, con informe favorable del departamento competente⁴².

También se hace referencia a aquellas entidades participadas minoritariamente por la *Generalitat* —punto tercero— y en relación con éstas se establece la obligación de que los representantes de la *Generalitat* en estas entidades deban solicitar una autorización para la formalización de operaciones de endeudamiento —ya sea a corto o largo plazo— a la Dirección General de Política Financiera, Seguros y Tesoro, en un plazo no inferior a treinta días antes de la fecha de la firma de la operación de endeudamiento. Además, en el expediente deberá constar un informe favorable del Departamento al que se adscriba la entidad, un informe justificativo de la necesidad de la operación, junto con un plan de tesorería, los balances, informes y cuentas de resultados del último ejercicio y las ofertas, como mínimo, de tres entidades financieras. Por tanto, aun cuando la participación de la *Generalitat* de Cataluña sea minoritaria la entidad queda intervenida a la hora de realizar la operación.

Otras cuestiones a destacar son las relativas a la negociación y selección de operaciones financieras —punto cuarto— y a los préstamos o anticipos reembolsables —punto quinto—. En cuanto a la capacidad de negociación y selección de operaciones financieras de las entidades —en nuestro caso las fundaciones que cumplan los requisitos de sujeción a la Instrucción—, se dice que se encargará periódicamente la Dirección General de Política Financiera, en colaboración con cada entidad interesada que cursará la correspondiente solicitud. En cuanto a la capacidad de formalizar préstamos o anticipos reembolsables, las entidades que integren el sector público de la *Generalitat* y las universidades públicas podrán formalizar préstamos o anticipos reembolsables asociados a los correspondientes convenios a firmar con otras Administraciones públicas siempre y cuando se obtenga la autorización previa de la Dirección General de Política Financiera. Además, cuando el retorno de los préstamos o anticipos reembolsables se financie, directa o indirectamente con cargo al presupuesto de la *Generalitat*, deberá tramitarse previamente el correspondiente expediente de gasto plurianual para cada uno de los convenios a formalizar, con cargo a las correspondientes partidas presupuestarias para atender los gastos de amortización.

⁴² *Vid.* apartados 2 a 4, del punto primero de la Instrucción.

Por su parte, el punto sexto de esta Instrucción, se refiere a la gestión de las operaciones a corto plazo dentro del sistema de centralización de tesorería —*Cash-pooling*—. Sobre este respecto se prevé que aquellas entidades públicas participadas por la *Generalitat* y sujetas al SEC95 puedan disponer de una póliza corporativa siempre y cuando así lo soliciten a la Subdirección General de Tesorería.

Para finalizar, señalar que en el punto séptimo se relaciona aquella documentación que la entidad —en nuestro caso la fundación— deberá elaborar o solicitar cuando pretenda endeudarse o llevar a cabo operaciones de cobertura, así como un mecanismo de seguimiento e información de las operaciones de endeudamiento.

El panorama socio-jurídico del actual sector fundacional extremeño: Fundaciones y participación juvenil

Vicente Álvarez García

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Extremadura

Enrique Hernández Díez

Presidente del Consejo de la Juventud de Extremadura

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO GENERAL.—II. LOS CONTEXTOS JURÍDICO, POLÍTICO-ADMINISTRATIVO Y SOCIAL DEL ACTUAL MAPA FUNDACIONAL EXTREMEÑO: 1. *El contexto jurídico*. 2. *El contexto político-administrativo: la extensión de la transparencia al sector público fundacional*. 3. *El contexto social*.—III. LAS FUNDACIONES EN EL SENO DEL TERCER SECTOR EXTREMEÑO: 1. *Fundaciones y asociacionismo extremeño*. 2. *Fundaciones y voluntariado en Extremadura*.—IV. LA PARTICIPACIÓN DEL SECTOR FUNDACIONAL EN LA SOCIEDAD CIVIL ORGANIZADA DE EXTREMADURA: 1. *Introducción: la estructura de la sociedad civil organizada en Extremadura*. 2. *La convivencia de modelos participativos*. 3. *Las principales plataformas hacia la participación exterior*. 4. *Los espacios públicos de sociedad civil*: A) El Consejo de la Juventud de Extremadura. B) El Consejo Económico y Social. C) El Consejo Extremeño del Voluntariado. D) El Consejo Asesor de Cooperación para el Desarrollo. E) Otros espacios públicos.—V. LAS FUNDACIONES Y LA JUVENTUD EXTREMEÑA.—VI. CONCLUSIONES.

I. Planteamiento general

Nadie duda del carácter privilegiado de las fundaciones en la organización de la sociedad civil, por su reconocimiento jurídico y las consiguientes ventajas operativas (esencialmente fiscales). El futuro de las fundaciones lo determinarán los actuales jóvenes. Su vínculo hacia las fundaciones en el momento presente condicionará cómo interiorizarán y se configurarán estas estructuras en los próximos años y, previsiblemente, en las próximas décadas.

Evidentemente, el paso del tiempo transforma el carácter de una generación: puede que el pensamiento y la percepción de los jóvenes actuales no sean los mismos que tengan tales sujetos como adultos dentro de 30 años. Sin embargo, también es obvio que la juventud es parte activa del presente, y cuyas vivencias en este preciso período histórico condicionarán sus pers-

pectivas en el futuro. Por ello, el vínculo entre jóvenes y sector fundacional no es una cuestión anecdótica, sino una aproximación al horizonte a corto y a largo plazo. A corto plazo, por la cualidad de presente real y activo de la juventud actual en la sociedad civil organizada. A largo plazo, porque estas mismas generaciones de jóvenes ya activos son los ciudadanos de ahora que más tiempo van a permanecer en las posiciones de decisión de la sociedad en las próximas décadas.

En definitiva, la intención de las siguientes líneas es vincular dos cuestiones jurídicas en un espacio geográfico determinado: Extremadura. La primera cuestión es el derecho de fundación recogido por la Constitución. La segunda cuestión es el principio de participación de la juventud. Junto a las cuestiones jurídicas encontraremos aspectos político-administrativos y sociales que condicionan la realidad analizada.

II. Los contextos jurídico, político-administrativo y social del actual mapa fundacional extremeño

1. El contexto jurídico

A partir del artículo 38 de la Constitución española, nuestro país ha desarrollado el contenido esencial del derecho de fundación en sus diferentes aspectos a través de dos normas fundamentales: por un lado, el Código Civil (arts. 35 a 39, que hacen referencia a las personas jurídicas); y, por otro, la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones. Estas normas, ampliamente tratadas por multitud de autores, han sido suficientes para la regulación jurídica del sector en Extremadura. En efecto, nuestra Comunidad Autónoma, como se ha indicado en anteriores trabajos publicados en este Anuario, ha hecho un uso ciertamente muy escaso de su competencia en materia de fundaciones, limitándose a regular cuestiones de un segundo y tercer orden¹. Más allá del artículo 9.1.45 del Estatuto de Autonomía (aprobado por la Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero), apenas si existen normas autonómicas que traten este objeto.

No obstante, la cuestión de los registros sí fue abordada de manera temprana, como lo atestigua el Decreto de la Junta de Extremadura 2/1987, de 27 de enero, por el que se crea el Registro de Federaciones, Asociaciones, Fundaciones Culturales y Entidades Afines de carácter cultural de ámbito extremeño. Más adelante habrá que tener en cuenta el Decreto del Presiden-

¹ ÁLVAREZ GARCÍA, V. y BRUFAO CURIEL, P., «Derecho de Fundaciones en Extremadura», en *Anuario de Derecho de Fundaciones* 2009, Iustel, 2010, p. 452.

te 13/1995, de 2 de mayo, por el que se asignan a la Consejería de Presidencia y Trabajo funciones y servicios en materia de fundaciones.

La característica esencial, en cualquier caso, del marco jurídico de las fundaciones en Extremadura es la ausencia de regulación en los aspectos principales y la aplicación, por tanto, de la Ley estatal.

Al tratar la cuestión de las fundaciones ligada a la participación, y en especial a la participación juvenil, es imprescindible señalar también que es otra cuestión escasamente regulada. La promoción de la participación juvenil es un mandato a los poderes públicos de la Constitución española, en su artículo 48, y reiterado en el Estatuto de Autonomía de Extremadura por el artículo 7.16. Sin embargo, es evidente que no se ha establecido vínculo expreso entre la participación juvenil y el sector fundacional. La Ley 13/2010, de 24 de noviembre, del Consejo de la Juventud de Extremadura, sí prevé una fórmula específica de participación de la juventud, sin ninguna mención explícita al modelo fundacional, y en la práctica excluyéndolo.

El rasgo jurídico quizá más digno de destacar de las fundaciones, y que conviene recordar para enfocar adecuadamente la cuestión que nos atañe, es la importante incidencia de control público sobre las fundaciones, a través de la conocida figura del Protectorado. En consecuencia, también se puede afirmar que son las figuras jurídicas del Tercer Sector mejor protegidas y con mayores ventajas fiscales, con notable diferencia respecto del asociacionismo y del voluntariado en sentido amplio.

Finalmente, podemos afirmar que la práctica ausencia de regulación autonómica propia en materia de fundaciones no ha conllevado conflictos especiales, dada la profusión y detalle de la normativa estatal. En cualquier caso, sí existen colectivos juveniles socialmente activos, constitutivos de auténtica sociedad civil organizada, que encuentran un marco legal de actuación bajo la acción de las fundaciones extremeñas. Esto se produce, como veremos a continuación, más por la vía de hecho que de derecho.

2. El contexto político-administrativo: la extensión de la transparencia al sector público fundacional

En el año 2013 ha tenido lugar un acontecimiento importante para la administración autonómica: la aprobación de la Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura. Esta norma pretende ser una respuesta del legislador extremeño a la crisis política y al malestar ciudadano de los últimos años.

A nadie se le escapa que la crisis económica iniciada a finales de la década pasada ha arrastrado y acentuado el desencanto de algunos y la irritación de otros ante la dimensión que la misma ha cobrado en los ámbitos institucional, político y social en nuestro país. Al menos una parte del «enfado» o «malestar» social está a la vista de todos: Movimiento 15-M, Democracia Real Ya, las diferentes plataformas contra distintas políticas sociales gubernamentales (recortes en sanidad, educación, etc.) o situaciones de penuria (desahucios, etc.).

Todo ello tiene un efecto sobre la conciencia de los responsables políticos, que se percatan del crecimiento de la brecha entre la ciudadanía y el actual modelo de gestión pública. De aquí surge la búsqueda de soluciones para salvar el sistema de convivencia. Entre las vías de cambio se encuentra el concepto de Gobierno Abierto (*Open Government*, en inglés), con el cual se pretende dar nombre a una serie de iniciativas que fomenten la transparencia y la participación activa de la ciudadanía en la cosa pública.

Precisamente esta nueva Ley extremeña viene a regular un aspecto fundamental del sector público fundacional, y es su sometimiento a las mismas normas de Gobierno Abierto que el resto de la Administración pública autonómica. Así se adelanta en el apartado III de la Exposición de Motivos, pero también se recoge en el propio articulado de la Ley: al regular su ámbito [art. 2.a)] o al imponer las reformas organizativas, estructurales y del régimen de funcionamiento interno que sean necesarias también en el seno de estas fundaciones públicas, de cara a adaptarse plenamente a las previsiones de la Ley (disposición adicional quinta, apartado 2, párrafo 2.º).

En este contexto, las fundaciones públicas extremeñas, en primer lugar, deberán facilitar de oficio y de manera constante información veraz e imparcial (más allá, por tanto, del *marketing* político) sobre su organización, su funcionamiento y su actividad. En segundo lugar, esta norma legal autonómica prevé el derecho de la ciudadanía al acceso a dicha información generada por cualquier fundación pública. En tercer y último lugar, y posiblemente la previsión legal más imprecisa pero al mismo tiempo más relevante de cara al futuro, es la participación de la sociedad civil en la toma de decisiones sobre asuntos que incidan directa o indirectamente, tanto en el diseño de las políticas públicas como en su gestión efectiva.

3. El contexto social

En Extremadura están radicadas las sedes principales de ciento setenta y una fundaciones², dependientes del Protectorado autonómico, sin contar con todas las que desarrollan actividades en nuestro territorio regional (siendo de carácter estatal o dependientes de otros protectorados otras cincuenta). De hecho, algunas de éstas últimas, esto es, de las que dependen de otros Protectorados, son en la práctica las que a menudo desarrollan una actividad más intensa y más visible desde el punto de vista social, con una importancia capital en la participación juvenil en Extremadura.

Los principales rasgos del contexto social del objeto de estudio que abordamos podrían sintetizarse en los términos apuntados a partir de este instante.

La propia nomenclatura juega un papel esencial en las percepciones de prestigio: crear una fundación conlleva un mayor prestigio social que una asociación, aunque un porcentaje muy importante de la población confunde las distintas figuras del Tercer Sector.

Con independencia de la mayor o menor credibilidad que desde un punto de vista social se quiera dar a las fundaciones vinculadas a empresas mercantiles³, por la desconfianza sobre una potencial vinculación de la responsabilidad social corporativa a una estrategia de puro *marketing*, lo cierto es que las fundaciones son figuras jurídicas reconocidas socialmente. Al menos reconocidas como agentes de mayor relevancia que las entidades asociativas.

Resulta muy significativo para este análisis destacar que el porcentaje de población que se reconoce beneficiaria de la acción de las fundaciones es el doble entre jóvenes de 18 a 25 años, frente a la población general (un 13,3% frente a un 7,1%)⁴.

Lo que resulta indiscutible es que la regulación jurídica y la acción de los poderes públicos es mucho más intensa en el sector fundacional que en otros

² Según consta a fecha de 20 de octubre de 2013 en el Directorio de Fundaciones de la Dirección General de Administración Local, Justicia e Interior, del Gobierno de Extremadura (a 20/10/2013), publicado en su portal web: <http://www.gobex.es/ddgg004/view/main/index/standardPage.php?id=69#FUND23>.

³ The Cocktail Analysis, «La Acción Social de empresas y fundaciones en un contexto de crisis», mayo de 2009 (disponible a 20 de octubre de 2013 en <https://s3.amazonaws.com/tca-2012/uploads/2009/05/TCA-Fundacionesv4.pdf>). Analiza la percepción social en torno a las fundaciones vinculadas a empresas con una muestra bastante amplia del territorio estatal, constituyendo Extremadura el 1,8% de la muestra global.

⁴ *Ibid.*

ámbitos del Tercer Sector. El nivel de control es mayor (vía Protectorados), y se corresponde con la atención pública prestada y los beneficios que conlleva la identidad jurídica.

En el caso extremeño, el número de fundaciones promovidas por jóvenes, o en las que encontraremos distintos niveles de participación juvenil, contrasta enormemente con el alcance o la extensión del asociacionismo. Existen en Extremadura más de trescientas asociaciones juveniles que han dado signos de actividad en los dos últimos años⁵, frente a la ausencia de fundaciones íntegramente promovidas por jóvenes en el territorio. La conclusión es evidente: los jóvenes que optan por impulsar formas propias de participación no lo hacen a través de las fundaciones. Esto no significa, ni mucho menos, que no exista un abanico amplio de jóvenes que participen como sociedad civil a través de fundaciones en Extremadura, como comprobaremos más adelante.

Un elemento clave a tener en cuenta es también el «déficit experiencial» de participación entre jóvenes: según datos del Instituto de la Juventud estatal (INJUVE)⁶, solamente un tercio de la población juvenil declara haber tenido experiencias participativas vinculadas a entidades del Tercer Sector. Esto afecta notablemente a los modelos elegidos de entidades de participación, ya que, sin ninguna duda, se puede afirmar que la constitución de fundaciones es notablemente más compleja que la de asociaciones.

El contraste entre figuras de autopromoción (fundaciones o asociaciones) es evidente: el asociacionismo es la figura única promovida directa e íntegramente por jóvenes con carácter especial en Extremadura. Sin embargo, la participación individual de jóvenes desde colectivos especialmente vulnerables en Extremadura se encuentra arropada esencialmente por fundaciones, no existiendo en la mayoría de los casos grandes organizaciones de referencia de carácter asociativo, aunque sí de carácter fundacional. Así ocurre, por ejemplo, con la juventud gitana, con los jóvenes discapaces intelectualmente o con los jóvenes pertenecientes al colectivo LGTB (esto es, de lesbianas, gays, transexuales y bisexuales)...; colectivos todos ellos enormemente dispares entre sí, pero que carecen de asociaciones específicas fuertes, aunque disponen de una fundación activa de referencia en el territorio.

⁵ Entendemos como signos de actividad su presencia en el Registro de Asociaciones Juveniles y Entidades Prestadoras de Servicios a la Juventud, del Instituto de la Juventud de Extremadura, o que hayan concurrido a convocatorias públicas de subvenciones. Información disponible a través del Directorio de Asociaciones Juveniles de la página web oficial del organismo: www.juventudextremadura.gobex.es.

⁶ Cfr. *Informe Juventud en España*, sucesivas ediciones anuales, en especial la de 2012.

El último rasgo social que determina en buena medida la realidad de la participación juvenil a través de la figura fundacional es la propia economía de la población joven. Es evidente que los jóvenes extremeños tienen en su mayoría un poder adquisitivo más bajo que el de la población adulta, si es que tienen algún medio propio de subsistencia⁷. Algo que, además, se ve agravado en la actual situación de crisis económica. La figura de la fundación, a diferencia del modelo asociativo, requiere, como es sabido, una inversión mínima inicial, de la que carece la inmensa mayoría de los jóvenes extremeños.

III. Las fundaciones en el seno del Tercer Sector extremeño

Las fundaciones constituyen uno de los pilares del llamado Tercer Sector, por contraposición al sector público y al sector empresarial. Comparte con el primero la persecución de fines de interés general, y con el segundo la cualidad de la iniciativa privada. Junto a las fundaciones, el Tercer Sector incluye también a las ya mencionadas asociaciones y al voluntariado.

Extremadura es, ciertamente, una Comunidad Autónoma en la que el Tercer Sector juega un papel esencial, siendo algunas de estas entidades las que a veces más empleo pueden llegar a generar en una región como la nuestra, al tiempo que movilizan a casi doscientas mil personas en un territorio con apenas un millón cien mil habitantes⁸.

El primer rasgo controvertido que mantiene en común el Tercer Sector, por propia identidad, es la ausencia de ánimo de lucro. Tal concepto no es cuestión pacífica, y con frecuencia será difícil distinguir figuras de autoempleo del resto del sector.

Recientemente se ha constituido la Plataforma del Tercer Sector de Extremadura, que es, precisamente, una figura asociativa. Aunque lo mismo puede afirmarse de la Plataforma estatal homóloga, resulta paradójica la ausencia de las asociaciones de fundaciones en su constitución y composición. Es cierto que numerosas fundaciones están integradas en dichas plataformas (estatal y extremeña) por vía de otras de carácter finalista, como la Red Europea de Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social (EAPN, en sus siglas

⁷ Cfr. Informe Primer y Segundo Trimestre de 2013 del Observatorio de Emancipación del Consejo de la Juventud de España, sección Extremadura.

⁸ Así lo afirman las principales plataformas extremeñas del Tercer Sector en su documento «Extremadura, Políticas de Cohesión y Fondos Estructurales 2014-2020, La Región que queremos. Propuesta Marco», presentado ante el Gobierno de Extremadura.

en inglés). En cualquier caso, resulta digna de mención la ausencia de la Asociación Extremeña de Fundaciones en la nueva Plataforma.

Otra situación peculiar es el carácter público de la plataforma, que, de hecho, agrupa al asociacionismo juvenil y, por extensión, a la participación juvenil en Extremadura. Se trata del Consejo de la Juventud de Extremadura, creado por Ley con la forma de organismo autónomo de la administración autonómica, en la actualidad adscrito a la Presidencia de la Junta de Extremadura. Este organismo público tampoco participa de derecho en la Plataforma del Tercer Sector de Extremadura, aunque *de facto* sí ha tomado parte en acciones conjuntas y en posicionamientos públicos⁹.

Resulta relevante destacar, en referencia a procesos participativos, que, dentro del propio Tercer Sector extremeño, ni las fundaciones de forma cohesionada ni las entidades juveniles existentes están integradas de manera real y efectiva entre sí en espacios comunes, ni con el resto del Tercer Sector.

No podemos olvidar tampoco que el ejemplo de mayor vínculo evidente entre jóvenes y sector fundacional ni siquiera tiene lugar estrictamente dentro del Tercer Sector, sino del sector público, a través de la Fundación Jóvenes y Deporte, adscrita a la Dirección General de Deportes de la Junta de Extremadura, siendo parte del llamado sector público fundacional.

Por último, podemos mencionar que una parte importante del Tercer Sector extremeño podría situarse con facilidad en el emergente «Cuarto Sector», entendido éste como entidades que tienen en la práctica un interés de lucro orientado a la subsistencia o autoempleo de sus promotores, pero guiadas en sus fines por el interés general de manera prioritaria. Algo así como «las empresas sociales». Son entidades que no encajan con facilidad en las definiciones más estrictas de «ausencia de ánimo de lucro», pero de las que no se puede dudar de su orientación hacia intereses generales, lo cual las distingue claramente del sector empresarial privado convencional. El papel que las fundaciones pueden jugar en este concepto emergente de «Cuarto Sector» está aún por determinar, pese a las estrictas exigencias jurídicas en favor del interés general y la ausencia de ánimo de lucro en la promoción de fundaciones.

1. Fundaciones y asociacionismo extremeño

Mención especial merece el vínculo específico entre las fundaciones extremeñas y las figuras asociativas. Es un hecho evidente que las fundaciones

⁹ Por ejemplo, en la elaboración del documento señalado en la nota anterior.

tienen capacidad para asociarse entre ellas y con otras entidades que no son de carácter fundacional. Así ocurre sin ir más lejos en la Asociación de Fundaciones de Extremadura. Sin embargo, esta asociación integra exclusivamente a cuarenta y siete entidades¹⁰ de las más de ciento setenta bajo el Protectorado de la Junta de Extremadura, aparte de las cincuenta presentes bajo otros Protectorados. Esto significa que algo menos del 15% del sector fundacional radicado en Extremadura se encuentra formalmente asociado entre sí en una entidad de modelo.

Algo parecido a lo anterior se puede predicar del asociacionismo juvenil: de las más de trescientas asociaciones juveniles relativamente activas en el territorio, menos de la mitad se encuentran vinculadas directa o indirectamente (vía consejos locales de juventud o federaciones miembro) al Consejo de la Juventud de Extremadura.

Los espacios asociativos compartidos por entidades juveniles (o con estructuras de participación juvenil) y por fundaciones son bastante escasos en Extremadura. El Consejo de la Juventud de Extremadura (CJEx) sólo cuenta con una fundación formalmente vinculada mediante convenio, y es la Fundación Triángulo-Extremadura. Es cierto, en todo caso, que algunas de las entidades juveniles que integran el CJEx sí comparten plataformas de orientación (como EAPN-Extremadura) con fundaciones. Tal es el caso, por ejemplo, de Cruz Roja Española en Extremadura, y por extensión Cruz Roja Juventud, o la Federación de Scouts de Extremadura; junto a la Fundación Ciudadanía, Fundación Atenea, etc.

2. *Fundaciones y voluntariado en Extremadura*

Uno de los rasgos identitarios del Tercer Sector, como decíamos, es la ausencia de ánimo de lucro. En conexión directa con este rasgo se encuentra el voluntariado: una fórmula de implicación personal genuina en los proyectos de interés general sin ánimo de lucro. En el caso de las fundaciones, que carecen además de la figura del socio, el voluntario podría constituir la clave de bóveda de la implicación humana en las mismas.

Sin embargo, pocas fundaciones se encuentran integradas en espacios específicos de entidades de voluntariado. La Plataforma Extremeña de Voluntariado, compuesta a su vez por las plataformas provinciales de Cáceres y Badajoz, alcanza a integrar a doce fundaciones con actividad en la región.

¹⁰ Según cifras aportadas por la propia Asociación.

Las fundaciones en Extremadura cuentan en algunas ocasiones con jóvenes como voluntarios dentro de sus programas. Existen casos de referencia, como puede ser la Fundación Secretariado Gitano, o la Fundación Igualdad Ciudadana. En estos casos, tienden a combinar el voluntariado de jóvenes con la intervención precisamente hacia el público joven. Sin embargo, ninguna de ellas cuenta por el momento con una estructura definida específica de voluntariado juvenil integrada en otros espacios de participación de jóvenes.

La complejidad de la estructura fundacional, las exigencias de control o la dedicación requerida por la naturaleza de sus fines suelen conducir, en muchos casos, a la actividad exclusiva para su gestión por parte de ciertos recursos humanos. Aquí podemos encontrar la controversia entre legitimidad social por los fines o legitimidad por el respaldo social que implican principalmente los socios para una asociación, y que podrían suponer los voluntarios para una fundación. Esta cuestión no es baladí de cara a la interlocución pública y al acceso a ayudas o mecanismos de auxilio en los fines.

Una legitimidad basada en fines puede hacer respaldar iniciativas muy marginales frente a una legitimidad basada en el respaldo social (membresía o activismo), que puede a su vez marginar a minorías con fines realmente legítimos. El equilibrio en esta dinámica puede construirse a través de un proceso participativo y crítico.

Según datos del INJUVE¹¹, del total de jóvenes que pertenecen a alguna asociación, la inmensa mayoría lo hacen a entidades deportivas (el 15% aproximado del total de la población juvenil, siendo el 22% el que participa en asociaciones). De aquí deducimos que no es estrictamente asociacionismo de voluntariado lo que más se da entre los jóvenes, dado que en las entidades deportivas suelen ser usuarios y participantes de actividades, no voluntarios. Este tipo de participación, que podríamos definir como de carácter pasivo (usuario de un servicio), es al que tiende la Fundación Jóvenes y Deporte, entidad que, como se ha señalado anteriormente, tiene una naturaleza jurídico-pública.

¿En qué queda el voluntariado de las fundaciones? Aquellas que en Extremadura pueden presentar mejor recorrido son las de carácter asistencial y de acción social y cívica. En cualquier caso, no hemos localizado datos recientes sobre el voluntariado en el sector fundacional extremeño. Sería muy recomendable abordar un estudio que analizase el alcance de su existencia, y sus principales desafíos, amenazas, fortalezas, debilidades y oportunidades.

¹¹ *Informe Juventud en España 2012*, p. 44.

IV. La participación del sector fundacional en la sociedad civil organizada de Extremadura

1. *Introducción: la estructura de la sociedad civil organizada en Extremadura*

Es evidente que el sector fundacional juega un papel importante en el desarrollo de cualquier sociedad civil. En el caso de Extremadura este papel se corresponde con la implantación propia del sector fundacional, y su incipiente coordinación estratégica. A continuación exponremos cómo esta participación tiene lugar a través de distintos modelos, y en qué medida afecta o interviene con jóvenes.

Antes de abordar esta cuestión, resulta preciso subrayar que la sociedad civil organizada en Extremadura ha experimentado, en las últimas décadas, un proceso lento de integración desde la base, creándose progresivamente plataformas específicas hacia aspectos más generales. Esto se constata con el hecho de que la última creada sea precisamente la de carácter más generalista: la Plataforma del Tercer Sector de Extremadura. Debe subrayarse que aún no ha entrado a formar parte en ella la Asociación de Fundaciones de Extremadura, pese a que numerosas fundaciones con sede en nuestro territorio sí están integradas mediante otras plataformas, como son la Fundación Secretariado Gitano-Extremadura, la Fundación Ciudadanía, CEPAIM, Atenea, Academia Europea de Yuste...; y todas ellas a través de EAPN-Extremadura.

2. *La convivencia de modelos participativos*

Aparte de la participación exterior, hacia el interior de las organizaciones fundacionales también cabe cuestionarse sobre los rangos y las tendencias de participación interna. Éste es, indudablemente, un aspecto que difiere enormemente entre fundaciones y entidades asociativas, precisamente por la característica patrimonial de las fundaciones. La participación de la ciudadanía en las fundaciones es jurídicamente accesorio, e incluso minoritaria en la práctica. Es obvio que la participación democrática de sus órganos es indispensable, ya que la autoridad política de las mismas reside en los patronatos. Sin embargo, a la hora de establecer el acceso a dichos patronatos, las fundaciones tienden a la introspección, fácilmente entendible desde la óptica de la conservación de fines del patrimonio. La norma general, por lo tanto, es el establecimiento de estructuras de participación retroalimentadas desde el primer patronato o patronato fundacional, que determina las siguientes. Así, podemos observar cómo los Estatutos de la mayoría de fundaciones prevén

fórmulas de designación de los patronos muy poco definidas y con referencia frecuente al derecho de admisión por el patronato fundacional. En los Estatutos que hemos tenido ocasión de consultar no se reflejan con detenimiento mecanismos de elección entre determinados colectivos ni la membresía, como sí ocurre en el sector asociativo común, sino que tales Estatutos refieren exclusivamente las condiciones objetivas de elegibilidad de los patronos.

En las fundaciones, como es sabido, encontramos un modelo de persona jurídica basada en un patrimonio. En efecto, ese patrimonio puede estar orientado hacia un proyecto específico o hacia un colectivo. En este último caso es en el que cabe preguntarse más seriamente sobre la participación de dicho colectivo en la estructura creada a su servicio, y hasta qué punto tiene capacidad de incidir en la labor de la que son destinatarios. Tal es el caso de la Fundación Secretariado Gitano-Extremadura, o de FUNDHEX (Fundación de Hermano para la Igualdad y la Inclusión Social).

Ofrecemos el análisis de uno de los ejemplos citados a través de FUNDHEX. En su estructura se prevé la existencia del Consejo de Hermanos, distinto del patronato y, por tanto, de carácter representativo y de asesoramiento. Dicho Consejo de Hermanos constituye el caso más claro de participación del colectivo que encarna el fin fundacional, ya que lo componen tanto hermanos de personas con Síndrome de Down, como, directamente, personas con Síndrome de Down. Además de este Consejo de Hermanos, cuenta con un Consejo Asesor compuesto de la forma que el patronato estime conveniente. Asimismo, también el propio patronato está conformado necesariamente por una mayoría de hermanos de personas con Síndrome de Down.

Por otra parte, existen fundaciones con estructuras bastante próximas a las del ámbito asociativo, como, por ejemplo, la Fundación Universidad-Sociedad, vinculada a la Universidad de Extremadura (UEX). En ella apreciamos la existencia de «miembros», según el Capítulo IV de sus Estatutos, con una formulación muy similar a la de los socios de una asociación: puede haber «miembros Fundadores, de Número, Adheridos y de Honor». Esta estructura permite dar cabida en el gobierno de la fundación a entidades de muy diversa índole, y de forma notablemente dinámica, pudiendo incorporarse como miembros de Número una cantidad indeterminada de entidades empresariales y administraciones (art. 11 de los Estatutos), así como personas jurídicas en calidad de miembros Adheridos (art. 12 de los Estatutos). Además de la participación de estos agentes sociales en el gobierno de la fundación (once de los miembros de Número compondrán el patronato), está prevista la incorporación de un representante de la comunidad universitaria miembro

del Consejo de Gobierno de la UEx [art. 16.1.c) de los Estatutos]. Esto es, asimismo, el modelo más próximo a la eventual participación de un joven en una fundación pública (si el designado de entre los miembros del Consejo de Gobierno así lo fuera, al ser los estudiantes, generalmente jóvenes, el colectivo mayoritario de la comunidad universitaria). De todas formas, el peso de los estudiantes en el Consejo de Gobierno es anecdótico.

Más allá de estos ejemplos no resulta fácil encontrar fundaciones que contengan estructuras claras de participación social en su seno.

3. Las principales plataformas hacia la participación exterior

Otro aspecto de la vocación participativa es la tendencia a la implicación exterior de la entidad. Ya hemos señalado muchos de los espacios donde puede tener lugar. Sin embargo, el rango de participación de las fundaciones en dichos espacios es bastante limitado. Existen algunas fundaciones con un altísimo nivel de interlocución y de participación con otras entidades. Tal es el caso, por ejemplo, de la Fundación Ciudadanía, la Fundación Triángulo y la Fundación Secretariado Gitano. Otras, por el contrario, no participan en ningún espacio conocido con otras entidades de manera estable, y ni siquiera en la Asociación Extremeña de Fundaciones. La inmensa mayoría tiene un nivel de participación bastante reducido, orientando toda su actividad al cumplimiento exclusivo de unos fines determinados.

Entre toda la participación exterior, es evidente que algunas fundaciones tienen posiciones privilegiadas que deben ser tenidas muy en cuenta, ya que actúan en torno a colectivos que no tienen otras instituciones de referencia, o las tienen de manera débil y limitada. Como caso paradigmático podemos volver a hacer referencia a la Fundación Secretariado Gitano. Los poderes públicos deben prestar una atención muy especial a estas instituciones. Como marco de interlocución y cooperación pública, deberíamos recalcar la importancia del apoyo a las que desarrollan servicios sociales no complementarios (allí donde la acción pública no realiza ninguna actuación).

Las fundaciones son un importantísimo agente social. Generan más de tres mil empleos en Extremadura y su actividad supone aproximadamente el 1% del PIB¹². Se encuentran integradas en espacios estables de actividad participativa, que denominamos genéricamente «plataformas». Podemos distinguir dos tipologías principales de las mismas: plataformas de modelo frente a plataformas de orientación.

¹² Según datos facilitados por la Asociación Extremeña de Fundaciones.

Las de modelo son aquellas plataformas conformadas en base a la identidad jurídica de los sujetos que las integran. Es evidente que el ejemplo obvio es la Asociación Extremeña de Fundaciones. Actualmente está compuesta por veintiocho fundaciones, de las más de ciento setenta que se encuentran inscritas en el Protectorado de la Comunidad Autónoma de Extremadura (por tanto, la componen en torno al 15%).

Hay que tener en cuenta, además, que algunas de las integradas en la Asociación desarrollan actividades en el territorio extremeño aunque no tienen aquí la sede principal (por ejemplo, la Fundación Iberoamericana de las Industrias Culturales y Creativas). Según datos de la Asociación Extremeña de Fundaciones existen en Extremadura doscientas diecinueve fundaciones en activo. Pese a que la mayoría no están integradas en ella, la Asociación es la plataforma indudablemente más representativa del sector fundacional en la región, tanto del ámbito público como del privado.

Junto al referente de plataformas de modelo jurídico, la finalidad de las fundaciones hace que éstas se integren también en espacios que comparten con entidades no fundacionales. Estas plataformas de orientación son, por ejemplo, la Red Europea de Lucha contra la Pobreza en Extremadura (EAPN-Extremadura); o las Plataformas de Voluntariado de ámbito provincial (Cáceres y Badajoz). En estos espacios no encontramos, naturalmente, fundaciones del sector público. Y es posible que el peso de estas últimas marque cierta cautela en la integración de la Asociación Extremeña de Fundaciones en la Plataforma Extremeña del Tercer Sector. De hecho, como ya señalábamos, las únicas fundaciones que participan en la misma lo hacen por su pertenencia a otras plataformas de orientación.

El peso de las fundaciones en EAPN-Extremadura ronda algo más del 40%, ya que siete de sus dieciséis miembros son fundaciones. Muy inferior es la participación de las fundaciones en las plataformas de voluntariado. Hay que recordar que la Plataforma del Voluntariado de Extremadura está compuesta por las dos plataformas provinciales: Cáceres y Badajoz; y es a través de éstas como se integran las entidades de voluntariado. En la provincia de Badajoz encontramos seis fundaciones entre sesenta y una entidades (un 10%), mientras que en Cáceres encontramos seis fundaciones de cuarenta y una entidades. También es importante señalar que la estructura de estas plataformas limita la participación a una única provincia, en el caso de las entidades regionales, debiendo optar en su pertenencia por adherirse a la de Cáceres o a la de Badajoz. Este aspecto viene marcado por la práctica de sus respectivas asambleas, sin que esté expresamente recogido en los estatutos de ninguna de

las dos plataformas. De esta manera, las fundaciones deben optar por integrarse en una u otra si tienen carácter supraprovincial.

4. *Los espacios públicos de sociedad civil*

Es en los espacios públicos de participación de la sociedad civil en los que las fundaciones han encontrado un arraigo más difícil. Posiblemente esto se deba a la novedad de la vitalidad del sector fundacional extremeño, ya que la mayoría de estructuras públicas de sociedad civil que vamos a analizar tienen un recorrido histórico bastante consolidado, previo al nacimiento de muchas de las fundaciones más activas.

A) El Consejo de la Juventud de Extremadura

En primer lugar, y por la perspectiva juvenil que queremos aportar a este documento, es necesario destacar la existencia del Consejo de la Juventud de Extremadura. En sentido estricto, la Ley 13/2010, de 24 de noviembre, del Consejo de la Juventud de Extremadura (en adelante LCJEx), no impide la pertenencia al mismo de fundaciones, sino que remite al desarrollo reglamentario de los Estatutos para regular la adhesión (art. 5.2 LCJEx).

Los Estatutos vigentes desarrollan, en realidad, la antigua Ley del CJEx, esto es, la Ley 1/1985, de 24 de enero. La nueva Ley no ha sido aún convenientemente implementada, al no haberse aprobado todavía los nuevos Estatutos del CJEx por el Consejo de Gobierno extremeño. Recientemente, la Comisión Ejecutiva del CJEx ha consensuado un nuevo texto que deberá ser ratificado por el Foro de Representantes del organismo y remitido al ejecutivo autonómico para su eventual aprobación. Es cierto, en todo caso, que el texto estatutario en vigor tampoco impide expresamente la incorporación en calidad de miembros observadores a las fundaciones.

Pese a lo anterior, la interpretación teleológica aplicada por la práctica del organismo ha considerado que los miembros observadores tienen un carácter jurídico asimilado a las entidades de pleno derecho, siendo éstas de carácter asociativo y no fundacional. Este carácter se ha deducido de la referencia al número de miembros, equiparándose el término miembros al de socios. No obstante, como hemos tenido ocasión de señalar anteriormente, hay fundaciones que sí prevén la existencia de miembros en su seno, tales como la Fundación Universidad-Sociedad. Aunque esta fundación es de carácter público por su vinculación con la Universidad de Extremadura, y, por tanto, parece poco probable que desee integrarse en el CJEx, podríamos encontrar previsiones similares en otras entidades fundacionales.

El conflicto práctico de esta interpretación jurídica puede visualizarse en la existencia de colectivos juveniles que no tienen ninguna entidad asociativa de referencia en materia de participación, pero sí una entidad de carácter fundacional. El fin último del CJEx es canalizar la participación libre y eficaz de la juventud extremeña en la vida social, económica, política y cultural (art. 48 de la Constitución española y art. 3.1 LCJEx). Esto sucede con el colectivo juvenil gitano, para el cual existe la Fundación Secretariado Gitano con delegación territorial en Extremadura. Similar situación podemos señalar para el colectivo juvenil Lésbico, Gay, Transexual y Bisexual (LGTB), cuya principal referencia organizativa en la región es la Fundación Triángulo-Extremadura. En ninguno de estos dos ejemplos encontramos una previsión estatutaria de membresía, por lo que los jóvenes integrados de hecho en dichas organizaciones no tienen acceso a la participación en este espacio público, salvo a través de otras organizaciones no identitarias.

Como consecuencia de lo anterior, la práctica jurídica del organismo ha creado un tipo de figura de hecho que es el de «Entidad conveniada», recogida finalmente en el articulado estatutario aprobado recientemente por la Comisión Ejecutiva del organismo. De esta manera, se pretende dar cabida a entidades de carácter fundacional que trabajen hacia la juventud y especialmente cohesionen o sirvan de referencia participativa para ciertos colectivos de jóvenes. Con esta nueva figura sería imposible el acceso al voto en los órganos colegiados del CJEx, pero sí una participación modulable por el convenio en los espacios de deliberación (especialmente en los grupos de trabajo, núcleo duro de la participación continuada del organismo). También podría preverse la posibilidad de participar con voz en los primeros, es decir, en los órganos colegiados de dirección.

B) *El Consejo Económico y Social*

El Consejo Económico y Social, organismo autónomo adscrito en la actualidad a la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Extremadura, tiene su origen en la Ley 3/1991, de 25 de abril, sobre creación del Consejo Económico y Social de Extremadura. Su finalidad principal es la de prestar consulta al Gobierno regional en materia social y económica. Está integrado por tres grupos de miembros, siendo el tercero una aproximación a la sociedad civil organizada, aunque compuesto en realidad por una curiosa variedad de agentes. El primer grupo lo integran los sindicatos mayoritarios (en concreto, UGT y CCOO), y el grupo segundo lo constituye el empresariado a través de la asociación regional que les integra (CREEX). El grupo tercero, como indicábamos, es el de composición más compleja y

heterogénea. En concreto, lo conforman un representante de la Universidad de Extremadura, de las cajas de ahorros (cuestión que ahora podría ser puesta en cuestión por la reestructuración del sector), del Consejo de la Juventud de Extremadura (organismo público de base asociativa), de organizaciones agrarias (también resulta paradójica su separación de sindicatos y empresas en razón de la actividad), de organizaciones de consumidores y de empresas sociales, así como dos expertos técnicos nombrados directamente por el ejecutivo extremeño.

En el contexto de constitución del CES, al inicio de la década de los noventa, es evidente que la sociedad civil organizada no se encontraba en el actual marco de integración y coordinación. Esto puede haber determinado la ausencia, difícil de justificar ciertamente, del sector fundacional en el organismo, en concreto en su grupo tercero. Esta ausencia se extiende a la mayoría del Tercer Sector, siendo las únicas excepciones las organizaciones de consumidores y las entidades del Tercer Sector juvenil integradas en el CJEx.

C) *El Consejo Extremeño del Voluntariado*

Este órgano público está adscrito actualmente a la Dirección General de Política Social y Familia de la Junta de Extremadura, careciendo de personalidad jurídica propia. Es un ente asesor compuesto de manera combinada por representantes del sector público y por las principales organizaciones de representación del voluntariado. La participación del sector fundacional se limita, una vez más, a la integración del mismo a través de las Plataformas de Voluntariado, a las que ya hemos hecho anteriormente referencia. Puede ser lógico este modelo de incidencia indirecta, ya que no todo el sector fundacional desarrolla o cuenta con fórmulas de voluntariado, y aquellas fundaciones que efectivamente lo hagan tienen la oportunidad de integrarse específicamente en plataformas de orientación. Su constitución está prevista por el Decreto autonómico 43/2009, de 6 de marzo, por el que se regula el Estatuto del voluntariado social extremeño.

D) *El Consejo Asesor de Cooperación para el Desarrollo*

La Agencia Extremeña de Cooperación (AEXCID) es el organismo público que gestiona la acción pública en materia de cooperación al desarrollo desde la Administración autonómica, y procura coordinar toda la acción privada y pública municipal. La AEXCID cuenta con un Consejo Asesor de Cooperación para el Desarrollo, que ejerce una función meramente consultiva, pero cuyas posiciones suelen tener un calado político bastante relevante.

Debe pronunciarse sobre los marcos generales de actuación de la AEXCID e informar sobre los Planes de Cooperación Internacional al Desarrollo. Está compuesto de manera mixta por representantes de la Administración pública y por representantes de las Organizaciones No Gubernamentales de Desarrollo, a través fundamentalmente de la Coordinadora Extremeña de ONGD (CONGDEx).

La presencia del sector fundacional en el mismo se produce de manera indirecta, ya que la CONGDEx está compuesta por todas aquellas entidades privadas que libremente se adhieren y trabajan en el marco de la Cooperación Internacional para el Desarrollo y la Educación para el Desarrollo. En efecto, algunos de sus miembros forman parte del sector fundacional: la Fundación Paz y Solidaridad, la Fundación Mujeres, la Fundación Rubén Darío-Campo Ciudad, la Fundación Internacional de Solidaridad Compañía de María, la Fundación Prodein, la Fundación Prodean y la Fundación Triángulo. En total, son siete fundaciones en una organización de cuarenta y nueve miembros actuales. De entre todos sus miembros, la Coordinadora debe elegir los representantes en el Consejo Asesor.

E) *Otros espacios públicos*

Existen otros espacios de carácter público en los que las fundaciones con presencia en Extremadura podrían desarrollar una actividad participativa y de incidencia. Tales son, por ejemplo, el Consejo Extremeño de los Consumidores, el Comité Extremeño contra el Racismo y la Xenofobia, el Consejo Regional sobre Drogodependencias en Extremadura, el Consejo Escolar de Extremadura, etc. En ellos no está prevista de manera explícita la representación del sector fundacional, pero por la cualidad de la acción desarrollada sí son entidades que podrían integrarlos. Cabe destacar, igualmente, la presencia potencial (aunque no materializada todavía) del sector fundacional en el Consejo Extremeño de Ciudadanos, previsto por el artículo 38 de la Ley de Gobierno Abierto de Extremadura.

V. **Las fundaciones y la juventud extremeña**

La juventud se corresponde con un rango de edad de la población caracterizado por sus pocos ingresos, como norma general, y que cuenta, como resulta evidente, con un bajo nivel de promoción fundacional. Sin embargo, aunque los jóvenes no suelen ser fundadores mientras son efectivamente jóvenes, sí podemos encontrar vínculos entre el sector fundacional y la juventud en el marco de la participación.

Para sistematizar la posición de la juventud en el sector fundacional extremeño, podríamos distinguir tres dimensiones de la relación: a) aquella en la que efectivamente son jóvenes quienes fundan o dirigen la acción de las fundaciones; b) aquella en la que este grupo poblacional es el destinatario de la acción fundacional; y c) aquella en la que los jóvenes actúan de manera instrumental con respecto a las fundaciones.

a) Podríamos distinguir dos rangos de la primera dimensión: jóvenes como fundadores/promotores del sector, y jóvenes en los órganos de decisión. En ninguno de los dos encontramos, no obstante, ejemplos significativos en Extremadura. Menos aún en el primero que en el segundo.

Recientemente está iniciando su actividad en Extremadura una fundación promovida fundamentalmente por jóvenes a nivel estatal: la Fundación Iberoamericana de las Industrias Culturales y Creativas. No resulta fácil, no obstante, encontrar otros ejemplos similares.

Al respecto también resulta pertinente señalar que no hay ninguna previsión jurídica particular para jóvenes que deseen ser fundadores, como, por el contrario, existe en el sector asociativo. Frente a la realidad del asociacionismo juvenil con reconocimiento jurídico expreso (por la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, así como por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, entre otras), el legislador en España y en Extremadura no ha previsto, posiblemente por falta de demanda social, una fórmula específica de fundación promovida por jóvenes.

La situación de ausencia de regulación en este asunto contrasta con las más de trescientas asociaciones juveniles activas que existen en el territorio de la Comunidad Autónoma: es probable que, por su misión y visión, un número importante de dichas asociaciones juveniles pudieran haber revestido en realidad la forma jurídica de fundación. Aquí convendría estudiar hasta qué punto los límites mínimos de capital de constitución fundacional pueden disuadir a los jóvenes para acudir a esta figura, y también hasta qué punto se ignora entre los jóvenes la existencia y las características concretas de las entidades fundacionales.

b) La segunda dimensión es en la que analizamos al joven como destinatario de la actividad fundacional. Es en este plano en el que podemos encontrar más ejemplos, aunque pocas veces de manera exclusiva. Los jóvenes forman parte de la misión de muchas fundaciones, junto a otros sectores de población. El ejemplo más evidente proviene del sector público, y es la ya mencionada Fundación Jóvenes y Deporte. Con una trayectoria histórica más

consolidada, resulta digna de mención, igualmente, la actividad desarrollada por la Fundación Fernando Valhondo Calaff, en cuanto a la promoción de la investigación científica y de los estudios de posgrado entre (sobre todo) jóvenes, a través de becas de dos años de duración. La Fundación Igualdad Ciudadana y la Fundación Ciudadanía desarrollan, asimismo, y de manera habitual, programas hacia jóvenes, especialmente en el campo de la formación y de la educación no formal.

En cuanto a la regulación jurídica de la acción fundacional con jóvenes, sí existe un caso de reconocimiento que podría ser de aplicación, ya que en el seno del Instituto de la Juventud de Extremadura está previsto el Registro de Asociaciones Juveniles y Entidades Prestadoras de Servicios a la Juventud. Dentro de dicho Registro, eficaz especialmente de cara a la concurrencia para la obtención de subvenciones por parte del organismo, pueden integrarse de manera efectiva las fundaciones; en concreto, dentro de la sección específica de Entidades Prestadoras de Servicios a la Juventud. Este reconocimiento público puede pretender ser constitutivo del carácter de servicio a los jóvenes, aunque podemos afirmar que no lo es, en absoluto, en la práctica. La inmensa mayoría de las fundaciones que desarrollan acciones y programas con jóvenes en Extremadura no están inscritas en dicho Registro, y ello a pesar de que su actividad pueda ser financiada, total o parcialmente, con fondos públicos.

Como síntesis, podríamos indicar que los jóvenes son considerados en la mayoría de los casos como destinatarios colaterales de la acción de las fundaciones en Extremadura, aunque existen casos significativos de fundaciones que los consideran destinatarios prioritarios o explícitos, y en muy pocas ocasiones de carácter exclusivo.

c) Conviene analizar, en tercer lugar, la dimensión de la juventud como instrumento de la acción fundacional. Nos referimos especialmente al voluntariado juvenil en este sector. Como hemos tenido ocasión de señalar ya, no son muchas las fundaciones que se integran en plataformas de voluntariado. Entre ellas, algunas cuentan con jóvenes como voluntarios (así sucede, por ejemplo, con la Fundación Igualdad Ciudadana o con la Fundación Banco de Alimentos de Badajoz), y ninguna hasta la fecha tiene una estrategia particular ya consolidada con voluntarios o activistas jóvenes, como sector de población específico. Lo que existe, por el contrario, es un diálogo entre el Consejo de la Juventud de Extremadura y algunas fundaciones extremeñas en esta dirección, con acciones incipientes. Así ocurre, por ejemplo, con la Fundación Secretariado Gitano, con la Fundación Gaspar del Búfalo o con la Fundación Triángulo.

En definitiva, se puede afirmar que existe un número indeterminado de jóvenes implicados en la acción de distintas fundaciones, aunque no tienen ningún reconocimiento ni atención especializada. Al mismo tiempo, hay una voluntad estratégica por parte de varias entidades de consolidar posibles estructuras estables de voluntariado juvenil.

Y, finalmente, debe ser objeto de atención, aunque sea muy brevemente, un reto considerable en materia de Tercer Sector y juventud: la enorme cantidad de jóvenes no organizados, pero con voluntad participativa. El sector fundacional, por su especial fuerza económica dentro del Tercer Sector de Acción Social, podría desempeñar un papel extraordinario en la conducción de la participación juvenil no asociada. Se trata en cualquier caso de serias asignaturas pendientes, tanto para el sector fundacional (la integración efectiva de recursos humanos voluntarios de generaciones jóvenes) como para la participación juvenil organizada (la aproximación al sector fundacional y a los jóvenes no asociados). En esta línea pueden estar encaminadas ciertas propuestas de reforma normativa como el Anteproyecto de nuevos Estatutos del Consejo de la Juventud de Extremadura, que prevé la incorporación de «entidades conveniadas» para la figura fundacional, así como la de colectivos informales de jóvenes.

VI. Conclusiones

El panorama que hemos venido bosquejando en las páginas anteriores conduce necesariamente a las conclusiones siguientes:

1.º La participación ciudadana a través de las fundaciones en Extremadura está en un proceso de fortalecimiento, siendo digno de destacar, por un lado, el aumento de la membresía de la Asociación Extremeña de Fundaciones; así como, por otro, la participación creciente del sector fundacional en otras plataformas de la sociedad civil organizada.

2.º La implicación de los jóvenes y la previsión de su participación en el sector fundacional resultan minoritarias y generalmente desestructuradas, muy inferiores a la participación de este mismo grupo de población en el mundo asociativo extremeño. Lo cual hace pensar que deben ser estudiadas con más detenimiento las causas que motivan la distancia entre jóvenes y fundaciones.

3.º Queda un largo camino por recorrer para trasladar al sector fundacional extremeño la importancia de su presencia y su participación en espacios de sociedad civil, así como su interacción con otros agentes sociales y

cívicos, más allá del estricto y autónomo cumplimiento de sus fines fundacionales. Este camino enriquecería y fortalecería tanto a la sociedad civil en general, como al propio sector fundacional en particular. Podrían diseñarse incentivos públicos al fortalecimiento de las redes, mediante técnicas de cooperación condicionada.

Las fundaciones del sector público en las Islas Baleares

Joana M. Socias Camacho

Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de las Islas Baleares

SUMARIO: I. LOS ACUERDOS DEL CONSEJO DE MINISTROS DE MEDIDAS DESTINADAS A LA SUPRESIÓN Y FUSIÓN DE FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO.—II. EL PROYECTO DE REESTRUCTURACIÓN DEL SECTOR INSTRUMENTAL DE LAS ISLAS BALEARES. ANÁLISIS DE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA.

I. Los Acuerdos del Consejo de Ministros de medidas destinadas a la supresión y fusión de fundaciones del sector público

Austeridad, simplificación y eficiencia son principios que deben presidir la Administración pública y sus entes instrumentales con el fin de conseguir que el sector público sea un valor competitivo y comprometido con la disciplina presupuestaria para recuperar con ello la confianza de los inversores financieros. Ello precisa de cambios importantes en cuanto a la organización del sector público y la gestión de la actividad administrativa; es decir, necesita racionalizar estructuras, procedimientos y recursos. A esta voluntad responden las medidas de racionalización administrativa destinadas a eliminar trabas burocráticas, simplificar la normativa y procedimientos y evitar duplicidades. Dichas medidas, que ya pusimos de relieve en la crónica precedente de este Anuario relativo a las Islas Baleares, son: a) medidas de reducción del gasto público —a través de la supresión de entidades y del control de los gastos de dirección¹—; b) medidas de control del gasto gestionado por el

¹ Según el Informe sobre la situación del sector público empresarial, presentado por el Ministro de Hacienda y Administraciones públicas y debatido en el Consejo de Ministros en la sesión de 5 de enero de 2012, este grupo de medidas pretenden la reducción del gasto público vinculado al funcionamiento del sector público, a través de la supresión de entidades y del control de los gastos de dirección. Las propuestas previstas en el citado Informe pasan por: a) Reducción del sector público empresarial dependiente tanto de la Administración central como Comunidades Autónomas y Entidades Locales. Por lo que se refiere a las Comunidades Autónomas, el Consejo de Política Fiscal y Financiera de 22 de marzo de 2010 aprobó un Acuerdo Marco sobre sostenibilidad de las finanzas públicas 2010-2013 en el que

sector público —reorientándose la huida al Derecho privado que se ha producido en la gestión de la actividad administrativa hacia fórmulas jurídicas sometidas al Derecho administrativo y al Derecho financiero²—; y c) medidas de racionalización en la gestión de la actividad empresarial pública —conforme al marco general establecido en la Directiva 2011/85 UE del Consejo, de 8 de noviembre de 2011, sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros³—.

La necesidad de adaptar las estructuras administrativas y el modo de funcionamiento del sector público a las políticas de reducción del gasto público, de control del gasto y de racionalización en la gestión, con el reto encaminado a alcanzar un sector público más eficiente, más transparente⁴ y basado

las Comunidades se comprometieron a elaborar, en el plazo de tres meses, planes de racionalización y eficiencia del gasto público. b) Reducción de los cuadros directivos de las sociedades públicas y limitación del número de miembros de los consejos de administración. c) Promover la elaboración de un marco común, en cada Administración, que unifique las condiciones de las distintas entidades estableciendo límites a las estructuras directivas, personal, indemnizaciones, gastos de representación, etc. con la finalidad de recortar el gasto público y otorgar la necesaria uniformidad al sector público empresarial.

² El Informe de 5 de enero de 2012, antes mencionado, en este grupo incluye medidas que pretenden frenar y reconducir la «huida del Derecho administrativo» que se ha producido en la gestión de los servicios públicos, en los últimos años. A tal efecto, en el citado Informe sobre la situación del sector público empresarial se propone: a) Reorientar la organización del sector público hacia fórmulas jurídicas sometidas en su gestión al Derecho administrativo y control presupuestario, en todas aquellas actividades en las que su naturaleza lo permita sin menoscabo de la necesaria agilidad y eficiencia. Este sometimiento al régimen jurídico-económico público abarcaría aspectos como la aplicación de los procedimientos propios del régimen de contratación de las Administraciones públicas, la fiscalización de los actos de contenido económico, el carácter limitativo y vinculante de sus presupuestos y el registro de su actividad con arreglo a los principios y normas propios de la contabilidad pública. b) Establecimiento de un mecanismo de control/información previo de los gastos gestionados mediante encomiendas de gestión y fórmulas de asociación público-privadas.

³ El Informe de 5 de enero de 2012, ya citado, incluye en este grupo medidas que pretenden organizar y ordenar la regulación y funcionamiento del sector público. El referido Informe propone para ello: a) Adopción de medidas para garantizar el suministro de información con periodicidad, mensual o trimestral en función del nivel de cada una de las Administraciones, y contenido necesario para cumplir con las exigencias de la normativa europea y nacional en materia de estabilidad presupuestaria. Todo ello conforme al marco general establecido en la Directiva 2011/85 UE del Consejo, de 8 de noviembre de 2011, antes citada. b) Desarrollo de una normativa que regule de manera unificada y concreta el régimen presupuestario, contable y de control aplicable a las distintas fórmulas de cooperación interadministrativa, en especial a los consorcios, como principal figura elegida para instrumentar la necesaria colaboración entre Administraciones públicas a fin de evitar duplicidades en la prestación de servicios.

⁴ Sobre la transparencia véase GARCÍA MACHO, R., «La transparencia en el sector público», en *El Derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho*

en la simplificación administrativa, ha provocado la adopción de medidas importantes; medidas que, para su correcta interpretación, deben encajarse bajo el paraguas del nuevo objetivo de estabilidad presupuestaria de la reciente la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

En 2011 se inicia en España un intenso proceso de reforma del marco de estabilidad presupuestaria, en paralelo y en consonancia con la reforma de los instrumentos regulatorios de la Eurozona en este ámbito. El 27 de septiembre de 2011 se reforma el artículo 135 de la Constitución española para introducir la estabilidad presupuestaria como principio de actuación de todas las Administraciones públicas, dando prioridad absoluta al pago de los intereses de la deuda y otorgando el máximo rango normativo a la prohibición de superar los límites de déficit estructural y de deuda pública establecidos por la Unión Europea, salvo en caso de catástrofes naturales, recesión económica o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control del Estado y perjudiquen considerablemente la situación financiera o la sostenibilidad económica o social del Estado. En desarrollo de la previsión constitucional, se aprueba con posterioridad la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, que vino a derogar la legislación de estabilidad presupuestaria hasta entonces vigente. La nueva Ley Orgánica establece los límites cuantitativos de déficit, deuda y gasto para cada Administración, concreta los supuestos excepcionales en que los mismos pueden superarse y regula el procedimiento de corrección de las desviaciones que se produzcan, así como las sanciones en caso de incumplimiento, siguiendo un esquema muy parecido al del Pacto de Estabilidad y Crecimiento Europeo, pero adaptado a la estructura política descentralizada y asimétrica del Estado español.

En relación al marco de las propuestas concretas de reducción del gasto público, cabe destacar la introducción de la disposición adicional octava del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, con el objetivo último de adoptar criterios racionales y lógicos de ajuste en las remuneraciones de los máximos responsables y directivos del sector público estatal. En cumplimiento de la citada disposición adicional, el Gobierno impulsó el Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, por el que se aprueba el régimen retributivo de los referidos cargos. Con estas medidas se procede a la limitación de las retribuciones de los puestos directivos, disminución de los costes de funcionamiento de los con-

sejos de administración, reducción de los gastos en dietas, gastos de representación, viajes, servicios, etc.

Concretamente, por lo que se refiere a las medidas destinadas a la supresión y fusión de entidades del sector público, que es lo que realmente nos interesa destacar en esta crónica, la reducción de entes públicos —y, en singular, de fundaciones del sector público—, se ha materializado desde 2010 en cinco Acuerdos sucesivos del Consejo de Ministros:

a) El Acuerdo de 30 de abril de 2010, de racionalización del sector público empresarial del Estado, adoptado como respuesta a los objetivos fijados en el «Plan de acción inmediata 2010» y el «Plan de austeridad de la Administración General del Estado 2011-2013»⁵. Este Acuerdo afecta a 29 entes, todos ellos Sociedades Mercantiles (en 14 casos se acuerda su absorción o fusión; y en 15 casos su disolución o extinción).

b) El Acuerdo de 3 de junio de 2011, que afecta a 10 fundaciones públicas estatales y que supone la disolución o extinción de 4 de ellas y la reducción de la participación estatal en las otras 6.

c) El Acuerdo de 16 de marzo de 2012, que aprueba el Plan de reestructuración y racionalización del sector público empresarial y fundacional estatal (publicado mediante la Orden HAP/538, de 20 de marzo)⁶. Dicho Plan afecta a un total de 49 empresas de titularidad pública, el 35% de las 140 existentes, y entre las diversas medidas que plantea destaca la extinción de filiales por su integración en la matriz, la supresión de 27 Sociedades Mercantiles estatales [por ejemplo, la Sociedad Pública de Alquiler o la Sociedad Estatal para la Venta de Acciones de Loterías y Apuestas del Estado (SEVLAE)], la agilización procesos de liquidación (es el caso de Barcelona Holding Olímpico, de la sociedad que se creó para la Conmemoración del

⁵ Téngase en cuenta, además, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, en cuyo Capítulo IV del Título I se prevén medidas de sostenibilidad en la gestión de las empresas públicas basadas en los principios de buena administración, sostenibilidad y responsabilidad social, que incluyen la aplicación por parte de las Administraciones públicas de políticas de racionalización y contención del gasto; y el Real Decreto 776/2011, de 3 de junio, por el que se suprimen determinados órganos colegiados y se establecen criterios para la normalización en la creación de órganos colegiados en la Administración General del Estado y sus organismos públicos.

⁶ Para más detalles, véase MONTROYA MARTÍN, E., «Reflexiones sobre el sector público instrumental en un contexto de crisis económica: la inaplazable hora de la racionalización», en *Estructuras administrativas y racionalización del gasto público. Problemas actuales de la expropiación forzosa. La reforma de los entes locales en Italia en el contexto de la crisis económica*, Actas del VII Congreso Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, INAP, Madrid, 2012, pp. 36-39.

V Centenario del Descubrimiento de América, de Radio Nacional de España o de Televisión Española), la fusión de sociedades públicas y el traspaso de la titularidad de algunas participaciones accionariales dentro del sector público [es el caso de Correos y Telégrafos, que pasará de la Dirección General de Patrimonio, a la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI)]. En definitiva, con este Acuerdo lo que se pretende es conseguir un sector público empresarial y fundacional más racional y mejor dimensionado evitando duplicidades y solapamientos⁷.

d) El Acuerdo de 26 de octubre de 2012, de constitución de la Comisión para la reforma de las Administraciones públicas (CORA). Mediante este Acuerdo el Gobierno crea una comisión con el objetivo de poder afrontar un estudio integral de la Administración pública al efecto de lograr un sector público más eficiente, más racional y mejor dimensionado, evitando duplicidades y solapamientos. En el seno de la CORA se crean cuatro Subcomisiones con objetivos y funciones distintas (Subcomisión de Duplicidades administrativas, Subcomisión de Simplificación administrativa, Subcomisión de Gestión de servicios y medios comunes y Subcomisión de Administración institucional).

Una de las tareas principales de la CORA es elaborar un Informe de seguimiento de las medidas de reordenación del sector público, Informe que concretamente fue presentado al Consejo de Ministros el 21 de junio de 2013. En esta fecha, mediante el Decreto 479/2013 se crea la Oficina para la ejecución de la reforma de la Administración (OPERA), con el objetivo de velar por la ejecución de las medidas incluidas en el informe de la CORA, asumir su seguimiento, impulso, coordinación y evaluación permanente. El 20 de septiembre de 2013 se cierra el Informe de seguimiento de las medidas previstas en la CORA, estableciéndose el grado de ejecución de las principales actuaciones realizadas en la reordenación de organismos, la racionalización de procedimientos, la mejora de la eficacia y la eficiencia de la Administración.

⁷ Con posterioridad, mediante el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad se introducen nuevas normas para mejorar la eficiencia de las Administraciones en el uso de los recursos públicos y, con ello, cooperar en la sostenibilidad de las cuentas públicas para conseguir, en definitiva, el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria. En este sentido, en el Real Decreto-Ley 20/2012 mencionado se adoptan diversas medidas dirigidas a ahorrar gastos de personal y a incrementar la productividad del empleo público. Y estas medidas se aplican no sólo al personal funcionario y estatutario sino también al personal laboral de las Administraciones y de las entidades que integran el sector público instrumental, entre ellas, las fundaciones del sector público.

El propio Acuerdo de 26 de octubre de 2012 encomienda a la Subcomisión de Administración Institucional «analizar la distinta tipología de entes que la componen, revisar el marco normativo y los modelos que en él se identifican como óptimos, y plantear las modificaciones que convengan en la lista de entidades existentes». En el apartado del Informe relativo a la Subcomisión de Administración Institucional se recogen de forma desarrollada las razones formales de las propuestas e información adicional sobre éstas y otras operaciones. En concreto, la referida Subcomisión destaca que la reestructuración del sector público instrumental es un proceso lento y complejo, en gran medida debido a su sujeción al Derecho administrativo y mercantil (desde un punto de vista mercantil, se exige por ejemplo en muchos casos la cumplimentación de determinadas fases tanto por los Consejos de Administración de las sociedades como por la Junta General de accionistas que, posteriormente, deben ser inscritas en el Registro Mercantil), lo que requiere un continuo seguimiento del proceso para asegurar su correcta ejecución. En relación con las fundaciones del sector público, la Subcomisión de Administración institucional propone que se modifique la regulación de las fundaciones del sector público con el fin de llevar a cabo una reconsideración general de los objetivos y las actividades de las fundaciones, ya que desaparecerían algunos elementos que han incentivado su constitución, sobre todo por extenderse a ellas el régimen de control propio de los entes del sector público. En todo caso, la Subcomisión propone que la nueva regulación de las fundaciones del sector público debería incluir, al menos, los siguientes aspectos: 1) circunstancias y supuestos objetivos en los que procede la constitución de una fundación; 2) formalización de la constitución y de la asignación del protectorado a un Departamento; 3) régimen del protectorado y forma de ejercicio de control de oportunidad y eficacia por parte del Ministerio de tutela; 4) estructura presupuestaria común para todas las fundaciones; 5) control económico-financiero de la actividad de las fundaciones, mediante el sistema de control financiero permanente, que podrá ser flexibilizado para determinadas operaciones, y ello con independencia de poder contar o no con un sistema de intervención delegadas acreditada en la fundación; 6) régimen de selección de personal y aprobación y modificación de las RPT o catálogo de puestos de trabajo; 7) régimen de contratación de las fundaciones; 8) desarrollo lo más detallado posible de las facultades de las fundaciones y de la imposibilidad que desempeñen potestades administrativas, en especial, precisando la posibilidad de gestión de subvenciones con fondos públicos o cualquier otra que suponga la producción de actos administrativos; 9) condiciones y forma de disolución y liquidación de las fundaciones públicas.

e) El Acuerdo de 20 de septiembre de 2013, por el que se adoptan medidas de reestructuración y racionalización del sector público estatal fundacional y empresarial (publicado mediante la Orden HAP/1816/2013, de 2 de octubre). En lo referente a las fundaciones del sector público estatal, este acuerdo acomete un objetivo más ambicioso que el asumido en los acuerdos precedentes, como el de 3 de junio de 2011, que afectó a 10 fundaciones. El sector público fundacional estatal está compuesto por 47 fundaciones, según los datos publicados en el Inventario de Entes del Sector Público (INVESPE), y el Acuerdo de 20 de septiembre de 2013 afecta a 19 fundaciones, más de una tercera parte de las fundaciones, y supone no sólo el inicio de los trámites sino la autorización de las operaciones relacionadas. Supone, en definitiva, la materialización de la propuesta recogida en el informe de la CORA en lo referente a las operaciones relativas al sector público fundacional.

Centrándonos en las medidas que afectan a las fundaciones del sector público previstas en el Acuerdo de 20 de septiembre de 2013, cabe señalar cuatro aspectos. Por un lado, se procede a extinguir y liquidar las siguientes fundaciones del sector público estatal Fundación Museo Taller Juan José; Fundación Desarrollo de la Formación en las Zonas Mineras del Carbón (FUNDESFOR); Fundación Empresa Nacional de Residuos S.A. (ENRESA); Fundación Almadén Francisco Javier de Villegas; y se procede a extinguir, con asunción de sus funciones por entidades integrantes del sector público estatal, las que se relacionan a continuación: Fundación para la Proyección Internacional de las Universidades Españolas, Universidad.es, cuyas funciones serán asumidas por el Organismos Autónomo Programas Educativos Europeos; Fundación Centro de Estudios Económicos y Comerciales (CECO), cuyas funciones serán asumidas por el ICEX; Fundación Centro Nacional de Referencia de Aplicación de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (CENATIC), cuyas funciones serán asumidas por el Ente Público Red.es; y Fundación Ciudad de la Energía (CIUDEN), cuyas funciones serán asumidas por el IDAE.

Por otro lado, se procede a la fusión de fundaciones. Así, se integran en la Fundación EOI por fusión las siguientes fundaciones del sector público estatal: Fundación Colegios Mayores MAEC-AECID; Fundación Española para la Innovación de la Artesanía; Fundación Centro Nacional del Vidrio (no precisa acuerdo de Consejo de Ministros); y se integran por fusión en una fundación de nueva creación y con la denominación de Fundación del Transporte las siguientes fundaciones: Fundación AENA y Fundación Ferrocarriles Españoles; se integran en la Fundación Biodiversidad, la Fundación

Observatorio Español de Acuicultura (OESA) y la Fundación Iberoamericana para el Fomento de la Cultura y Ciencias del Mar.

Además, cuatro fundaciones dejan de tener la consideración de fundaciones del sector público estatal: Fundación de Aeronáutica y Astronáutica Españolas; Fundación Museo do Mar de Galicia; Fundación Canaria Puertos de Las Palmas; Fundación General de la UNED.

Y, finalmente, hay una Fundación que cambia de Ministerio de adscripción y, en su caso, de protectorado: Fundación Víctimas del Terrorismo (pasa del Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas al Ministerio del Interior).

II. El proyecto de reestructuración del sector instrumental de las Islas Baleares. Análisis de las fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma

En las Islas Baleares, la reordenación del sector público, además de afectar el marco regulador incluye también la reestructuración mediante la racionalización, simplificación y reducción efectiva del conjunto de ese tipo de entidades, entre los que se encuentran evidentemente las fundaciones del sector público. Cabe dar cuenta a continuación, de manera más detallada, de la reestructuración que se está llevando a cabo en la Comunidad y de su alcance sobre las fundaciones de iniciativa pública autonómicas.

Por lo que afecta al ámbito normativo, destaca la Ley 7/2010, de 21 de julio, del sector público instrumental de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (en adelante, Ley 7/2010), que hace una clasificación y regulación del conjunto de los entes instrumentales según su naturaleza y lleva a cabo una adaptación sistemática de los entes existentes en el momento de su entrada en vigor a las nuevas categorías establecidas en la ley. De todo ello se dio cuenta en las crónicas precedentes de este Anuario relativas a las Islas Baleares de 2011 y 2012, a las que nos remitimos ahora. En el trabajo precedente de 2012 se relacionaron las diversas modificaciones de la Ley 7/2010⁸, a las que ahora debe añadirse, además, la modificación de la Ley

⁸ La Ley 7/2010, de 21 de julio, del sector público instrumental de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares ya había sido modificada en diversas ocasiones desde su entrada en vigor. Primero, mediante el Decreto-Ley 1/2011, de 29 de julio, de modificación del artículo 20.3 de la Ley 7/2010, de 21 de julio, del sector público instrumental de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares. Segundo, mediante la disposición final novena de la Ley 9/2011, de 23 de diciembre, de Presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares para el año 2012. Tercero, mediante el Decreto-Ley 3/2012, de 9 de

7/2010 prevista en la disposición final undécima de la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares para el año 2013⁹.

Lo que interesa destacar en estos momentos es que con la Ley 7/2010, de 21 de julio, empieza en efecto en las Islas Baleares el camino hacia la efectiva simplificación y racionalización del sector público, en la línea establecida en Europa ya desde finales del siglo xx. Este camino, como sabemos, pasa por simplificar el panorama de la organización central y dependiente de la Administración bajo el indispensable paraguas de los principios de eficacia en la actividad administrativa y de eficiencia en la gestión de los recursos públicos, con el claro objetivo de crear estructuras administrativas que generen una actuación administrativa ágil, sin duplicidades ni solapamientos ni trabas administrativas. La Comunidad Autónoma de las Islas Baleares ha sido pionera en la racionalización y reestructuración del sector público, avanzándose incluso a otras Comunidades y al propio Estado. En este sentido, merece la pena resaltar que en la reunión del Consejo de Política Fiscal y Financiera, de 17 de enero de 2012, se estableció la vinculación de los objetivos de la Subcomisión de Administración institucional de la CORA con la propuesta realizada por el Gobierno y acordada con las Comunidades Autónomas consistente en que cada una de las Comunidades debía de iniciar el proceso de revisión de sus correspondientes sectores públicos. A tal efecto, cabe subrayar que en el momento de realizarse la mencionada reunión del Consejo de Política Fiscal y Financiera, la Comunidad de las Islas Baleares ya llevaba un año y medio trabajando en la efectiva racionalización y reestructuración de su sector público, y por ende, de los entes que conforman las fundaciones de iniciativa pública de la Comunidad Autónoma.

marzo, de medidas urgentes para la reestructuración del Servicio de Salud de las Islas Baleares. Y cuarto, mediante el Decreto-Ley 5/2012, de 1 de junio, de medidas urgentes en materia de personal y administrativas para la reducción del déficit público del sector público de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares y de otras instituciones autonómicas. Téngase en cuenta, así mismo, que este Decreto-Ley 5/2012, a su vez, ha sido modificado mediante el Decreto-Ley 10/2012, de 31 de agosto, al objeto de proceder a la adaptación de la normativa autonómica incluida en el Decreto-Ley 5/2012 a la estatal impuesta por el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

⁹ La citada disposición final undécima de la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, modifica diversos artículos de la Ley 7/2010, del sector público, comprendidos en el Título correspondiente a las Disposiciones Generales, de aplicación a todas las entidades del sector público instrumental; concretamente, el apartado 4 y 6 del artículo 12, el apartado 3 del artículo 13, el apartado 5 del artículo 20, el apartado 1 del artículo 21, y el apartado 3 del artículo 22.

El proceso de reordenación del sector público se inicia en las Islas Baleares a partir del mandato legal de la disposición transitoria primera de la Ley 7/2010, cuyo cumplimiento se lleva a cabo mediante la aprobación del Decreto 93/2011, de 2 de septiembre, mediante el cual el Gobierno de las Islas Baleares crea la Comisión de Análisis y Propuesta de Reestructuración del Sector Público Instrumental¹⁰. Por otro lado, la disposición adicional quinta de la Ley 7/2010 insta al Gobierno balear que establezca reglamentariamente un cuadro o mapa del sector público instrumental que agrupe los entes que lo integran en bloques homogéneos por razón de su presupuesto, de su cifra de negocios o cualquier otro indicador relevante, con la fijación de los siguientes parámetros: número máximo de miembros del Consejo de Administración o del órgano colegiado equivalente, número máximo y retribuciones máximas de los gerentes y órganos unipersonales de dirección, número máximo y retribuciones máximas del personal directivo profesional, y dietas de los miembros del Consejo de Administración.

La labor de la comisión ha culminado, en el momento de redactar estas palabras, en la aprobación de seis Acuerdos¹¹: a) el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 13 de abril de 2012, por el que se aprueba la primera fase del Proyecto de Reestructuración del Sector Público Instrumental de las Islas Baleares¹²; b) el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 29 de junio de 2012, por el que se aprueba la segunda fase del Proyecto de Reestructuración del Sector Público Instrumental de las Islas Baleares; c) el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 16 de noviembre de 2012, por el que se aprueba la tercera fase del Proyecto de Reestructuración del Sector Público Instrumental de las Islas Baleares; d) el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 30 de noviembre de 2012, por el que se aprueba incluir una nueva actuación en la tercera fase del Proyecto de Reestructuración del Sector Público Instrumental de las Islas Baleares; e) el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 10 de mayo de 2013, por el que se aprueba incluir una nueva actuación en la tercera fase

¹⁰ Esta comisión se crea con el encargo de analizar el conjunto de entes instrumentales y proponer su supresión, refundición o modificación cuando así lo aconsejen razones de simplificación, economía, eficacia y eficiencia en la gestión.

¹¹ Los dos primeros acuerdos ya fueron analizados en la crónica precedente de este Anuario 2012 relativa a las Islas Baleares, sin perjuicio de los nuevos acuerdos del Consejo de Gobierno que afectan a operaciones concretas de esta primera fase del Proyecto de Reestructuración del Sector Público Instrumental de las Islas Baleares, y a los que se hace referencia en la presente crónica por ser posteriores al cierre del Anuario precedente de 2012.

¹² Téngase en cuenta que, debido a diversos errores materiales, este Acuerdo del Consejo de Gobierno de 13 de abril de 2012 deja sin efecto un Acuerdo anterior, de 30 de marzo de 2012, por el que se había aprobado la primera fase del Proyecto de Reestructuración del Sector Público Instrumental de las Islas Baleares.

del Proyecto de Reestructuración del Sector Público Instrumental de las Islas Baleares; f) el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 25 de octubre de 2013, por el que se aprueban modificaciones puntuales de la tercera fase del Proyecto de Reestructuración del Sector Público Instrumental de las Islas Baleares.

La realización de la primera fase del Proyecto de Reestructuración del Sector Público Instrumental (Acuerdo de 13 de abril de 2012) ha supuesto una importante remodelación y reducción del número de fundaciones del sector público, que afecta a los siguientes ámbitos.

a) En el ámbito funcional de salud, se acuerda la absorción por el Servicio de Salud de las Islas Baleares de las tres fundaciones hospitalarias existentes (Fundaciones Hospital Son Llàtzer, Hospital de Manacor y Hospital Comarcal de Inca¹³). Esta operación se lleva a cabo mediante el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 21 de diciembre de 2012, por el que se aprueba la extinción de las fundaciones públicas sanitarias de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares y su integración en el Servicio de Salud de las Islas Baleares.

b) En el ámbito funcional de la innovación y tecnología, se acuerda la fusión de dos sociedades públicas (Parcbit Desarrollo SA y BITEL Balear Innovación Telemática SA) y una fundación del sector público (Fundación IBIT —Islas Baleares para la Innovación Tecnológica—) y la creación, en su lugar, de la nueva Fundación Balear de Innovación y Tecnología. Esta nueva fundación se crea, por tanto, como ente aglutinador de los recursos humanos y tecnológicos en materia de ciencia, innovación y tecnología mediante la fusión de las tres entidades existentes hasta ese momento en este sector. Esta operación se inicia mediante el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 7 de septiembre de 2012. Con posterioridad, el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 19 de octubre de 2012 autoriza la cesión global de activos y pasivos sin contraprestación de las Sociedades Anónimas Parcbit Desarrollo SA y BITEL Balear Innovación Telemática SA a la nueva Fundación Balear de

¹³ Recordemos, como ya se indicó en el informe precedente de este Anuario, que con la entrada en vigor de la Ley 1/2011, de 24 de febrero, de transformación de las fundaciones del sector público de las Islas Baleares y de determinación del régimen jurídico de las fundaciones públicas sanitarias, en el ámbito de las Islas Baleares las dos fundaciones del sector público sanitario existentes hasta ese momento (Hospital Manacor y Hospital Son Llàtzer) pasan a ser desde el 1 de marzo de 2011 fundaciones públicas sanitarias (como el caso de la Fundación Hospital Comarcal de Inca), es decir, entes de naturaleza pública que se rigen por su propia normativa y que dejan de registrarse por la normativa reguladora de las fundaciones del sector público.

Innovación y Tecnología, así como a la fusión de la Fundación IBIT —Islas Baleares para la Innovación Tecnológica— con el nuevo organismo.

c) En el ámbito funcional socio-sanitario, asistencial y social, se acuerda la absorción de la Fundación de Atención y Apoyo a la Dependencia por el Consorcio de Recursos Socio-sanitarios y Asistenciales. Para ello, y hasta que no se complete el procedimiento de absorción, se acuerda también que la Fundación continúe desarrollando las actividades propias de su objeto y finalidades, y que una vez completado todo el procedimiento el Consorcio se subroga en todos los derechos y obligaciones y en todas las relaciones jurídicas de la Fundación extinguida. Esta operación se realiza mediante el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 13 de julio de 2012 (BOIB de 19 de julio de 2012). Por lo que al ámbito social se refiere, se decide también la extinción de la Fundación Balear de la Memoria Democrática, mediante el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 30 de marzo de 2012.

d) En el ámbito funcional de la investigación sanitaria, se acuerda la fusión por absorción de la Fundación Mateu Orfila de Investigación y Salud y la Fundación de Investigación Sanitaria Ramon Llull, mediante la extinción de la primera, por un lado, y su integración en la segunda, por otro. Esta operación empieza a ejecutarse mediante el Acuerdo del Consejo de gobierno de 30 de marzo de 2012 (BOIB de 3 de abril de 2010).

e) En el ámbito funcional del deporte, se acuerda la extinción del Consorcio Escuela Balear del Deporte y la integración de sus bienes, títulos, derechos y obligaciones en el patrimonio de la Fundación para el Apoyo y la Promoción del Deporte Balear (Illesport). Esta operación se lleva a cabo mediante el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 3 de agosto de 2012¹⁴. Téngase en cuenta, además, la Resolución por la que se ordena la publicación de la modificación de los Estatutos de la mencionada Fundación, que incluye cambio de domicilio y de denominación, y pasa a ser Fundación para el Deporte Balear (BOIB de 22 de noviembre de 2012).

f) En el ámbito funcional de turismo, se acuerda la absorción de la Fundación para el Desarrollo Sostenible por la entidad pública empresarial Agencia de Turismo de las Illes Balears (ATB) y la subrogación de ésta en todos los derechos y obligaciones y en todas las relaciones jurídicas de la Fundación extinguida. Esta operación se lleva a cabo mediante el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 9 de noviembre de 2012. Además, también se

¹⁴ Véase el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 30 de noviembre de 2012, por el que se ratifica el Acuerdo de extinción del Consorcio Escuela Balear del Deporte (EBE).

acuerda la extinción de la Fundación Centro de Investigación, Desarrollo e Innovación en Turismo.

La segunda fase del Proyecto de Reestructuración del Sector Público Instrumental de las Islas Baleares (Acuerdo de 29 de junio de 2012) afecta al ámbito funcional de la cooperación y fomento al exterior. Se acuerda la extinción de la Fundación Baleares al Exterior y la asunción de sus funciones por parte de la Agencia de Cooperación Internacional de las Islas Baleares. Como consecuencia de ello, se aprueba un nuevo Decreto de regulación de la nueva Agencia, que pasa a denominarse Agencia de Emigración y Cooperación Internacional de las Islas Baleares (Decreto 50/2012, de 29 de junio), con el objeto no sólo de adaptar la organización de la Agencia al contenido de la Ley 7/2010 del sector público, sino también porque la nueva entidad pública empresarial pasa a asumir las funciones de la extinta Fundación Baleares al Exterior. Esta operación se lleva a cabo mediante el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 14 de diciembre de 2012. Téngase en cuenta, sin embargo, que con posterioridad, el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 10 de mayo de 2013 prevé la extinción de la Agencia de Emigración y Cooperación Internacional de las Islas Baleares.

La tercera fase del Proyecto de Reestructuración del Sector Público Instrumental (Acuerdos de 16 de noviembre de 2012, de 30 de noviembre de 2012, de 10 de mayo de 2013 y de 25 de octubre de 2013) supone algunos cambios importantes en nuevos ámbitos, pero sólo una operación de las varias previstas afecta a fundaciones del sector público, refiriéndose el resto a operaciones a extinción de sociedades públicas¹⁵ y su transformación en entidades públicas empresariales o incluso a extinción de entidades públicas¹⁶. Así, concretamente (Acuerdo del Consejo de Gobierno de 16 de noviembre de 2012), en el ámbito funcional de las enseñanzas superiores de música, danza y arte dramático, se prevé la fusión de la Fundación para el Conser-

¹⁵ El Acuerdo del Consejo de Gobierno de 30 de noviembre de 2012 prevé la extinción de CAIB Patrimonio SA. Y el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 25 de octubre de 2013 prevé la extinción de dos sociedades (SEMILLA y SITIBSA) y su transformación en entidades públicas empresariales. Y también prevé la extinción de otras dos sociedades (Televisión de las Islas Baleares y Radio de las Islas Baleares) y la cesión de sus activos y pasivos al Ente público Radiotelevisión de las Islas Baleares.

¹⁶ Así, por ejemplo, el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 10 de mayo de 2013 prevé la extinción del Centro Baleares Europa y de la Agencia de Emigración y Cooperación Internacional de las Islas Baleares, como ya se señaló. En relación con el Centro Baleares Europa cabe destacar que meses después a la previsión de su extinción se toma la decisión contraria, mediante el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 25 de octubre de 2013, que prevé su no extinción.

vatorio Superior de Música y Danza de las Islas Baleares¹⁷ y de la Fundación para la Escuela Superior de Arte Dramático de las Islas Baleares (ESADIB)¹⁸. Por el momento, no se tiene constancia de que se haya iniciado el proceso de fusión de dichas fundaciones.

Tras la operación que acaba de exponerse, se ve claramente que se ha producido una significativa reducción del número de fundaciones del sector público (de 17 entidades fundacionales en 2011 se pasa a 12 en 2013), quedando en el momento de redactar esta crónica la siguiente relación de fundaciones dependientes de la Administración balear:

- Fundación Balear de Innovación Tecnológica.
- Fundación por el Conservatorio superior de Música y Danza de las Islas Baleares¹⁹.
- Fundación por la Escuela Superior de Arte Dramático de las Islas Baleares.
- Fundación para el Deporte Balear.
- Fundación Instituto Socioeducativo s'Estel.
- Fundación Caubet Centre Internacional de Medicina Respiratoria Avanzada Islas Baleares «Caubet-Cumbre Islas Baleares».
- Fundación Banco de Sangre y Tejidos de las Islas Baleares.

¹⁷ Téngase en cuenta que mediante el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 26 de octubre de 2012 se autoriza la modificación de los Estatutos de la Fundación para el Conservatorio Superior de Música y Danza de las Islas Baleares, para su adaptación a la Ley 7/2010, de 21 de julio, del sector público instrumental de las Islas Baleares, al Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el cual se aprueba el Texto Refundido de la Ley de contratos del sector público, y al Decreto-Ley 5/2012, de 1 de junio, de medidas urgentes en materia de personal y administrativas para la reducción del déficit público del sector público de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares y de otras instituciones autonómicas.

¹⁸ Téngase en cuenta que mediante el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 23 de noviembre de 2012 se autoriza la modificación de los Estatutos de la Fundación para la Escuela Superior de Arte Dramático de las Islas Baleares, para su adaptación a la Ley 7/2010, de 21 de julio, del sector público instrumental de las Islas Baleares, al Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el cual se aprueba el Texto Refundido de la Ley de contratos del sector público, y al Decreto-Ley 5/2012, de 1 de junio, de medidas urgentes en materia de personal y administrativas para la reducción del déficit público del sector público de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares y de otras instituciones autonómicas.

¹⁹ Como ya se ha anotado, pese a que el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 16 de noviembre de 2012 prevé la fusión de la Fundación de música y danza y la Fundación de Escuela de Arte Dramático, contabilizamos que siguen existiendo dos fundaciones en lugar de una debido a que no se ha iniciado el proceso de fusión de ambas fundaciones.

- Fundación de Investigación Sanitaria Ramón LLull.
- Fundación del Museo y Centro Cultural de Formentera.
- Fundación Teatro Principal de Inca.
- Fundación Robert Graves.
- Fundación Santuario de Lluc²⁰.

²⁰ Además de las fundaciones del sector público mencionadas, se mantienen, por el momento, las seis fundaciones en las que la Comunidad Autónoma tiene participación minoritaria y que, por lo tanto, no pueden considerarse estrictamente como fundaciones del sector público autonómico, tal como ya dimos cuenta en las crónicas precedente de este Anuario: Fundación Es Baluard, Museo de Arte Contemporáneo de Palma; Fundación Menorquina de la Ópera; Fundación Teatro del Mar; Fundación Área de Creación Acústica; Fundación Jardín Botánico de Sóller; Fundación Escuela de Práctica Jurídica



Las fundaciones en la Comunidad Autónoma de La Rioja

Antonio Fanlo Loras

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de La Rioja

La novedad más relevante, en cuanto al marco normativo de las fundaciones en La Rioja, es la STC 98/2013, de 23 de abril, que ha resuelto el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Gobierno de la nación contra los apartados 1 y 3 del artículo 37 de la Ley 1/2007, de 12 de febrero, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de La Rioja, que declara inconstitucionales y nulos. En el *Anuario 2010* (p. 423), di cuenta de la presentación del recurso al entender el Gobierno de la nación que el régimen de fusión de las fundaciones establecido en la ley regional era más restrictivo que el previsto en la legislación estatal de fundaciones e invadía la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil. El conflicto fue inevitable al haber rechazado el Gobierno de La Rioja el procedimiento de negociación contemplado en el artículo 33.2 LOTC. La interpretación hecha por el ejecutivo estatal me pareció discutible en aquel momento (pues las singularidades introducidas por la ley regional estaban implícitas en la regulación sustantiva de la ley estatal), pero el Alto Tribunal ha confirmado esa rigorista interpretación, como seguidamente expongo.

El artículo 37.1 de la Ley 1/2007, permitía la fusión de fundaciones con *finés análogos*, salvo que lo hubiera prohibido el fundador, previo acuerdo de los respectivos patronatos. El artículo 37.3 permitía la fusión de fundaciones, aun en contra de la voluntad del fundador, cuando la fusión fuera «la única manera de evitar la liquidación de dicha fundación y previa autorización del Protectorado». Para el Abogado del Estado, la analogía de fines de las fundaciones fusionadas (art. 37.1) es una exigencia que no figura en la ley estatal, y la ley regional permite la fusión en contra de la voluntad del fundador (art. 37.3), supuesto que la ley estatal prohíbe, lo que vulnera el contenido básico del derecho de fundación previsto en el artículo 34 CE, que incluye el pleno respeto a la voluntad del fundador como elemento esencial y sustantivo del instituto fundacional. Además, La Rioja no ha respetado las com-

petencias exclusivas del Estado en materia de legislación civil (límites y requisitos para la fusión de fundaciones), pues carece de un Derecho civil foral o especial propio, ni ha respetado las condiciones básicas del ejercicio del derecho de fundación que el Estado ha establecido *ex* artículo 149.1.1.^a CE. El Letrado regional, por su parte, alega que no existe vulneración constitucional alguna y se respetan las competencias estatales, al haberse regulado aspectos tangenciales que respetan escrupulosamente las bases estatales.

Para resolver la controversia suscitada, la Sentencia hace una breve síntesis de su doctrina en materia de fundaciones (especialmente, la STC 341/2005, de 21 de diciembre). Al Estado corresponde (*ex* art. 149.1.1.^a CE) regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho de fundación, así como establecer el régimen jurídico de las fundaciones en los aspectos civiles y procesales (art. 149.1.8.^a y 6.^a CE) o estimular la iniciativa privada en la realización de actividades de interés general mediante medidas fiscales (art. 149.1.14.^a CE). La ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones, ha establecido su régimen jurídico sustantivo, norma estatal que constituye el parámetro de control (labor de cotejo y contraste) de los preceptos autonómicos impugnados. Expone a continuación el significado y alcance del derecho de fundación (persona jurídica constituida por una masa de bienes vinculados por el fundador a un fin de interés general), en el que tiene especial relevancia la voluntad fundacional y el aseguramiento del cumplimiento de los fines deseados, lo que justifica un tipo de intervención administrativa (protectorado y tutela administrativa). El régimen jurídico de las fundaciones debe ser desarrollado por el legislador estatal o autonómico, cuando se trate, en este caso, de fundaciones que realicen su actividad en el territorio de la correspondiente Comunidad Autónoma, desarrollo que habrá de respetar las competencias estatales en materia civil y procesal (art. 149.1.8.^a y 6.^a CE), así como las derivadas de los artículos 149.1.1.^a CE (condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles). Esto es, la competencia autonómica exclusiva en materia de fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en La Rioja debe respetar las competencias exclusivas del Estado que inciden en el derecho de fundación: la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en su ejercicio (art. 149.1.1.^a CE), así como los aspectos civiles de las mismas (art. 149.1.8.^a CE), dado que La Rioja carece de competencias sobre legislación civil, al no tener Derecho civil propio.

Resulta imprescindible, para el Tribunal, determinar si las normas sobre fusión de fundaciones son de naturaleza civil, pues, en tal caso, La Rioja no tendría competencia legislativa en dicha materia, dado que carece de Derecho

civil propio. La discutible aplicación de este criterio formal (la calificación como «civil» de la materia regulada por La Rioja) será determinante de la inconstitucionalidad de las normas impugnadas, como seguidamente expongo. En efecto, el Tribunal, de acuerdo con su Jurisprudencia anterior, considera que la fundación de carácter jurídico privado tiene su origen en un acto de la autonomía de la voluntad y «si bien la actuación de la Administración pública en la vida de la misma es notoria e imprescindible, en ningún caso puede llevarnos a situar su entero régimen jurídico en la órbita del Derecho público y específicamente del Derecho Administrativo». La autonomía de la voluntad del sujeto respecto del destino de sus bienes, a través de la constitución de un especial tipo de persona jurídica que garantice el cumplimiento de los fines deseados, es el rasgo identificativo del Derecho constitucional de fundación. Si es cierto —como argumenta el letrado del Gobierno de La Rioja— que las fundaciones están sometidas a normas de Derecho Público «ello no las convierte en una institución de Derecho público», tal como se deduce del Código Civil y de la ley estatal de fundaciones (especialmente, los arts. 7 a 13 y 18 a 32), cuya esencia gira en torno a la voluntad del sujeto fundador a vincular todo o parte de su patrimonio privativo a un fin de interés general. Y continúa «la fundación nace de un acto de disposición de bienes que realiza el fundador, quien los vincula a un fin por él determinado y establece las reglas por las que han de administrarse al objeto de que sirvan para cumplir los fines deseados de manera permanente o, al menos, duradera. 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 (STC 49/1998, de 22 de marzo, FJ 5)», FJ 3.

Pues bien, para el Tribunal la fusión de fundaciones «se inserta de lleno en el ámbito de la autonomía privada expresada por el fundador, teniendo, por tanto, una naturaleza propia de la materia regulada por el Derecho civil», naturaleza civil ratificada por los preceptos impugnados que «no son sino variaciones de las reglas equivalentes contenidas en la Ley estatal de fundaciones, que, como hemos visto, reconoce su pertenencia a la disciplina civil». Las consecuencias en el orden competencial son claras, pues el Estado tiene competencia exclusiva en materia de Derecho civil, sin perjuicio de los Derechos civiles, forales o especiales (art. 149.1.8.^a CE), circunstancia que no concurre en el caso de La Rioja.

La falta de competencia bastaría para declarar la inconstitucionalidad de las normas impugnadas, pero el Tribunal, a mayor abundamiento, enjuicia su

contenido, en el que advierte que, además de «reproducir las normas estatales» (extremo que, por sí solo, conduciría a declarar su inconstitucionalidad, dado que La Rioja carece de la necesaria competencia legislativa en materia civil), «vulneran los principios básicos sobre los que se asienta la normativa estatal». El artículo 37.1 de la ley regional impugnada es inconstitucional en cuanto que exige analogía de fines para la fusión cuando la estatal solo exige ese requisito en caso de incapacidad para alcanzar los fines fundacionales y siempre que el fundador no lo hubiera prohibido (art 30.4 Ley estatal) y La Rioja no tiene competencia para establecer una regulación propia sobre un aspecto fundacional que forma parte de la legislación civil. Igualmente, es inconstitucional el artículo 37.3 de la ley regional en cuanto permite la fusión, a pesar de la prohibición del fundador, si es la única manera de evitar su liquidación, previsión contraria a la ley estatal que excluye toda posibilidad de fusión, en contra de la voluntad del fundador, lo que constituye una invasión del título competencial reservado al Estado.

Como cierre de su argumentación, señala el Tribunal que, como ya señaló en la STC 341/2005, las cuestiones relativas a la voluntad del fundador forman parte de la esencia del negocio jurídico fundacional y tienen naturaleza civil, solo al alcance de «aquellas Comunidades Autónomas que cuentan con una regulación civil propia en la concreta materia o en una institución civil conexas» (FJ 4). Sin embargo, la competencia exclusiva que tiene La Rioja en materia de fundaciones no le habilita para legislar los aspectos civiles de las mismas. Por idénticos motivos declaró inconstitucional el artículo 24.3 de la ley 1/1998, de 2 de marzo, de fundaciones de Madrid. En conclusión, los apartados 1 y 3 del artículo 37 de la Ley 1/2007, de 12 de enero, de fundaciones de La Rioja, son declarados inconstitucionales y nulos.

Considero, sin embargo, rígida y simplificadora la identificación del título competencial (Derecho civil) que a la postre es el determinante de la declaración de inconstitucionalidad. Es cierto que la esencia del derecho fundamental radica en la autonomía de la voluntad del fundador (de naturaleza civil) que vincula todo o parte de su patrimonio a un fin de interés general, de acuerdo con los requisitos y organización legalmente establecida. Pero es precisamente esta vinculación a este fin de interés general lo que justifica la intervención y tutela administrativa (del Protectorado y de la Administración, en último lugar). En consecuencia, en las fundaciones de ámbito autonómico, el interés general autonómico constituye el título habilitante de la competencia regional, que opera superpuesto o en paralelo a la competencia en materia de Derecho civil, propia del Estado. Estos aspectos son de orden público (requisitos, organización y fin de interés general, pues

nunca sería lícito un fin contrario a ese interés general), en definitiva, son de naturaleza estrictamente pública, inherentes a la competencia autonómica en materia de fundaciones. Es un error (que se aprecia en el *obiter dicta* del FJ 4), considerar que estos aspectos solo pueden corresponder a aquellas CCAA que «cuenten con una regulación civil propia en la concreta materia o en una institución civil conexas», pues dicha interpretación reduciría a la nada (mera gestión) la competencia en materia de fundaciones de las CCAA sin Derecho civil propio.

Si no todo el Derecho fundacional pertenece o es de Derecho público —como con razón advierte el Tribunal— no todas las normas relativas al régimen de fusión de fundaciones son de naturaleza civil. Y ello debiera haber conducido a una Sentencia distinta, pues, a la postre, ninguna innovación sustantiva introdujeron los apartados 1 y 3 del artículo 37, declarados inconstitucionales, respecto de la ley estatal. La misma Sentencia señala que la ley autonómica se ha limitado a «reproducir las normas estatales sobre fundaciones». Las supuestas «novedades» —calificadas como extralimitaciones respecto de la ley estatal— están presentes en la ley estatal y precisamente operan para garantizar el fin fundacional del fundador y respetando su voluntad que opera como límite obstativo a la fusión, salvo cuando la fusión sea la alternativa a su liquidación. Creo, en consecuencia, que las normas impugnadas no suponían una alteración del régimen sustantivo previsto en la ley estatal y, las aparentes novedades del régimen de fusión lo son en aspectos relacionados con el cumplimiento del fin fundacional de interés general que —en esos casos excepcionales, de liquidación— deben modular el alcance de la voluntad del fundador y quedaban cubiertos por la competencia autonómica.

En otro orden de cosas, han pasado seis años desde la aprobación de la ley y sigue sin aprobarse el reglamento regulador del *Registro de Fundaciones* de La Rioja, lo que genera ciertas disfunciones al responder la estructura del actual Registro a la terminología existente en el momento del traspaso en 1996. Este aspecto debiera subsanarse cuanto antes.

Las medidas de racionalización del sector público autonómico no han tenido consecuencias en la reducción del número de fundaciones de titularidad pública, aunque sí se han reducido en estos años de crisis económica la cuantía de aportaciones económicas a sus presupuestos de funcionamiento. En el ámbito municipal sí que se ha disuelto y extinguido la Fundación Logroño Turismo.

En cuanto al *régimen económico financiero* de las fundaciones públicas de la Comunidad Autónoma de La Rioja (aquellas «en cuya dotación participe mayoritariamente, directa o indirectamente, el Gobierno de La Rioja», según

el artículo 53 de la Ley 3/2003, de 3 de marzo, de organización del sector público), la reciente Ley 11/2013, de 21 de octubre, de la Hacienda Pública de La Rioja, las incluye —como no podía ser de otra forma— en su ámbito de aplicación [art. 4.1.e), que remite al citado precepto de la ley 3/2003]. A tal efecto, la nueva ley las considera incluidas dentro del «sector público autonómico» fundacional (art. 5. 1 y 4), lo que determina el régimen jurídico aplicable, a efectos económicos y financieros, que no es otro que el establecido en la citada Ley 11/2003, las leyes de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma, sus normas específicas y por la normativa comunitaria, sin perjuicio de las especialidades contenidas en sus normas de creación y de la legislación general del Estado en la materia que resulte de aplicación de acuerdo con la Constitución y con el Estatuto, siéndoles de aplicación supletoria las normas de Derecho administrativos y, en su defecto, las de Derecho común (art. 6). Aun aparecen otras menciones a las fundaciones públicas, en cuanto a su régimen presupuestario, al establecer el artículo 78.1, que las fundaciones deben aprobar «presupuestos de explotación y capital», consistentes en una previsión de la cuenta de resultados y del cuadro de financiación del correspondiente ejercicio (art. 79), documento que se acompañará de una memoria explicativa de su contenido, de la ejecución del ejercicio anterior y de la previsión del ejercicio corriente, así como de los programas de actuación plurianual actualizados (art. 80).

Por lo demás, las fundaciones públicas están sujetas a los principios contables propios del sector público autonómico y, en consecuencia, a rendir cuentas de sus operaciones ante el Tribunal de Cuentas, por conducto de la Intervención General regional (art. 112). A tal efecto, la Cuenta General de la Comunidad Autónoma de La Rioja se formará, entre otros documentos, con la Cuenta General del sector público fundacional (agregado o consolidado de las cuentas de las entidades que deben aplicar los principios de contabilidad recogidos en la normativa contable relativa a entidades sin fines lucrativos [art. 122.1 c]). Por esa razón, tienen la condición de «cuentadantes» y obligados a rendir cuentas, los Presidentes del patronato o quienes tengan atribuidas funciones ejecutivas en las fundaciones del sector público autonómico, cuentas que deben rendirse dentro de los seis meses siguientes a la terminación del ejercicio económico (arts. 127 a 129). Adviértase, sin embargo, que las fundaciones públicas, no están sujetas al control financiero permanente establecido para el resto del sector público autonómico en el artículo 149, aunque pueden ser objeto de «auditorías», de acuerdo con el artículo 158.

Las fundaciones en la Comunidad de Madrid. 2013

José Luis Piñar Mañas

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad San Pablo-CEU de Madrid

Alicia Real Pérez

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. NORMATIVA Y PROTECTORADOS.—II. JURISPRUDENCIA SOBRE FUNDACIONES: 1. *Denominación de las fundaciones y derecho de marcas.* 2. *Responsabilidad de los patronos en caso de extinción de la fundación.* 3. *Derecho de reversión de bienes tras la extinción de la fundación.* 4. *Sobre la necesidad de adoptar acuerdo de patronato para interponer recurso antes los Tribunales.*

I. Introducción. Normativa y Protectorados

Pocas novedades se han producido en el ámbito de las fundaciones de la Comunidad de Madrid durante 2013.

La normativa aplicable sigue siendo, como ya hemos destacado en anteriores Anuarios¹, la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, modificada por Ley 2/2004, de 31 de mayo, y el Decreto 20/2002, de 24 de enero, por el que se regula el Registro de Fundaciones de la Comunidad de Madrid. Asimismo cabe destacar la STC 341/2005, de 21 de diciembre, a la que también nos hemos referido en otras ocasiones².

El Protectorado corresponde, en función de la finalidad de las fundaciones, a las Consejerías de Economía y Hacienda, Empleo y Mujer, Familia y Asuntos Sociales, Cultura y Deporte, Sanidad, y Educación y Empleo. El Registro de Fundaciones está atribuido a la Consejería de Justicia e Interior. Estamos, pues, ante un claro ejemplo de Protectorado múltiple y disperso, que en nuestra opinión no es la mejor de las opciones posibles.

¹ Vid fundamentalmente el Anuario 2009, pp. 437 y ss.

² Anuario 2009, pp. 439-441.

En fin, es de destacar que en el Registro de Fundaciones hay inscritas 604 fundaciones³.

II. Jurisprudencia sobre fundaciones

En cuanto a los Tribunales, pocos son los asuntos que se han ventilado en los que se haya aplicado la legislación de Madrid. Sí hay algunas Sentencias dictada por Tribunales de Madrid (Tribunal Superior de Justicia y Audiencia Provincial) que tienen que ver, en general, con el régimen de las fundaciones, y que merece la pena resaltar.

1. *Denominación de las fundaciones y derecho de marcas*

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 de febrero de 2012, núm. 61/2012, dictada en el Recurso núm. 207/2011, se ocupa de un interesante tema relacionado con la denominación de una fundación y cómo la misma puede infringir el derecho de marcas.

La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Madrid que se recurre y que da pie a la Sentencia que ahora comentamos declara que «la adopción y uso por Fundación Marqués de Vivanco del vocablo “Vivanco” en su denominación constituye una violación de los derechos exclusivos de propiedad industrial de la actora; que la adopción por Fundación Marqués de Vivanco de cualquier expresión que incluya la palabra “Vivanco” infringe lo dispuesto en la disposición adicional decimocuarta de la Ley de Marcas; y que la denominación fundacional “Marqués de Vivanco” es nula y, en su virtud, condena a la citada entidad a modificar su denominación, eliminando de la misma el término o vocablo “Vivanco” y su sustitución por otra que no incluya dicho término y ordena la inscripción o anotación de la Sentencia —en lo que a denominación fundacional se refiere— en los Registros de Fundaciones del Ministerio de Justicia».

Se plantea la cuestión de si la declaración de nulidad de la denominación de una Fundación en vía mercantil puede traer como consecuencia la obligación de modificar la denominación de la Fundación en el Registro de Fundaciones. En este sentido, la Sentencia afirma:

³ En la fecha de corrección de pruebas de esta obra: marzo 2014. Ver la relación de fundaciones en http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_InfPractica_FA&cid=1109168013267&idConsejeria=1109266187224&idListConsj=1109265444710&idOrganismo=1142289231982&language=es&pagename=ComunidadMadrid%2FEstructura&pv=1142310163271&sm=1109266100977

«Los citados demandados y ahora apelantes opusieron en su contestación a la demanda la indebida acumulación de acciones, señalando los recurrentes que en la demanda, junto con peticiones basadas en las acciones marcarias y por competencia desleal ejercitadas, se solicitó la declaración de nulidad de la denominación social de la Fundación Marqués de Vivanco y la condena a modificarla, peticiones que contravienen el acuerdo de calificación e inscripción en el Registro de Fundaciones que sólo es revisable en vía contencioso-administrativa de conformidad con el artículo 43 de la Ley de Fundaciones de Competencia Estatal de 26 de diciembre de 2002. ... aunque el tribunal entiende que el hecho de que en la demanda se ejercite una acción para la que el juzgado de lo mercantil carece de jurisdicción junto con otras que son de su competencia objetiva puede denunciarse por la vía de la indebida acumulación de acciones (artículos 73.1.1.º y 402 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), lo cierto es que en el caso enjuiciado no se aprecia el defecto denunciado.

..., la petición de que se declare nula la denominación de una fundación por infringir los derechos marcarios de los demandantes y la condena a modificar tal denominación, no tiene por objeto revisar la calificación efectuada por el encargado del Registro de Fundaciones, sino declarar y valorar si se ha producido una infracción marcaria cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción civil, siendo de la competencia objetiva de los juzgados de lo mercantil.

Efectivamente, en la medida en que no se trata de impugnar la calificación del encargado del Registro de Fundaciones sino del ejercicio de una pretendida acción de nulidad de la denominación de la Fundación y la de modificación de su denominación, la jurisdicción corresponde al orden civil (artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) y la competencia objetiva a los juzgados de lo mercantil (artículo 86 ter bis 2.a de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Cuestión distinta es si la Ley de Marcas ofrece realmente al actor una acción para pedir la nulidad de la denominación social o, realmente, sólo cabía interesar la condena a la modificación de la denominación social como tradicionalmente ha admitido la Jurisprudencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2006 y las que en la misma se citan), con las consecuencias ya expresadas y legalmente previstas en la disposición adicional decimoséptima de la vigente Ley de Marcas, aun cuando esta última lo sea analógicamente por tratarse de una fundación la persona jurídica cuya denominación se estima infractora».

Pero dicho lo anterior, la Audiencia señala:

«Negado por la Sentencia apelada el carácter notorio de las marcas de la demandante no puede efectuarse la declaración de nulidad de la denominación de la fundación con apoyo en la disposición adicional decimocuarta de la Ley de Marcas. Es más, la citada disposición no otorga acción alguna de nulidad de la denominación derivada de la supuesta infracción de la dicha disposición por el registrador. Se trata de un mandato dirigido a los titulares de los órganos registrales competentes para el

otorgamiento o verificación de denominaciones de personas jurídicas para que denieguen el nombre o razón social solicitado si coincide o pudiera originar confusión con una marca o nombre comercial notorio o renombrado, salvo autorización del titular de la marca o nombre comercial, cuya infracción por aquéllos permitirá, en su caso, impugnar la calificación en la vía correspondiente —la contencioso administrativa en caso de fundaciones (artículo 43.3 Ley de Fundaciones)— o ejercitar las acciones civiles para que se declare la infracción de los derechos marcarios con las consecuencias anudadas por la ley a dicha infracción, sin que se contemple en la Ley de Marcas, ni en ninguna otra norma, la acción de nulidad de una denominación social.

Dado que no existe acción para que se declare la nulidad de una denominación social, resulta innecesario analizar el carácter notorio de las marcas de la actora por si tal cuestión se considerase introducida vía impugnación de la Sentencia a pesar de que, incompresiblemente, no se haga mención alguna a dicho carácter en la oposición a este motivo del recurso de apelación.

Por las mismas razones no podría fundarse la nulidad de la denominación en el artículo 5 de la Ley de Fundaciones cuando señala que no se admitirá ninguna denominación que coincida o se asemeje de manera que pueda crear confusión con ninguna otra previamente inscrita en los Registros de Fundaciones, al margen de que ni siquiera es parte en este procedimiento la Fundación Dinastía Vivanco, que tiene personalidad jurídica distinta de la demandante, con la que supuestamente colisionaría la denominación de la fundación apelante.

Lo expuesto determina el acogimiento del recurso de apelación en cuanto a la estimación por la Sentencia de la acción declarativa de nulidad de la denominación social y de que la adopción por Fundación Marqués de Vivanco de cualquier expresión que incluya la palabra “Vivanco” infringe lo dispuesto en la disposición adicional 14.ª de la Ley de Marcas, así como de la anotación o inscripción de la Sentencia, en cuanto a la denominación fundacional, en el Registro de Fundaciones del Ministerio de Justicia».

2. Responsabilidad de los patronos en caso de extinción de la fundación

La Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de julio de 2013, Recurso de Apelación 355/2012, se refiere a un tema relacionado con la acción de responsabilidad de patronos. Declarada la extinción de una Fundación por imposibilidad de realización del fin fundacional, la Comunidad de Madrid promovió la acción de responsabilidad de los patronos ex artículo 35.2 de la Ley 50/2002, de Fundaciones, por el supuesto contemplado en el artículo 17.2. El primero dispone que «En todo caso, el Protectorado está legitimado para ejercitar la correspondiente acción de responsabilidad por los actos relacionados en el artículo 17.2», mientras que

según éste «Los patronos responderán solidariamente frente a la fundación de los daños y perjuicios que causen por actos contrarios a la Ley o a los Estatutos, o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo...».

La Audiencia resalta que *«si bien el Protectorado está legitimado para el ejercicio de la acción ex artículo 17.2 de la Ley de Fundaciones, debe de tenerse presente que tal precepto recoge la responsabilidad de los patronos “frente a la fundación” por daños y perjuicios causados, es decir, responsabilidad de los patronos frente a aquélla, no frente a acreedores de la fundación»*. Dicho esto, añade: *«Así, lo cierto es que en el caso de autos la Excm. Comunidad de Madrid al concretar el perjuicio ocasionado en la cantidad no desembolsada de la dotación fundacional —4.507,59 €— está ejercitando la acción no en interés de la Fundación pues, a pesar de invocar en el recurso que el daño se ocasionó a la Fundación, lo cierto es que ello no tiene sentido cuando al mismo tiempo se solicita la declaración de la extinción de la misma, y cuando los patronos han reconocido que la Fundación no pudo tener actividad por causas plenamente ajenas a la falta de dotación fundacional.*

Si a ello se añade que al extinguirse la fundación, los bienes y derechos resultantes se destinan a fundaciones o entidades no lucrativas privadas en los términos contemplados en el artículo 33.2 de la Ley de Fundaciones, se está en el caso de no haber considerado que con la falta de desembolso de toda la dotación fundacional se ocasionase daño a la Fundación, la cual, repetimos, según sus propios patronos, no inició su actividad por causas plenamente ajenas a dicha falta de desembolso (de hecho la cantidad inicialmente desembolsada, con pequeña reducción propia de gastos fundacionales, permanecía en su patrimonio)». De modo que *«no parece guardar un interés jurídico protegible el pretender la declaración de la responsabilidad exigida a los patronos por falta del aporte fundacional en su integridad cuando, por causas ajenas a ello, la Fundación no tuvo actividad y por tal motivo se solicitó la declaración de extinción de la misma»*.

También guarda relación con el régimen de responsabilidad de los patronos la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de junio de 2012, núm. 310/2012, dictada en el recurso de apelación 76/2012.

En ella se analizan diversos temas de entre los que ahora cabe destacar lo que se afirma en cuanto a la prescripción de la acción de responsabilidad:

«La responsabilidad de los administradores sociales, lo mismo que la de los patronos de fundaciones, gestores de asociaciones, cooperativas, y demás entes públicos o privados dotados de personalidad jurídica es responsabilidad legal y de carácter orgánico, propia y privativa del gestor, por su gestión que se deduce a título de culpa, y en su caso de dolo: por la mala gestión; por no desempeñar la gestión de los

bienes e intereses ajenos con la misma diligencia con que se gestionan los intereses propios.

Con la de un buen y ordenado comerciante, o con la de un exquisito padre de familia, la de un leal y ordenado gestor, o como dice el Art.17.1 de la Ley de Fundaciones como un representante leal, y más aún cuando se trata de entes que cumplen misiones sociales de gran importancia como es la promoción, integración, y no discriminación de personas con discapacidades psíquicas.

Por tanto no es responsabilidad extracontractual. Es legal, y si no tiene señalado un plazo específico de prescripción, como es el caso de los administradores de las sociedades de capital, se rige por el plazo ordinario del Art.1964 C.C. de quince años. En este caso, la Ley 50/2002 de Fundaciones no fija plazo especial de prescripción, por lo que rige el ordinario ya dicho».

3. Derecho de reversión de bienes tras la extinción de la fundación

De un tema capital, éste sí directamente vinculado al derecho de fundación, se ocupa la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de diciembre de 2013, Sentencia núm. 961. El tema del que se ocupa la Audiencia es el derecho de reversión y los hechos son los siguientes (extraídos de la propia Sentencia):

«Se promovió demanda de juicio ordinario por la representación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. contra la Fundación Banco Bilbao Vizcaya argentaria (Fundación BBVA) y contra la Administración General del Estado (Ministerio de Cultura, Protectorado de Fundaciones Culturales) solicitando fuese declarada la pervivencia, a favor de la parte actora, del derecho de reversión que el Banco Bilbao Vizcaya S.A se reservó en el momento de constituir la Fundación Banco Bilbao Vizcaya (actualmente Fundación BBVA), con el contenido de que, en cualquier supuesto de extinción de la Fundación, distinto a la fusión, revertirán al BBVA y no formarán parte del patrimonio de la Fundación objeto de la liquidación, todos los bienes y derechos de los que al tiempo de la extinción, sea titular la Fundación y procedan, mediante subrogación real, de la dotación inicial de la Fundación BBV; bienes y derechos que a fecha de presentación de la demanda, consisten en 34.365.582 acciones emitidas por el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. Y ello al amparo, esencialmente, del artículo 39 del Código Civil, el artículo 27 de los Estatutos iniciales (posteriormente art. 28), artículo 33.2 de la Ley 50/2002, de Fundaciones, Sentencias dictadas por la Sala tercera del T.S. de fecha 9 de diciembre de 2008, y STC 341/2.005, de 21 de diciembre de 2005.

La Fundación BBVA se allanó a la demanda, habiéndose opuesto a la demanda el Ministerio de Cultura en apoyo de los mismos preceptos y resoluciones judiciales alegados de contrario. La Sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia

n.º 20, de Madrid, desestimó las pretensiones de la demandante en virtud de lo dispuesto en la Ley 50/2.002 de Fundaciones, en relación al artículo 39 del Código Civil, al considerar que no le asistía actualmente derecho alguno de reversión, respecto a los bienes y derechos con los que el BBV había dotado inicialmente a la Fundación BBV».

Asimismo es necesario tener en cuenta los siguientes hitos, que también enumera la propia Sentencia:

«1.º Cuando la Fundación BBV fue creada por el Banco BBV el 19 de octubre de 1988, el banco fundador realizó una dotación inicial de 14 mil millones de pesetas en metálico, que fue invertida en la adquisición de 34.365.852 acciones del propio Banco, procedentes, por subrogación real, de la dotación económica inicial.

En ese momento, y conforme a la legislación vigente, los Estatutos de la Fundación BBV previeron la reversión de los bienes fundacionales al propio banco en el momento de extinción de la Fundación, en el artículo 27 de los Estatutos, y conforme a lo dispuesto en el art. 39 Código Civil.

2.º En septiembre de 1990, se modificaron los Estatutos, y el artículo 27 pasó a ser el artículo 28 manteniendo la redacción en cuanto al destino de los bienes fundacionales. En concreto se disponía: “En todos los supuestos de extinción de la Fundación, el destino de los bienes fundacionales, ya se trate de los inicialmente aportados, ya de los adquiridos en el futuro, será el de entregarlos al Banco fundador quien, en tal supuesto, podrá disponer de ellos libremente”.

3.º El 14 de diciembre de 1990, la Fundación BBV se fusionó con la Fundación Banco de Vizcaya, por absorción y traspaso de todo el patrimonio de la segunda a la primera. Pasó a ser la Fundación BBVA en abril de 2001.

4.º En fecha 1 de enero de 2003 entró en vigor la Ley 50/2002, de 26 de diciembre de Fundaciones, vigente en la actualidad. Su artículo 33.2 dispone (en parecidos términos al artículo 31.2 de la ley anterior 30/1994) lo siguiente: “Los bienes y derechos resultantes de la liquidación se destinarán a las fundaciones o a las entidades no lucrativas privadas que persigan fines de interés general y que tengan afectados sus bienes, incluso para el supuesto de su disolución, a la consecución de aquéllos, y que hayan sido designados en el negocio fundacional o en los Estatutos de la fundación extinguida. En su defecto, este destino podrá ser decidido, en favor de las mismas fundaciones y entidades mencionadas, por el Patronato, cuando tenga reconocida esa facultad por el fundador, y, a falta de esa facultad, corresponderá al Protectorado cumplir ese cometido”. Añade el ordinal 3 “No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, las fundaciones podrán prever en sus Estatutos o cláusulas fundacionales que los bienes y derechos resultantes de la liquidación sean destinados a entidades públicas, de naturaleza no fundacional, que persigan fines de interés general”.

Su disposición transitoria primera obliga a las fundaciones, constituidas con anterioridad a su entrada en vigor, a adaptar los Estatutos a la nueva ley en un plazo de dos años.

5.º En virtud de dicha obligación, en diciembre de 2004, se modificaron los Estatutos, que afectaban, entre otros, al plazo de duración de la fundación, que se amplió al 31 de diciembre de 2018, y al artículo 28 de los Estatutos (antes 27) relativo al derecho de reversión del Banco fundador, y se añadió una disposición transitoria, en reconocimiento de tal derecho, adaptándola a la dicción del artículo 33.2 de la L50/2002.

Modificación a la que se opuso el Protectorado de la Fundación (Ministerio de Cultura), mediante resolución motivada, al no ajustarse a lo dispuesto en el artículo 33.2 de la Ley vigente, y no reunir el Banco fundador las condiciones requeridas en la Ley para ser destinataria de los bienes.

Frente a dicha resolución el Banco interpuso recurso contencioso administrativo, planteando como cuestión prejudicial civil, la pervivencia del derecho de reversión a su favor, que fue resuelto por la Sala de la Audiencia Nacional, el 1 de junio de 2.006, desestimando la pretensión del Banco. Contra ésta el Banco BBVA interpuso recurso de casación, que fue resuelto por la Sala tercera del TS con fecha 9 de diciembre de 2.008, desestimando el recurso, confirmando la resolución recurrida.

6.º El 21 de diciembre de 2005, el Tribunal Constitucional resolvió por Sentencia el recurso de inconstitucionalidad promovido contra varios preceptos de la Ley de la Asamblea de Madrid 1/98 de 2 de marzo, de Fundaciones, y concretamente el art. 27.2 que dispone que “a los bienes y derechos resultantes de la liquidación de una fundación extinguida se les dará el destino previsto por el fundador”, abordando la interpretación de éste en relación a los artículos 39 del Código Civil, 31 de la Ley de Fundaciones anterior y actual artículo 33 de la Ley 50/2002, no considerando la inconstitucionalidad de la norma».

Los antecedentes y la evolución de la situación tal como queda descrita son sin duda de una importancia capital y nos sitúan en el ámbito de una de las cuestiones más controvertidas del derecho de fundación desde la Ley de 1994 hasta nuestros días.

En este sentido, y dada la importancia de la doctrina de la Audiencia, merece la pena transcribir sus pronunciamientos:

«Se ampara el motivo en varias cuestiones: 1) Cuando la actual Fundación BBVA se constituyó, el establecimiento del derecho de reversión a favor del fundador era plenamente conforme con la legislación entonces vigente; 2) La polémica doctrinal sobre la validez de las cláusulas de reversión tras la Ley 50/2002 de Fundaciones o, la anterior Ley 30/1994; 3) La doctrina del Pleno del Tribunal Constitucional en la Sentencia 341/2005, de 21 de diciembre, determina que la

Sentencia apelada deba ser revocada y estimada la demanda; 4) Subsidiariamente, a la luz del derecho transitorio de aplicación, no puede sostenerse que la vigente Ley 50/2002 haya suprimido retroactivamente el derecho de reversión adquirido por el Banco Fundador al constituir la Fundación BBVA; 5) La solución de la cuestión litigiosa a la luz de los artículos 33.3 y 34.1 de la Constitución Española.

No resulta discutible para esta Sala que, en el momento de la constitución de la Fundación, y en aplicación del artículo 39 del Código Civil, fuese posible establecer un derecho de reversión a favor del fundador, mediante las cláusulas fundacionales, ampliamente utilizadas en el acto constitutivo de las fundaciones. Que dichas cláusulas han quedado retroactivamente sin efecto, o se hayan prohibido expresamente por la Ley 50/2002, es lo que discuten las partes. En este sentido, sin obviar las distintas corrientes doctrinales sobre la cuestión, no solo con anterioridad al dictado de la STC 341/2002, de 21 de diciembre, sino también las posteriores, que la interpretan de manera pormenorizada, llegando a conclusiones dispares, debemos hacer hincapié en los siguientes aspectos:

1.º La STC 341/2002 resolvió el recurso de inconstitucionalidad promovido contra varios preceptos de la Ley de la Asamblea de Madrid 1/98 de 2 de marzo, de Fundaciones, y concretamente el art. 27.2 que dispone que “a los bienes y derechos resultantes de la liquidación de una fundación extinguida se les dará el destino previsto por el fundador”. Y aunque examina la constitucionalidad de la norma, en relación al art. 39 del CC y 33 de la ley 50/2002, no era objeto del recurso la constitucionalidad este último precepto, ni ningún otro de la vigente Ley de Fundaciones. Ahora bien, aunque no puedan extenderse los efectos de lo resuelto, a materia no sometida a examen de constitucionalidad, si debe tenerse en cuenta la interpretación del TC sobre la materia, porque necesariamente pone en relación el artículo 27.2 de la Ley autonómica con el artículo 33 de la Ley Estatal. Lo que declara el TC es que la norma autonómica no era inconstitucional, y que, era posible que dicha ley previera que fuese la voluntad del fundador la preeminente a la hora de dar el destino a los bienes y derechos resultantes de la liquidación, pero presidido por el principio del interés general y la ausencia de lucro para el fundador.

Partiendo de que el artículo 39 del CC no ha sido derogado por el artículo 33.2 de la Ley 50/2002, como así se recoge en la STC 341/2005, y así lo mantienen ambas partes, al no resultar excluyentes, “constituyendo un complemento”, la citada Sentencia se amparaba en lo expresado en la STC 49/1988, de 22 de marzo, que en relación al art. 34 CE recogía “se refiere sin duda al concepto de fundación admitido de forma generalizada entre los juristas y que considera la fundación como la persona jurídica constituida por una masa de bienes vinculados por el fundador o fundadores a un fin de interés general. La fundación nace, por tanto, de un acto de disposición de bienes que realiza el fundador, quien los vincula a un fin por él determinado y establece las reglas por las que han de administrarse al objeto de que sirvan para cumplir los fines deseados de manera permanente o, al menos, duradera.

Tanto la manifestación de voluntad como la organización han de cumplir los requisitos que marquen las leyes, las cuales prevén, además, un tipo de acción administrativa (el protectorado) para asegurar el cumplimiento de los fines de la fundación y la recta administración de los bienes que la forman... como afirmación general pocas dudas puede haber de que ese es el concepto de fundación a que se refiere el art. 34 de la Constitución. Obsérvese también que el reconocimiento del derecho de fundación figura en el Texto constitucional inmediatamente después del artículo que recoge el derecho a la propiedad y a la herencia (art. 33). Ello permite entender que aquel derecho es una manifestación más de la autonomía de la voluntad respecto a los bienes, por cuya virtud una persona puede disponer de su patrimonio libremente, dentro de los límites y con las condiciones legalmente establecidas, incluso creando una persona jurídica para asegurar los fines deseados”.

*Lo que reitera en el fundamento de derecho séptimo, y añade, como consecuencia de ello, que no puede deducirse que forme parte de esa imagen reconocible de la institución preservada por el art. 34 CE “la afectación perpetua de los bienes o derechos al servicio de intereses generales. El interés jurídico protegido por el art. 34 CE exige que los bienes y derechos con que se dote a la fundación sirvan al interés general en tanto subsista el ente fundacional, **pero no prescribe la permanente afectación tras la extinción de la fundación**” (la negrilla es nuestra). Y esencialmente, viene a disponer que la prohibición de cláusulas de reversión de los patrimonios fundacionales “tampoco se explicita en la normativa dictada al amparo del art. 149.1.1 CE”.*

*Insiste la STC en el interés general que, conforme a lo previsto en el art. 34 CE, debe presidir las fundaciones, desde su constitución hasta su extinción, y en la incompatibilidad con dicho principio, de que la liquidación de la fundación pudiera producir un lucro al fundador. “En tal sentido deberá tenerse en cuenta que **la caracterización de las fundaciones como organizaciones sin afán de lucro no resultaría compatible con eventuales cláusulas de reversión que alcanzaran a bienes o derechos distintos de aquéllos con los que el propio fundador dotó a la fundación**”. (la negrilla es nuestra).*

De lo que, de contrario, cabe deducir dicha compatibilidad, cuando las cláusulas de reversión no afecten más que a los bienes aportados por el fundador en concepto de dotación, que es la pretensión que reclama el Banco apelante a su favor, y que justificaría la estimación de este motivo de apelación.

2.º La posterior STS (Sala 3.ª) de 9 de diciembre de 2.008, desestimatoria del recurso de casación promovido por la ahora apelante, insiste en el hecho de que, lo que la resolución impugnada resolvió “no fue otra sino la de declarar que la modificación de los Estatutos que el recurrente pretendía no era compatible con los términos de la Ley 50/2002, y a esas cuestiones y no a otras se ha de limitar el presente recurso de casación”.

Por tanto, la referida Sentencia, aunque recoge en su argumentación jurídica lo expresado en la Sentencia entonces recurrida en casación, que negaba que se tratara de un problema de derecho transitorio y no reconocía un derecho adquirido al Banco, reitera que el objeto del recurso contencioso-administrativo era la resolución de la Administración que declaró no haber lugar a aceptar la modificación de los Estatutos que el recurrente pretendía, y ese y no otro es el objeto del proceso. Por ello, no solo no entró a examinar la pervivencia del derecho de reversión a favor del Banco fundador, que es el objeto de este recurso, sino que la excluyó expresamente.

3.º En cuanto al argumento relativo al derecho transitorio de aplicación, la apelante entiende que no puede sostenerse que la vigente Ley 50/2002 haya suprimido retroactivamente el derecho de reversión adquirido por el Banco Fundador al constituir la Fundación BBVA, y se refiere a la aplicación de las normas de derecho transitorio prevista en el Código Civil, así como a la no posibilidad de que la nueva norma suprima un derecho adquirido por otra persona distinta a la propia fundación.

Respecto al artículo 2.3 del Código Civil, sus principios son de aplicación a las demás normas que no contemplen un régimen especial de Derecho transitorio o en lo que éste omita. Así lo señaló el Tribunal Supremo, en Sentencia de 16 de abril de 1991, al declarar que “carente nuestro ordenamiento jurídico de unas normas de derecho intertemporal que tengan carácter genérico, se admite, pacíficamente, que, a falta de reglas específicas estatuidas por cada dispositivo legal concreto, y siempre dentro del marco constitucional que señalan los límites acerca de la retroactividad e irretroactividad de las leyes, son las normas de Derecho transitorio del Código Civil las que cumplen tal función”.

Se defiende que la Ley 50/2002 no dispone el efecto retroactivo de lo previsto en su artículo 33.2, y así se comparte por esta Sala. La disposición transitoria primera de la Ley de Fundaciones recoge: “Adaptación de los Estatutos de las fundaciones y modificación de la dotación”.

1. En el plazo de dos años a partir de la entrada en vigor de esta Ley, las fundaciones ya constituidas deberán adaptar sus Estatutos, cuando proceda, a lo dispuesto en la misma, quedando extinguidos los plazos de adaptación estatutaria previstos en la legislación anterior. La dotación de dichas fundaciones no se someterá al régimen previsto en el artículo 12 de esta Ley.

Por tanto, y aunque la propia Ley prevé, en su articulado, el mecanismo transitorio a observar por las fundaciones existentes a la fecha de entrada en vigor de la L 50/2002, ésta alcanza a la adaptación estatutaria, pero no puede entenderse que afecte a derechos adquiridos por una persona distinta de la propia fundación, bajo la vigencia de la legislación anterior, como resulta el poder de decisión del fundador sobre el destino de los bienes dotacionales. A este respecto, bien podría diferenciarse entre los bienes y derechos objeto de la “dotación” inicial de la fundación, y de los bienes y derechos resultantes de la liquidación de la fundación al extinguirse ésta. Y

la norma no prevé expresamente, ni con carácter transitorio, ni específico, que no puedan revertir los bienes dotacionales al fundador en el momento de la extinción de la fundación, cuando así fue previsto. E indudablemente, el derecho a recuperar la dotación por parte del fundador, fue una previsión estatutaria y un derecho que anteriormente podía ser ejercitado libremente por los fundadores en caso de extinción, con carácter previo a la liquidación del patrimonio dotacional. Esta misma interpretación se deduce de la propia redacción del art. 32 del Reglamento de Fundaciones, de 2005, cuando se refiere al proceso de liquidación de las fundaciones, en relación a qué considera incluíble como ingresos y gastos en el balance de que debe partirse cuando se procede a la liquidación, excluyendo expresamente la dotación inicial. En este sentido, parte de la doctrina (Serrano Chamorro, Rojas Martínez, entre otros) distinguiendo entre ambas figuras, consideran que cuando existe, como es el caso, una cláusula fundacional que prevé la reversión, debemos entender que es un pasivo de la fundación, que se tiene que entregar a las personas señaladas por el fundador, igual que si fuera un derecho de usufructo que se entrega al nudo propietario, o un arrendamiento que se entrega al propietario. El bien no se integrará dentro del patrimonio sometido a liquidación por la evidencia de que su propiedad no pertenece a la fundación sino al reversionario. Entiende esta Sala que un derecho económico de semejante entidad e importancia, a favor del fundador, previsto en las cláusulas fundacionales, no puede entenderse extinguido y sin efecto por la vía interpretativa del artículo 33 de la Ley de Fundaciones (que no se encontraba vigente cuando se creó la fundación) o por una disposición transitoria, que no impone ese grado máximo de retroactividad, y que afecta a la obligación de la fundación de adaptar los Estatutos, pero no se extiende a contemplar los derechos adquiridos, por expresa previsión estatutaria, a favor de una persona distinta. Por ello, consideramos que ante la inexistencia de expresa regulación transitoria a la entrada en vigor de la actual Ley de Fundaciones, respecto a los derechos de reversión existentes a favor del fundador, atendiendo a lo dispuesto en el art. 39 CC, se hace necesaria la aplicación de lo dispuesto en el artículo 2.3 del Código Civil y las reglas del Derecho transitorio que contiene al final del mismo Cuerpo legal (Disposiciones Transitorias Primera, Segunda y Cuarta), considerando que persiste el derecho de reversión a favor del Banco fundador en el momento de la extinción de la fundación (por causa distinta a la fusión), respecto a los bienes dotacionales, al no derivarse de ello lucro para el fundador, ni resultar contrario al interés general. Lo que conduce a la estimación del recurso, sin necesidad de entrar a examinar el resto de los motivos, debiendo revocarse la Sentencia apelada y estimar la demanda promovida por el Banco BBVA».

La doctrina de la Audiencia está, en nuestra opinión, muy bien construida y, por cierto, está en línea con lo que ya habíamos expuesto hace años⁴.

⁴ *Derecho de Fundaciones y voluntad del Fundador*, Marcial Pons, Madrid, 2000, en particular pp. 157-166.

En efecto, ya habíamos afirmado que con anterioridad a la Ley de Fundaciones de 1994 que la reversión era posible en aplicación del artículo 39 del Código Civil (que habría derogado el artículo 16 de la Ley General de Beneficencia de 1849). Y también, en relación con la Ley de 1994 «entendemos que la interpretación correcta de los artículos 31.2 y 3 de la Ley de Fundaciones han de ser conforme a las reglas de general aplicación a los negocios de liberalidad, entre los cuales se encuentra el negocio constitutivo de las fundaciones. Interpretación que podría resumirse así: el remanente de bienes y derechos que quedaren una vez liquidada la fundación se destinará a otras entidades que persigan fines de interés general, conforme a las reglas contenidas en el artículo 31 de la Ley 30/1994. Ahora bien, de dicho remanente se detraerá la dotación —o los bienes o derechos que hubieren ocupado su lugar— si el fundador hubiese previsto una cláusula de reversión cuando creó la fundación. Del mismo modo se detraerán los bienes que a lo largo de la vida de la fundación se le hubieran donado o dejado a título de legado o herencia con cláusula de reversión»⁵.

4. *Sobre la necesidad de adoptar acuerdo de patronato para interponer recurso antes los Tribunales*

Por último haremos una referencia a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 27 de mayo de 2013, núm. 830/2013, dictada en el Procedimiento Ordinario 1827/2011 Sec. 6.^a La Sentencia tiene interés para las fundaciones si bien se refiere a un tema de naturaleza procesal. En particular, la cuestión debatida se refiere a la causa de inadmisibilidad al amparo de lo establecido en el artículo 45.2.d) en relación con el artículo 69 b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al constatar que el recurso se interpuso por una persona jurídica (una fundación), sin que, con carácter previo, se hubiese aportado el documento que acredite el cumplimiento de los requisitos que sus normas o estatutos exigen para entablar acciones, y concretamente el documento acreditativo de que el órgano competente de la persona jurídica ha adoptado «el acuerdo de accionar».

De la mencionada cuestión de inadmisibilidad tuvo conocimiento la fundación recurrente, que en su escrito de conclusiones se opuso a la misma, argumentando acerca de la no concurrencia de dicha inadmisibilidad por falta de poder bastante del procurador. La fundación invocó que al adoptar por parte del patronato el acuerdo de extinción de la misma y correlativa

⁵ *Op. ult. cit.*, p. 166.

apertura de su fase de liquidación, acuerdo que posteriormente se validó por el Protectorado, debía entenderse implícita la voluntad de ejercer cuantas acciones legales fueran procedentes en defensa de sus legítimos intereses y derechos frente a cualesquiera cuestiones liquidatorias pendientes que existieran, en particular —que es el tema de fondo de la controversia planteada ante el Tribunal—, la eventual defensa de los intereses de la fundación en el expediente de reintegro de la subvención concedida que se encontraba abierto en el Ministerio de Fomento, sin posibilidad de sufrir indefensión en este punto.

El Tribunal advierte que con dicho escrito de conclusiones no se aportó finalmente el correspondiente acuerdo fundacional que acredite el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas que con arreglo a las normas o estatutos les sean de aplicación, y que dicho acuerdo tampoco se incorporó dentro del cuerpo del documento que acredite la representación del compareciente. Ante esta situación, la Sala hace referencia a la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo n.º 1385/2013, de 5 de abril de 2013, en la que se señala que:

«cabe poner de relieve que, conforme a la doctrina Jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, expuesta en la Sentencia del Pleno de 5 de noviembre de 2008, la no aportación del documento que acredite que el órgano societario facultado para ello hubiera decidido ejercitar la acción, autoriza al juez o tribunal contencioso-administrativo a declarar la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo en que apreciare dicho defecto procesal, sin necesidad de previo requerimiento de subsanación a la parte demandante, cuando esta irregularidad hubiere sido puesta de manifiesto en el escrito de contestación a la demanda». Añade el TS que «tras la Ley de 1998 (ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), cualquiera que sea la entidad demandante, ésta debe aportar, bien el documento independiente acreditativo de haberse adoptado el acuerdo de interponer el recurso por el órgano a quien en cada caso compete, o bien el documento que, además de ser acreditativo de la representación con que actúa el compareciente, incorpore o inserte en lo pertinente la justificación de aquel acuerdo».

En base a lo anterior el TSJ de Madrid concluye:

«... si bien no ha existido un requerimiento de la Sala para la subsunción del defecto procesal obstativo de un pronunciamiento sobre el fondo, la parte actora ha tenido pleno conocimiento de la correlativa alegación de inadmisibilidad planteada por la parte demandada en su escrito de contestación, de forma que en su escrito de conclusiones, ha realizado las alegaciones que a su derecho ha convenido. Segundo, no se ha aportado finalmente por la demandante, a pesar de tal conocimiento y de la doctrina reiterada del TS en tal particular, el correspondiente acuerdo, en este caso, fundacional, que demostrara la inequívoca voluntad de recurrir en esta Sede el acto

identificado en su escrito de interposición del presente recurso y acompañado por el mismo, infringiendo así el contenido del artículo 45. 2 d) de la Ley Jurisdiccional. Y finalmente, que las explicaciones ofrecidas, que ligan la citada voluntad de recurrir en esta Sede por la recurrente el ya dicho acto, con fundamento en el ejercicio de cuantas acciones legales fueran procedentes en defensa de sus legítimos derechos e intereses, y en particular, frente al expediente de reintegro de subvención concedida que se encontraba abierto en el Ministerio de Fomento, no son bastantes, sino se aporta el correspondiente acuerdo fundacional que así hubiera decidido la interposición del recurso frente a tal concreto acto de la Administración. Y sin que a ello sea bastante el citado acuerdo de extinción aportado por el correspondiente Patronato de la fundación en orden a la realización de actividades liquidatorias de la misma, por más que dentro de aquellas acciones, es decir, de aquella voluntad liquidadora, se encontrara también el ejercicio de cualquier acción necesaria frente a cualesquiera deudas o reclamaciones de cantidad pendiente».



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 EN 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. EL CONTROL PRESUPUESTARIO DE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO AUTÓNOMICO.—III. TERCER SECTOR. APROXIMACIÓN.—IV. NORMATIVA AUTÓNOMICA EN MATERIA DE VOLUNTARIADO: 1. *Competencias estatutarias de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en la esfera del voluntariado*. 2. *Estatuto del voluntariado en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia*: A) Figura del voluntario y su regulación por el Derecho Autonómico murciano. B) Figura de las entidades de voluntariado y su regulación por el Derecho Autonómico de Murcia. 3. *Relaciones de las Administraciones públicas murcianas con las estructuras de voluntariado de ámbito autonómico*: A) Competencias en materia de voluntariado de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y su ejercicio. B) Registro general de entidades de voluntariado. C) Consejo asesor murciano del voluntariado. Participación. 4. *Medidas de fomento del voluntariado*.

Dado que las fundaciones se encuentran englobadas dentro del Tercer Sector y que en ediciones anteriores de este Anuario nos ocupamos principalmente del estudio de las fundaciones en sentido estricto (régimen jurídico existente en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia), nos ha parecido oportuno dedicar estas líneas al análisis de las novedades respecto a la situación de las fundaciones en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia que durante el período de referencia se encuentran inmersas en una situación de grave crisis. También nos ocuparemos de las medidas de control presupuestario en las fundaciones del sector público autonómico para, posteriormente, referirnos al voluntariado como expresión manifiesta del Tercer Sector en la Región de Murcia (en una concepción amplia). Nos centramos en fin en el régimen jurídico del voluntariado del Tercer Sector y por ello, también de las fundaciones en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

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

Consideradas las fundaciones como manifestación de la expresión del derecho de participación de los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social (y no una mera manifestación de la autonomía de la voluntad en ejercicio del derecho de propiedad: fundaciones como patrimonios adscritos a un fin de interés general), comenzamos analizando las novedades producidas durante el período de tiempo objeto de estudio.

Tal y como pusimos de manifiesto en anteriores anuarios, el Tercer Sector y en concreto las fundaciones, no es ajeno a la crisis. Ante una situación compleja, las entidades no lucrativas deben desarrollar estrategias para afrontar el doble reto que se les plantea: minimizar el impacto que ésta pueda tener en su funcionamiento y dar respuesta al previsible incremento de las necesidades sociales. Han de ser capaces de actuar en un contexto de crisis caracterizado fundamentalmente por la tendencia a la reducción de los ingresos públicos y privados. En estas circunstancias, bastantes entidades tienen una elevada dependencia de determinadas fuentes de financiación, fundamentalmente de la Administración pública. Ello condiciona la sostenibilidad y viabilidad de las entidades.

Dada la situación de crisis actual, se está produciendo el fenómeno inverso al acaecido hace algunos años, consistente en la creación, por parte de las Administraciones, de fundaciones como opción organizativa prevalente de determinadas actividades y «*exponente máximo de la tan traída y llevada huida del Derecho administrativo*»¹.

A partir de la propia información suministrada por la Administración regional², se constata la extinción de fundaciones públicas —en cuyo órgano de gobierno participan altos cargos de la Comunidad Autónoma— justificada institucionalmente por la imposibilidad de realizar el fin fundacional para el cual se constituyeron, pasando esas actividades a ser realizadas, otra vez, por

¹ Así lo expresaba FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., «Las fundaciones en la Región de Murcia», *Anuario de Derecho de Fundaciones 2010*, Iustel, p.443.

² Información suministrada directamente por la Secretaría General del Registro de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, dependiente de la Consejería de Presidencia, debido a que la información existente en la página Web no está actualizada.

la propia Administración (estas competencias son ejercidas por Direcciones Generales)³.

Como puede apreciarse en la Tabla 1, de las diecinueve fundaciones públicas existentes en el año 2010, cuatro han sido oficialmente disueltas. Parece contradictorio que precisamente las de más reciente creación (aquellas que se publicitaron como adecuadas para servir como revulsivo a la crisis —para crear empleo—) fueran las primeras en ser las disueltas en la situación de crisis (algunas de ellas no llegaron a tener sede física oficial, es el caso de CONTENTPOLIS⁴ y AREX).

TABLA 1.—Fundaciones Públicas Región de Murcia a fecha de 11 de noviembre de 2013

CLASIFICACIÓN FUNDACIONES	NOMENCLATURA	INSCRIPCIÓN	DISOLUCIÓN
CULTURALES	Mariano Ruiz Funes	Diciembre 1994	
	Amigos del Casino de Murcia	Abril 1998	
	Orquesta Sinfónica de la Región de Murcia	Enero 2003	
	Agencia para el desarrollo de las industrias creativas de la Región de Murcia (ADICREA)	Abril 2008	
	Anfiteatro Romano-Museo de arte Contemporáneo de la Región de Murcia	Enero 2009	
	Cante de las Minas	Julio 2010	

³ En este sentido, el Decreto 23/2013, de 15 de marzo, de racionalización del sector público de la Región de Murcia sostiene «... es posible encontrar sinergias entre los distintos entes que integran el sector público regional, o con los órganos de la Administración General de la Comunidad Autónoma, que no suponga un perjuicio a la calidad de los servicios públicos que se prestaban desde estas entidades objeto de racionalización, pudiendo asumir, por tanto, los fines y objetivos que tenían encomendados en el momento de su creación», BORM, de 2 de abril de 2013.

⁴ El proyecto de Contentpolis llegó a contar con un presupuesto inicial de seis millones de euros con cargo a la Administración regional. Se construyó un edificio como sede central en Los Camachos, que no llegó a inaugurarse. Tras el comienzo de algunas actividades en el Centro Europeo de Empresas e Innovación de Cartagena (CEEIC), esta iniciativa fue definitivamente abandonada.

TABLA 1.—Fundaciones Públicas Región de Murcia a fecha de 11 de noviembre de 2013 (continuación)

CLASIFICACIÓN FUNDACIONES	NOMENCLATURA	INSCRIPCIÓN	DISOLUCIÓN
DOCENTES	SÉNECA. Agencia Regional de Ciencia y Tecnología	Enero 2007	
	Instituto Euromediterráneo del Agua	Septiembre 2001	
	Agencia Regional de Gestión de la Energía de Murcia (ARGEM)	Octubre 2001	
	Formación e investigación sanitarias de la Región de Murcia	Febrero 2005	
	Cluster para la protección y la conservación del Mar Menor	Noviembre 2005	Disuelta por resolución 30 /12/2010
	Fundación INTEGRAL. Integración de recursos y nuevas tecnologías para la modernización de la Región de Murcia	Julio 1998	
	Fundación Parque Científico	Marzo 2007	
ASISTENCIA-LES	Murciana para la tutela y defensa judicial de adultos	Febrero 2003	
	Fundación ALZHEIMUR	Abril 2006	
FOMENTO DE LA ECONOMÍA	F Territorio y sostenibilidad	Abril 2008	Disuelta por resolución 30 /12/2010
	Instituto de Estudios Económicos de la Región de Murcia	Marzo 2005	
DESARROLLO TECNOLÓGICO	CONTENTPOLIS, Ciudad de los contenidos digitales	Enero 2009	Disuelta por resolución 23/04/2013
FOMENTO EN LA CALIDAD Y EXCELENCIA EN LA GESTIÓN	Agencia Regional para la Excelencia (AREX)	Diciembre 2009	Disuelta por resolución 18/07/2011

Fuente: Servicio de Registro Especiales y Espectáculos Públicos. Secretaría General, Consejería de Presidencia, Región de Murcia

De las ciento setenta y una fundaciones inscritas en el Registro de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en el último año, han sido dadas de baja un total de trece, algunas de ellas porque se han extinguido⁵ y otras por haberse ampliado su ámbito de actuación pasando a ser nacionales⁶.

Debemos hacer notar que, aunque la disolución de algunas fundaciones no conste aún en el Registro, en ocasiones ya han cesado sus actividades (con acuerdo de cese). Estas, se encuentran aún en fase de liquidación y no tienen el asiento de extinción inscrito. Es el caso de las fundaciones Parque Científico de Murcia, Agencia de la Gestión de la Energía (ARGEM) y Fundación *Alzheimer*⁷.

II. El 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 13/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2013⁸, ha venido a dar continuidad a las medidas de contención del gasto público anteriormente adoptadas.

⁵ Fundación Hospital de Cieza; Real Murcia C.F; Instituto para la formación en la Región de Murcia; Carmelitas Cartagena; José López Rejas; Santa Joaquina La Unión; Cluster Protección y conservación del Mar Menor; Territorio y Sostenibilidad; *Contentpolis*, Ciudad de los Contenidos Digitales; Agencia Regional para la Excelencia, AREX.

⁶ Fundación Niños de Guarataro; Fundación Petites Príncipes; Fundación Desarrollo Sostenible.

⁷ Decreto 23/2013, de 15 de marzo, de racionalización del sector público de la Región de Murcia. BORM núm. 74, de 2 de abril de 2013, p. 13230. Las competencias de estas entidades serán asumidas por la Consejería de Universidades, Empresa e Investigación, por medio de la Dirección General de Universidades y Política Científica; Consejería de Universidades, Empresa e Investigación, por medio de la Dirección General de Industria, Energía y Minas; y por la Consejería de Sanidad y Política Social, a través del órgano directivo u organismo que determine la misma, respectivamente.

⁸ BORM núm. 301, de 31 de diciembre de 2012 y BOE de 21 de febrero de 2013, num. 45, sec. I, p. 14652.

En total se destinan 22.143.473 € para la financiación en los presupuestos de las fundaciones del sector público autonómico de los cuales la mitad (11.273.967 €) son destinados a la fundación para la Formación e Investigación Sanitaria. A mucha diferencia de la anterior se encuentra la Fundación Séneca (3.122.216 €) y la Fundación Integra (3.074.765 €) entre otras⁹.

La Ley de Presupuestos aprobada en 2012 para el siguiente ejercicio se caracteriza por:

1) exigir que los expedientes de modificaciones de crédito que supongan un cambio en las subvenciones o aportaciones de cualquier naturaleza a favor de fundaciones del sector público autonómico, deberán 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 Hacienda¹⁰.

2) 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 de las fundaciones del sector público autonómico, 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.

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 Gobierno¹¹.

⁹ Fundación Orquesta Sinfónica de la Región de Murcia 1.557.617 €; Fundación Parque Científico de Murcia 1.411.883 €; Fundación Agencia de Gestión de Energía de la Región de Murcia 726.200 €; Fundación Murciana para la Tutela y Defensa Judicial de Adultos 409.750 €; Fundación Instituto Euromediterráneo del Agua 343.334 €; Fundación Alzheimer 215.741 €; Fundación Mariano Ruiz Funes 8.000 €.

¹⁰ 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 13/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2013.

¹¹ Artículo 22.7 Ley 13/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2013. BORM núm. 301 de 31 de diciembre de 2012.

La masa salarial del personal del sector público regional no experimentó ningún incremento en 2013, permaneciendo vigentes las masas salariales existentes a 31 de diciembre de 2012¹² 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, adecuándose las mismas, de superar estas, con efectos de 1 de enero de 2013¹³.

Sobre esta materia, la Ley de Presupuestos establece también la obligación de que las fundaciones adopten las medidas necesarias para la aplicación de las siguientes cuestiones: suspensión de la convocatoria, concesión o abono de cualquier ayuda derivada del concepto de acción social o cualquier tipo de ayuda similar; no retribución de las horas extraordinarias¹⁴; no abono de cantidad alguna en concepto de productividad variable, incentivos al rendimiento o complementos de idéntica o similar naturaleza; no autorización de convocatorias de puestos o plazas vacantes de personal laboral, salvo en los casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables¹⁵; respecto a la amortización de plazas por jubilación y a las aportaciones a los planes de pensiones de empleo o contratos de seguros colectivos que incluyan la cobertura de la contingencia de jubilación, se estará a lo dispuesto en los artículos 9 y 11 de la Ley 5/2012, de 29 de junio, de ajuste presupuestario y de medidas en materia de Función Pública.

3) Regula el endeudamiento de los organismos públicos, incluyéndose por vez primera, de forma expresa, a las fundaciones públicas. Exige la autorización previa de la Consejería de Economía y Hacienda para que concierten operaciones de endeudamiento las fundaciones del sector público durante el año 2013. El Instituto de Crédito y Finanzas de la Región de Murcia será el órgano encargado de negociar ante las entidades financieras las mejores condiciones para la consecución de las operaciones de endeudamiento

¹² Sin tenerse en cuenta la reducción aprobada por el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, referente a la supresión de la paga extraordinaria y de la paga adicional o equivalente del mes de diciembre de 2012, así como la congelación de las retribuciones de los miembros del Consejo de Gobierno, altos cargos de la Administración pública regional y personal directivo del sector público regional, incluida por tanto la reducción del 3% establecida en el artículo 19 de la Ley 5/2012, de 29 de junio, de ajuste presupuestario y de medidas en materia de función pública.

¹³ Artículo 26.3 Ley 13/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos..., *ibidem*.

¹⁴ Debiéndose compensar obligatoriamente con descansos adicionales el exceso de horas realizadas superiores a la jornada legalmente establecida.

¹⁵ Que requerirán la previa y expresa autorización de la Consejería de Economía y Hacienda.

una vez autorizado. Las fundaciones tienen la obligación de remitir mensualmente a dicho instituto información relativa a la situación de endeudamiento¹⁶.

4) Con respecto a la gestión de la tesorería, la Ley establece la obligación de las fundaciones de comunicar previamente a la Dirección General de Presupuestos y Fondos Europeos (Consejería de Economía y Hacienda), la apertura y cierre de cuentas en entidades financieras, así como facilitar sus saldos y movimientos¹⁷.

5) Las fundaciones del sector público que pretendan realizar un proyecto de inversión en infraestructuras públicas, financiándolas a través de fórmulas de colaboración entre el sector público y el sector privado, deberán remitir al Instituto de Crédito y Finanzas de la Región de Murcia un estudio de su viabilidad económico-financiera que contemple las proyecciones de ingresos, gastos y resultados, valorando la aportación total prevista de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y la evaluación y reparto de los riesgos en cada fase del mismo. Este Instituto emitirá informe preceptivo sobre estos proyectos de inversión¹⁸.

6) El 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, dará lugar a un requerimiento de cumplimiento por parte de la Intervención General de la Comunidad Autónoma. En éste se indicará el plazo, no superior a diez días hábiles, para atender la obligación incumplida, con apercibimiento de que transcurrido el mencionado plazo, la Intervención General de la Comunidad Autónoma podrá proponer al consejero de Economía y Hacienda la suspensión de los pagos pendientes de efectuar a favor de las entidades integrantes del sector público regional a las que afecte.¹⁹

7) Establece la prohibición de creación de nuevas fundaciones del sector público durante el año 2013.

8) Respecto a las medidas de control sobre los presupuestos de las fundaciones del sector público, la Ley da permiso durante el ejercicio 2013 a las

¹⁶ Artículo 51 Ley 13/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos..., *ibidem*.

¹⁷ Artículo 52 Ley 13/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos..., *ibidem*.

¹⁸ Disposición adicional quinta. Infraestructuras financiadas con fondos públicos y privados. Ley 13/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos..., *ibidem*.

¹⁹ Disposición adicional séptima. Suspensión de los pagos a favor de entidades del sector público que no cumplan el deber de información en materia de estabilidad presupuestaria. Ley 13/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos..., *ibidem*.

fundaciones del sector público para adquirir compromisos de gastos que hayan de extenderse a ejercicios posteriores. Para ello deberán remitir a la Dirección General de Presupuestos y Fondos Europeos, antes del 31 de enero de 2013, un estado acreditativo de todos los compromisos de gastos adquiridos para el ejercicio 2013 y ejercicios siguientes, existentes a fecha 31 de diciembre de 2012.

Así mismo, se establece la obligación de las fundaciones de tramitar una modificación de sus Presupuestos cuando se prevea una minoración en los ingresos previstos en sus Presupuestos. Para ello, deberán elevar la modificación para su aprobación al Consejo de Gobierno a través de la Consejería de Economía y Hacienda, que emitirá informe sobre la misma²⁰.

Es preciso mencionar además que la Ley de Presupuestos establece que si antes de la entrada en vigor de la ley, o durante el ejercicio 2013, se produjera la supresión o extinción de alguna de las fundaciones del sector público autonómico —como ha ocurrido—, cuyos presupuestos se integran en los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma objeto de la presente ley, los créditos consignados en los estados de gastos a favor de dichas fundaciones quedarán a disposición de la Consejería de Economía y Hacienda que asignará el destino final de dichos fondos, efectuando, en su caso, las oportunas modificaciones de crédito.

Aparte de las cuestiones comentadas en la ley de referencia, durante 2013 no se constatan novedades normativas significativas en el ámbito del sector fundacional.

III. Tercer Sector. Aproximación

Podría decirse que Tercer Sector es un concepto confuso y equívoco. Se trata de una noción puramente convencional que, aunque admitida, carece de expresa traducción o reconocimiento jurídico. En ocasiones se utilizan otros términos que no resultan totalmente equivalentes como «*sector no lucrativo*», «*sector voluntario*», «*organizaciones no gubernamentales*» y «*organizaciones de economía solidaria*»²¹. Nace como concepto residual, para distinguirlo del

²⁰ Disposición adicional decimocuarta. Medidas de control sobre los presupuestos de las entidades públicas empresariales, otras entidades de Derecho público de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, Sociedades Mercantiles regionales y fundaciones del sector público autonómico. Ley 13/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos..., *ibidem*.

²¹ PIÑAR MAÑAS, J. L., «Tercer Sector, sector público y fundaciones», en *Revista Española del Tercer Sector*, núm. 1, 2005.

sector público (el primer sector) y el sector lucrativo (segundo sector): engloba un sector extraordinariamente amplio, dispar y heterogéneo²².

El Tercer Sector incluye entidades tanto de naturaleza institucional como corporativa. Comprende entidades 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 que, en su organización, se rigen por el principio democrático o participativo y que tienen base personal (fundamentalmente corporativo o asociativo).

Este sector así definido englobaría, por tanto, asociaciones y fundaciones, entidades en constante desarrollo. En España su importancia es cada vez mayor. La economía social emplea a más de 14 millones de personas en la UE, el 6,5% del empleo total. Durante el período 2008-2012, la Economía Social «*ha demostrado una capacidad extraordinaria*» para hacer frente a las consecuencias negativas del actual ciclo de depresión y contribuir de forma significativa a las tres principales prioridades de la Estrategia Europea 2020: un crecimiento inteligente, sostenible e integrador. La innovación organizativa y social de las entidades de Economía social se encuentra entre las razones básicas de su mayor resistencia a la destrucción de los puestos de trabajo y la inseguridad laboral²³.

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 Bienestar²⁴.

Por las razones expuestas, nos centraremos en el estudio del régimen jurídico del voluntariado en el Comunidad Autónoma de la Región de Murcia como propio de entidades integrantes del Tercer Sector y por tanto, de las fundaciones.

²² No todo lo que no es ni poder público ni sector lucrativo puede o debe incluirse en el tercero.

²³ MOZÓN CAMPOS, J. L. y CHAVES ÁVILA, R., «La Economía Social en la Unión Europea», Informe elaborado para el Comité Económico y Social Europeo por el Centro Internacional de Investigación e Información sobre la Economía Pública, Social y Cooperativa (CIRIEC). Disponible a través de la web <http://www.eesc.europa.eu/resources/docs/qe-30-12-790-es-c.pdf>

²⁴ Piñar Mañas, J.L., «Tercer...», *ibidem*, p. 8.

IV. Normativa autonómica en materia de voluntariado

1. *Competencias estatutarias de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en la esfera del voluntariado*

El voluntariado en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia ha sido regulado por la Ley 5/2004, de 22 de octubre, del Voluntariado²⁵. Esta Ley apela en su Exposición de Motivos, como título competencial habilitante para la adopción de la misma, al artículo 9 que recoge en términos semejantes el precepto constitucional, el del artículo 9.2, precisando que la Comunidad Autónoma, en el ámbito de sus competencias y a través de sus órganos velará por promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean efectivas y reales, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, señalando expresamente que le corresponde facilitar la participación de todos los murcianos en la vida política, económica, cultural y social.

Al amparo de este marco legal se habían elaborado diferentes normas que contenían disposiciones que recogían de manera tangencial la acción voluntaria. Esta norma pretende una regulación específica del voluntariado en la que se intenta recoger todos los campos de actuación del voluntariado, más allá del ámbito puramente asistencial. Reconoce así un amplio campo de actuación al voluntariado que engloba a cualquier acción positiva con incidencia social siempre y cuando tenga lugar a través de una organización y no se corresponda con deberes jurídicos o personales de las personas voluntarias ni pueda suponer un abandono por parte de las Administraciones públicas de sus obligaciones, ni tampoco una sustitución del trabajo retribuido en ningún sector de actividad. De esta forma, el objetivo de la ley es la *«ordenación, promoción y fomento de la participación solidaria de los ciudadanos siempre que ésta tenga lugar en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Murcia a través de entidades debidamente organizadas»*²⁶.

Esta norma legal se encuentra estructurada en cinco Títulos. A saber: A) Título I, regula las siguientes cuestiones: 1.ª Objeto de la Ley, que se extiende a la ordenación, promoción y fomento de la *«participación solidaria de los ciudadanos en acciones de voluntariado, a través de entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro»*, además de la regulación de las *«relaciones entre las*

²⁵ BORM, de 10 de noviembre de 2004, núm. 261.

²⁶ Preámbulo, apartado V, Ley...

distintas Administraciones públicas, las Organizaciones que desarrollen actividades de aquella naturaleza, los voluntarios y los destinatarios de la acción voluntaria»²⁷; 2.^a Conceptualización de voluntariado y determinación de las áreas de interés general en esta materia²⁸; 3.^a Principios básicos de la actuación de los voluntarios entre los que se destaca: a) «*Libertad*» como opción personal de compromiso social; b) «*Solidaridad*» con otras personas o grupos que se traduzca en acciones a favor de los demás o de intereses sociales colectivos; c) «*Participación altruista y responsable*» de los ciudadanos en actividades de interés general, como principio democrático de intervención directa y activa en las necesidades de la comunidad; d) «*Respeto*» a las ideas, creencias y costumbres de cuantas personas participen en la acción voluntaria; y d) «*Colaboración y complementariedad*» entre las entidades y las Administraciones públicas, en el ejercicio de su acción social, sin perjuicio de la autonomía e independencia de aquellas respecto a los poderes públicos²⁹. B) El Título II ordena el Estatuto del Voluntariado, estando integrado, a su vez, por tres secciones: 1.º Referida al Voluntario, y en particular, a la regulación de sus derechos y deberes. También a su reconocimiento social³⁰; 2.º Relativa a las entidades de voluntariado y en concreto a su conceptualización, a la incorporación de las personas voluntarias en estas entidades, a sus obligaciones y derechos, a la responsabilidad extracontractual frente a terceros y la resolución de conflictos³¹; 3.º En último lugar, otra referida a los destinatarios de la acción voluntaria organizada donde se establece su conceptualización, derechos y deberes de los destinatarios de la acción voluntaria³²; C) El Título III contempla las relaciones entre la Administración y las entidades de voluntariado, recogiendo los principios inspiradores y las competencias de la Comunidad Autónoma, así como las de las Entidades Locales; crea el Registro General de Entidades de Voluntariado de la Región de Murcia, público y gratuito, adscrito a la Consejería competente en materia de voluntariado; y establece la posibilidad de que las entidades de voluntariado inscritas puedan ser declaradas de utilidad pública³³; D) El Título IV recoge el derecho de las entidades que realicen actividades de voluntariado a la

²⁷ Artículo 1 Ley 5/2004, de 22 de octubre, del Voluntariado en la Región de Murcia. BORM, de 10 de noviembre de 2004, núm. 261.

²⁸ Artículos 2 y 3 Ley 5/2004, de 22 de octubre, del Voluntariado..., *ibidem*.

²⁹ Artículo 5 Ley 5/2004, de 22 de octubre, del Voluntariado..., *ibidem*.

³⁰ Artículos 6 a 9 Ley 5/2004, de 22 de octubre, del Voluntariado..., *ibidem*.

³¹ Artículos 10 a 15 Ley 5/2004, de 22 de octubre, del Voluntariado..., *ibidem*.

³² Artículos 16 a 18 Ley 5/2004, de 22 de octubre, del Voluntariado..., *ibidem*.

³³ Artículos 19 a 23 Ley 5/2004, de 22 de octubre, del Voluntariado..., *ibidem*.

participación en la gestión, seguimiento y evaluación de los proyectos que en dicha materia realicen los poderes públicos; y crea el Consejo Asesor del Voluntariado de la Región, como máximo órgano consultivo de asesoramiento, participación y seguimiento en materia de voluntariado, adscrito a la Consejería competente en materia de voluntariado³⁴; E) El Título V describe las medidas generales de fomento así como los incentivos al voluntariado y el Plan Regional para la promoción y fomento del voluntariado en la Región de Murcia³⁵.

2. Estatuto del voluntariado en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia

A) Figura del voluntario y su regulación por el Derecho Autonómico murciano

La regulación del Estatuto del voluntario en Murcia es establecida por el Capítulo II de la citada Ley autonómica. La Ley define al voluntario como «*la persona física que, mediante una decisión personal, libre y altruista, sin recibir ningún tipo de contraprestación económica, participa en cualquier actividad de voluntariado a que se refiere esta Ley y en las condiciones que se señalen en la misma, y a través de una entidad de voluntariado*»³⁶.

Se pueden agrupar los derechos del voluntario en cinco grandes categorías: libertad del voluntario, como base para desarrollar su actividad³⁷; recibir la formación y la orientación necesaria³⁸; de participación activa en la entidad en que se integra³⁹; realización de la actividad voluntaria con todas las ga-

³⁴ Artículos 24 y 25 Ley 5/2004, de 22 de octubre, del Voluntariado..., *ibidem*.

³⁵ Artículos 26 a 28 Ley 5/2004, de 22 de octubre, del Voluntariado..., *ibidem*.

³⁶ Artículo 6 Ley 5/2004, de 22 de octubre, del Voluntariado..., *ibidem*.

³⁷ La libertad del voluntario implica, que el voluntario puede acordar de forma libre las condiciones de su acción voluntaria, el compromiso de tareas, tiempo, horario y responsabilidades aceptadas. Y que también podrá renunciar libremente, previo aviso, a su condición de voluntario. Artículo 7.i) y j) Ley 5/2004, de 22 de octubre, del Voluntariado..., *ibidem*.

³⁸ Para el desarrollo de las funciones que se les asignen, el voluntario deberá recibir el apoyo humano, técnico e instrumental, formativo e informativo que sea necesario. Igualmente, deberá recibir orientación sobre las actividades para las que reúnan mejores condiciones. Artículo 7 a) Ley 5/2004, de 22 de octubre, del Voluntariado..., *ibidem*.

³⁹ La actividad de voluntariado deberá realizarse a través de entidades. El voluntario tiene el derecho a participar activamente en esas entidades, recibiendo información sobre sus fines, estructura y funcionamiento, y colaborando en la elaboración, diseño, ejecución y evaluación de los programas de voluntariado en que participen. Artículo 7.c) Ley 5/2004, de 22 de octubre, del Voluntariado..., *ibidem*.

rantías y seguridad⁴⁰; ser tratados con respeto y con el reconocimiento social de su labor⁴¹.

La ley regional hace una especial referencia al reconocimiento social del voluntario. Para tal fin, el voluntario dispondrá de una acreditación que identifique su condición ante terceros, y también recibirá de su entidad una certificación en la que deberán constar, al menos, los datos personales del voluntario, la identificación de la entidad, la fecha, duración y naturaleza de la prestación del voluntariado⁴².

En cuanto a los deberes de las personas voluntarias son las siguientes: cumplimiento de los compromisos adquiridos con su entidad⁴³; diligencia y atención en el ejercicio de sus actividades⁴⁴; respeto a las personas beneficiarias de su acción voluntaria⁴⁵; y rechazo a cualquier contraprestación económica o material⁴⁶.

⁴⁰ La labor del voluntario deberá realizarse con las plenas garantías y seguridad en su actuación. Esto significa que estarán asegurados contra los riesgos de accidente, enfermedad y daños a terceros, derivados directamente de su actividad; Realizarán sus actividades en las debidas condiciones de seguridad e higiene; Podrán ser reembolsados por los gastos realizados en el desempeño de sus actividades, en los términos en que así se haya acordado entre la persona voluntaria y su entidad. Artículo 7.d), f) y g) Ley 5/2004, de 22 de octubre, del Voluntariado..., *ibidem*.

⁴¹ Las personas voluntarias serán tratadas sin ningún tipo de discriminación, respetando su libertad, dignidad y creencias, preservando la intimidad de sus datos y de su entorno, y sin tener interferencias en sus obligaciones particulares. Artículo 7 b) Ley 5/2004, de 22 de octubre, del Voluntariado..., *ibidem*.

⁴² Artículo 7.e) Ley 5/2004, de 22 de octubre, del Voluntariado..., *ibidem*.

⁴³ El cumplimiento de los compromisos significa también respetar los fines y normas de la entidad, utilizar la acreditación y condición de voluntario sólo para los fines del voluntariado y en caso de renuncia notificarlo con la antelación previamente pactada para evitar perjuicios graves. Artículo 8 a) y j) Ley 5/2004, de 22 de octubre, del Voluntariado..., *ibidem*.

⁴⁴ Actuar de forma diligente en la ejecución de sus tareas, según las instrucciones recibidas, participando en las actividades formativas que sean necesarias para mantener la calidad de los servicios que se prestan, empleando correctamente los recursos y medios puestos a su disposición y observando las medidas de seguridad e higiene, supone el deber del voluntario de prestar la debida atención y rigor en su actividad, aunque sin sobrepasar los límites de responsabilidad asignados. Artículo 8.e), f), h) y i) Ley 5/2004, de 22 de octubre, del Voluntariado..., *ibidem*.

⁴⁵ Las personas voluntarias deberán respetar la intimidad, derechos y creencias de los beneficiarios o destinatarios de su acción voluntaria, y guardar confidencialidad de la información conocida en el desarrollo de su actividad. Artículo 8 b) y d) Ley 5/2004, de 22 de octubre, del Voluntariado..., *ibidem*.

⁴⁶ Por constituir la esencia del voluntariado, las personas voluntarias deberán rechazar cualquier posible contraprestación económica o material que pudiera serles ofrecida por el beneficiario u otras personas, y tampoco podrán usar en beneficio propio los medios materiales puestos a su disposición. Artículo 8 c) y g) Ley 5/2004, de 22 de octubre, del Voluntariado..., *ibidem*.

B) *Figura de las entidades de voluntariado y su regulación por el Derecho Autonómico de Murcia*

Se consideran de voluntariado a las entidades, públicas o privadas, cualquiera que sea su forma jurídica, que con personalidad jurídica propia y sin ánimo de lucro, están debidamente registradas y legalmente constituidas conforme a la normativa que le sea aplicable, siempre que desarrollen de forma permanente, estable y organizada, programas o proyectos concretos de voluntariado y desarrollen su actividad fundamentalmente a través de voluntarios o estén integradas mayoritariamente por éstos.

La normativa regional apuesta por una tipología muy amplia de posibles entidades de voluntariado, abriendo la posibilidad tanto a las entidades privadas no lucrativas (asociaciones y fundaciones, básicamente), como a las Administraciones públicas, y a las entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia⁴⁷.

La participación de la Administración como entidad de voluntariado, es una de las cuestiones en las que la normativa de voluntariado de las diferentes Comunidades Autónomas no es uniforme. Así, algunas normas autonómicas sólo admiten entidades privadas, como puede ser el caso de Ley andaluza de voluntariado⁴⁸.

Las obligaciones de las entidades de voluntariado se pueden clasificar en cuatro grupos: de organización interna; Garantía de los derechos de los voluntarios; ante la Administración pública; ante los destinatarios de la acción voluntaria. Como deberes de organización interna destacamos la obligación de elaborar un Reglamento de Régimen Interno⁴⁹ y llevar de un registro de altas y bajas del personal voluntario⁵⁰. Respecto a los deberes consistentes en garantizar los derechos de los voluntarios destacamos los siguientes: la suscripción de una póliza de seguro que cubra los daños ocasionados tanto a las personas voluntarias como a terceros en el ejercicio de la actividad de vo-

⁴⁷ tan sólo las personas jurídicas que tengan «finalidades lucrativas», es decir las mercantiles y patrimoniales tendrían vetada la posibilidad de ser entidad de voluntariado.

⁴⁸ «Sólo de forma excepcional ante situaciones imprevistas de catástrofes y emergencia general, y a falta de otras posibilidades de actuación, podrán las administraciones públicas promover acciones voluntarias, estableciendo los mecanismos para que tales iniciativas se organicen de forma independiente en el plazo de tiempo más breve posible y, en cualquier caso, debiendo atenerse a lo establecido en la ley en materia de derechos y deberes de las personas voluntarias». Artículo 18.2 Ley andaluza 7/2001, de 12 de julio, de Voluntariado, BOJA núm. 84, de 24 julio de 2001.

⁴⁹ Como mínimo debe incluir los criterios de admisión y exclusión de los voluntarios y sus derechos y deberes. Artículo 12.1 a) Ley 5/2004, de 22 de octubre, del Voluntariado..., *ibidem*.

⁵⁰ Artículo 12.1 k) Ley 5/2004, de 22 de octubre, del Voluntariado..., *ibidem*.

luntariado⁵¹ y garantizar a los voluntarios la realización de su actividades en las debidas condiciones de seguridad e higiene así como el establecimiento de las correspondientes medidas de prevención de riesgos⁵². Como deberes ante la Administración pública se consideran estar debidamente inscritas en el Registro de Entidades de Voluntariado de la Región de Murcia y facilitar a las Administraciones públicas la información que les sea requerida en el ejercicio de sus competencias⁵³. Ante los destinatarios de la acción voluntaria, dentro de los deberes de las entidades, la ley incluye el de comunicar por escrito y con la suficiente antelación a cada uno de los interesados, la desvinculación de la persona voluntaria respecto del desarrollo del programa en el que estuviera prestando sus servicios⁵⁴.

Los derechos de estas entidades las clasificamos también en dos tipos, los derechos de ámbito interno o relativos al derecho de autoorganización y los derechos de carácter externo, ante la sociedad y la Administración. Como derechos de orden interno destacamos la elaboración de sus propias normas de funcionamiento interno, la selección de los voluntarios de acuerdo con la naturaleza y características de las tareas a realizar y la posibilidad de suspender la colaboración voluntaria de las personas que infrinjan su compromiso de colaboración⁵⁵. Como derechos ante la sociedad y la Administración resaltamos los de obtención del respeto y el reconocimiento de la sociedad por la labor que realizan, solicitar y obtener de las Administraciones públicas la información y la orientación necesarias, relacionadas con su actividad de voluntariado y concurrir a las medidas contempladas en las acciones de fomento de la actividad voluntaria⁵⁶.

3. Relaciones de las Administraciones públicas murcianas con las estructuras de voluntariado de ámbito autonómico

Los principios de colaboración, complementariedad, participación y garantía de la autonomía de la organización e iniciativa de voluntariado, deben inspirar las relaciones entre Administración y las entidades de voluntariado.

⁵¹ Artículo 12.1 e) Ley 5/2004, de 22 de octubre, del Voluntariado..., *ibidem*.

⁵² Artículo 12.1 f) Ley 5/2004, de 22 de octubre, del Voluntariado..., *ibidem*.

⁵³ Artículos 12.2 y 12.1.l) Ley 5/2004, de 22 de octubre, del Voluntariado..., *ibidem*.

⁵⁴ Artículo 12.1 j) Ley 5/2004, de 22 de octubre, del Voluntariado..., *ibidem*.

⁵⁵ Artículo 13 b), c) y f) Ley 5/2004, de 22 de octubre, del Voluntariado..., *ibidem*.

⁵⁶ Artículo 13 a), d) y e) Ley 5/2004, de 22 de octubre, del Voluntariado..., *ibidem*.

A) *Competencias en materia de voluntariado de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y su ejercicio*

La normativa autonómica específica en materia de voluntariado que atribuye a la Comunidad Autónoma de Murcia tres tipos de competencias: de fomento y sensibilización sobre los valores e importancia del voluntariado⁵⁷; de coordinación, tanto entre las diferentes Administraciones públicas, como entre entidades y administración⁵⁸; de estudio y formación, impulsando investigaciones y acciones formativas de rigor y calidad⁵⁹; y de ordenación y control, velando por el cumplimiento de la normativa aplicable y ejerciendo como órgano de control⁶⁰.

La realización de tareas ejecutivas corresponde al ejecutivo autonómico. Y, en concreto, al Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma y a la Consejería que tiene atribuida de manera preferente la competencia en materia de voluntariado en el ámbito de esta Administración Territorial, la Consejería de Sanidad y Política Social.

Mediante Decreto 146/2011, de 8 de julio, del Consejo de Gobierno se ha establecido la estructura orgánica de la Consejería de Sanidad y Política Social, que cuenta entre sus órganos directivos con la Dirección General de Asuntos Sociales, Igualdad e Inmigración, órgano que tiene atribuida la competencia en materia de voluntariado⁶¹.

B) *Registro general de entidades de voluntariado*

La Ley murciana de voluntariado contempla, en su artículo 22, la creación de un Registro General de Entidades de Voluntariado de la Región de Murcia. Se trata de una de las principales novedades de la ley. Su objeto será la inscripción de las entidades que cumplan los requisitos previstos. Será público y gratuito y dependerá de la Consejería competente en materia de voluntariado. La inscripción, será condición indispensable para acceder a las ayudas públicas en materia de voluntariado, así como para celebrar convenios con las Administraciones públicas sobre la materia.

Una vez inscrita la entidad, se cancelará la inscripción cuando pierda la condición de entidad de voluntariado, por alguna de las causas siguientes:

⁵⁷ Artículo 20.1 a) y b) Ley 5/2004, de 22 de octubre, del Voluntariado..., *ibidem*.

⁵⁸ Artículo 20.1 e) y f) Ley 5/2004, de 22 de octubre, del Voluntariado..., *ibidem*.

⁵⁹ Artículo 20.1 d) y g) Ley 5/2004, de 22 de octubre, del Voluntariado..., *ibidem*.

⁶⁰ Artículo 20.1 c) y h) Ley 5/2004, de 22 de octubre, del Voluntariado..., *ibidem*.

⁶¹ Concretamente, el servicio de voluntariado social, emigración y retorno. BORM núm. 157 de 11 de julio de 2011.

petición expresa de la entidad; Extinción de su personalidad jurídica; revocación de la inscripción por incumplimiento de las obligaciones legales existentes.

El importante auge y desarrollo de la actividad de voluntariado en la Comunidad Autónoma hizo que en el año 2009 el Gobierno regional aprobara una norma reglamentaria de desarrollo de las prescripciones recogidas en esta ley respecto al Consejo Asesor del Voluntariado de la Región de Murcia y al Registro General de Entidades de Voluntariado de la Región de Murcia⁶².

C) *Consejo asesor murciano del voluntariado. Participación*

EL Consejo Murciano del Voluntariado, muestra de la competencia de la Comunidad Autónoma sobre Fomento de la Participación de las entidades de voluntariado, debe facilitar la implicación de las entidades de gestión, seguimiento y evaluación de los proyectos de voluntariado. Se trata de otra novedad importante aportada por la Ley de Voluntariado. Se considera el máximo órgano de asesoramiento, consulta, participación y seguimiento en materia de voluntariado. Estará compuesto por representantes de la Administración Regional, Federación de Municipios y entidades del voluntariado. Sus funciones, descritas en la ley con un carácter muy genérico, son las de: detección de necesidades y planteamiento de propuestas e iniciativas en relación con el voluntariado y su reconocimiento social, y las áreas de interés general en que se desarrolla; asesoramiento e informe a las Instituciones regionales y Administraciones públicas en general sobre proyectos de normativa o decisiones que afecten a las entidades de voluntariado o a los voluntarios; fomento de la divulgación de las actividades y necesidades de las entidades de voluntariado; emisión del informe previo a la elaboración del Plan Regional del Voluntariado, así como el informe, a su término, de evaluación; confección de un catálogo público de los recursos del voluntariado, que integrará el contenido de los diferentes programas que se desarrollen en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Murcia; elaboración, con carácter anual, de informes que recojan el estado del voluntariado en la Comunidad Autónoma⁶³.

⁶² Decreto 107/2009, de 8 de mayo, que regula la inscripción, cancelación y acceso al Registro General de Entidades de Voluntariado de la Región de Murcia. BORM núm. 107, de 12 de mayo 2009, p. 21212.

⁶³ Artículo 25 Ley 5/2004, de 22 de octubre, del Voluntariado..., *ibidem*.

Con respecto a su organización, funcionamiento y estructura interna, la ley, al igual que ocurría al tratar del Registro de Entidades, remite su desarrollo a un futuro Reglamento⁶⁴.

4. *Medidas de fomento del voluntariado*

Las Ley prevé distintas técnicas de fomento del voluntariado. En primer lugar, el mecanismo tradicional de fomento: las subvenciones. En concreto, la Ley murciana ha establecido un precepto específico relativo a la concesión de subvenciones en la esfera del voluntariado. Establece que con el fin de facilitar y fomentar el voluntariado, la Administración promoverá —de acuerdo con sus disposiciones presupuestarias— la convocatoria de subvenciones y la suscripción de convenios para el mantenimiento, formación y acción de las entidades inscritas en el Registro General de Entidades de Voluntariado de la Región de Murcia⁶⁵.

El segundo de los mecanismos de fomento previstos es el disfrute de bonificaciones o reducciones en el uso de servicios públicos y cualesquiera otros beneficios que reglamentariamente puedan establecerse. Este mecanismo de incentivo del voluntariado es calificado por algunos autores como de residual⁶⁶.

Como una especie de incentivo al voluntariado puede entenderse la previsión de la disposición adicional tercera, en el sentido de la posible adopción por la Administración pública regional de medidas para que el personal a su servicio pueda desempeñar actividades de voluntariado.

El Plan Regional para la promoción y fomento del Voluntariado en la Región de Murcia, se configura como unas de las principales medidas de fomento del voluntariado. Comprende un conjunto de acciones que, en dicha materia desarrollan los distintos departamentos de la Comunidad Autónoma de Murcia, a fin de lograr su coordinación. Este Plan deberá ser aprobado por el Consejo de Gobierno de la Comunidad, correspondiendo a la Consejería competente en materia de voluntariado su elaboración y seguimiento. En este proceso, participa el Consejo Asesor de Voluntariado de la Región de Murcia, que tiene la misión de realizar un informe previo a la aprobación

⁶⁴ Decreto 354/2009, de 30 de octubre, que regula el Consejo Asesor del Voluntariado de la Región de Murcia. BORM núm. 254, p. 57553.

⁶⁵ *Vid.* artículo 26. c) Ley 5/2004, de 22 de octubre, del Voluntariado..., *ibidem*.

⁶⁶ ÁLVAREZ GARCÍA, V., «El régimen jurídico del voluntariado social en Extremadura», *Anuario de Derecho de Fundaciones 2010*, Iustel 2011, p. 279.

del Plan. Actualmente, se encuentra en vigor para la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia la «*Estrategia Estatal de Voluntariado 2010-2014*»⁶⁷.

La Ley recoge además una serie de actuaciones de fomento del voluntariado, genéricas y de carácter poco preciso, que promoverán las Administraciones públicas, a saber: puesta en común de recursos y medios entre las entidades, sobre todo en formación y recogida de información; campañas de información social y difusión de los valores del voluntariado; impulso de los estudios y creación de espacios de debate; puesta en marcha de iniciativas de carácter legal, laboral y fiscal favorables al voluntariado; y prestación de servicios de información, asesoramiento y apoyo técnico a las entidades⁶⁸.

⁶⁷ Aprobada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 23 de diciembre de 2010. Accesible a través de la web <http://www.yovoluntario.com/documentacion/archivo20.doc>

⁶⁸ Artículo 26 a), b), d), e) y f) Ley 5/2004, de 22 de octubre, del Voluntariado..., *ibidem*.

Las fundaciones en la Comunidad Foral de Navarra

Martín M.^a Razquín Lizarraga

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Pública de Navarra

SUMARIO: I. NORMATIVA SOBRE FUNDACIONES.—II. JURISPRUDENCIA SOBRE FUNDACIONES.—III. CAJA NAVARRA, CAIXA BANK Y FUNDACIONES.—IV. INFORMES DE LA CÁMARA DE COMPTOS SOBRE FUNDACIONES Y TERCER SECTOR: 1. *Fundación privada que debe ser fundación pública*. 2. *Fundaciones y Tercer Sector*.

I. Normativa sobre fundaciones

La normativa aprobada que afecta a las fundaciones obliga a referirse, en primer término, a una norma legal del año 2012, que ha sido objeto de desarrollo reglamentario en el año 2013, que afecta de forma directa a las fundaciones tanto públicas como privadas en relación con la transparencia y, en segundo lugar, a otra Ley Foral que afecta de forma indirecta a las fundaciones públicas en materia de contratación pública.

La Ley Foral 11/2012, de 11 de junio, de la Transparencia y del Gobierno Abierto persigue como objetivos la transparencia del sector público, garantizar el acceso de los ciudadanos a la información en poder de la Administración y reconocer su participación en la toma de decisiones sobre asuntos de interés público (art. 1).

En su artículo 2 se dispone su ámbito de aplicación que se extiende de forma expresa a las fundaciones públicas, así como a las personas físicas y jurídicas que presten servicios públicos bajo la autoridad de la Administración Foral.

Entre las obligaciones de la Administración se recoge la de poner a disposición de los ciudadanos información sobre la organización, funciones, sede, medios de contacto, responsables y plantilla orgánica de las fundaciones públicas, así como los acuerdos del Gobierno de Navarra sobre su creación y funcionamiento. Incluso la Administración puede reservarse la facultad de

resolver las solicitudes de información que reciban las fundaciones públicas (art. 3).

Las reclamaciones contra las actuaciones de las fundaciones públicas por actos u omisiones contrarias a la Ley Foral de Transparencia se interpondrán ante el órgano competente de la Administración pública bajo cuya autoridad ejerza su actividad (art. 69).

Finalmente, la disposición adicional octava exige a las fundaciones públicas adaptar su organización a los principios rectores establecidos por la Ley Foral de Transparencia y del Gobierno Abierto.

La aplicación de esta Ley Foral a las fundaciones privadas proviene tanto de si las mismas ejercen actividades de servicio público, con lo cual están plenamente integradas en su ámbito de aplicación, como también por el hecho de que reciban subvenciones públicas.

En este segundo aspecto el Decreto Foral 59/2013 de 11 de noviembre, regula las obligaciones de transparencia de los beneficiarios de subvenciones públicas lo que afecta de forma indirecta a las fundaciones públicas, dado que muchas de ellas se financian en gran parte mediante subvenciones. No hay una referencia expresa a las fundaciones, pero las mismas se someterán a las obligaciones de transparencia cuando concurren las dos circunstancias siguientes: a) que la cantidad subvencionada supere los 20.000 € al año; y b) que el importe de subvención concedida supere el 20% del presupuesto anual de la entidad beneficiaria (art. 3).

La Ley Foral 3/2013, de 25 de febrero, por la que se modifica la Ley Foral de Contratos Públicos, afecta a las fundaciones públicas en tanto en cuanto puedan constituirse como medios instrumentales propios de los poderes adjudicadores. El nuevo artículo 8 regula la figura de los encargos a medios instrumentales considerados como medios propios exigiendo que tales entes instrumentales reúnan dos características: a) ausencia de autonomía decisoria o control análogo; y b) que la parte esencial de su actividad la realicen para las entidades que les efectúan los encargos. Se exige que la condición de ente instrumental sea objeto de una declaración expresa publicada en el Portal de Contratación de Navarra.

En este Portal figura únicamente la consideración como medio propio instrumental de la Fundación Escuela de Práctica Jurídica «Estanislao de Aranzadi», a la que se otorga dicha condición en relación con la Universidad Pública de Navarra mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno de dicha Universidad de 12 de marzo de 2013.

II. Jurisprudencia sobre fundaciones

Contamos con tres Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, dos de índole laboral y una civil.

En primer lugar, la Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal de 2 de octubre de 2012 (RJ 2012/11155) versa sobre una reclamación de cantidad por la realización de unos trabajos efectuada por una fundación privada frente a un particular. De dicha Sentencia interesa únicamente el fundamento jurídico tercero que versa sobre la posible aplicación del plazo de prescripción de la Ley 28 del Fuero Nuevo de Navarra en el que se hace referencia a la fundación como una entidad sin ánimo de lucro, pero que cobra por sus trabajos e incluso emite facturas con el correspondiente IVA. La Sentencia rechaza la argumentación del particular por entender que la Ley 28 mencionada se refiere únicamente a honorarios profesionales y no a los trabajos efectuados por la fundación. Cabe reseñar que la fundación salió triunfante de su reclamación.

Las otras dos Sentencias son de la Sala de lo Social y se refieren a fundaciones públicas. En primer lugar la Sentencia de 9 de enero de 2012 (RJ 2013/28615) versa sobre la aplicación del Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo a la Fundación CENER-CIEMAT (a la que me he referido en el trabajo efectuado en el Anuario de 2012). Interesa el fundamento jurídico cuarto en el que se analiza el carácter de la fundación y su sometimiento al Real Decreto Ley mencionado. Por un lado, se afirma que esta fundación es una fundación pública estatal y en consecuencia su personal es personal laboral, al que se le aplican plenamente las disposiciones del Real Decreto Ley, que son terminantes en cuanto a la reducción salarial sin que sea precisa para ello una previa negociación colectiva. En consecuencia, la Sala concluye que la reducción salarial efectuada por la fundación se ajusta a derecho por ser de aplicación a ésta las disposiciones del citado Real Decreto Ley 8/2010.

La segunda Sentencia de la Sala de lo Social de 13 de marzo de 2013 (AS/2013/1411) versa sobre una sanción impuesta a un trabajador de una fundación pública (Fundación Auditorio de Barañain). Se plantea el problema de la norma aplicable respecto de la prescripción de las faltas, puesto que la fundación aduce que debe aplicarse la Ley 7/2007, de 12 de abril, de Estatuto Básico del Empleo Público. Por el contrario, la Sala señala que es de aplicación la normativa laboral en concreto el Estatuto de los trabajadores y no el Estatuto del Personal al Servicio de las Administraciones públicas de Navarra que se remite para el personal laboral a lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores (F. J. 2.º).

III. Caja Navarra, Caixa Bank y Fundaciones

En mi anterior trabajo referido al año 2012 dí cuenta de la desaparición de Caja Navarra como entidad financiera por la absorción de Banca Cívica por Caixabank y de cómo los nuevos Estatutos de Caja Navarra aprobados en julio de 2012 la configuraban como una fundación privada de carácter benéfico social, cuya única misión relacionada con la actividad financiera es seguir la actividad financiera del banco instrumental, ejerciendo sus derechos como accionista de Caixabank y designando a uno de los consejeros que le corresponden en Caixabank. Además resaltaba cómo la disposición adicional tercera de los Estatutos de Caja Navarra preveía su posible conversión en fundación de carácter especial siguiendo lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 2/2012, de 3 de febrero.

A partir de este punto, en el año 2013 se producen los siguientes acontecimientos. El Gobierno de Navarra entendió que a Caja Navarra le son aplicables las disposiciones del Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio y por tanto sus órganos han quedado disueltos el 3 de enero de 2013. Por ello, la Orden Foral 1/2013, de 3 de enero, de la Consejera de Economía, Hacienda, Industria y Empleo nombra una Comisión Gestora para el gobierno de la fundación de carácter especial Caja Navarra («Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Navarra»). La gestora está compuesta por tres miembros, altos cargos y funcionarios directivos del Gobierno de Navarra cuya misión principal es elaborar los Estatutos de la nueva fundación, a fin de pactarlos con el Estado. Su nuevo Presidente pasa, además, a ser el representante de Caja Navarra en el Consejo de Administración de Caixabank.

Con motivo de este proceso, a requerimiento del Parlamento de Navarra, el Consejo de Navarra emitió un dictamen (dictamen 26/2013, de 22 de julio) sobre la aplicación a Caja Navarra (CAN) del Real Decreto-Ley 11/2010, sobre su transformación en fundación de carácter especial y sobre su sometimiento al régimen del artículo 56.1.f) del Amejoramiento del Fuero. El Dictamen termina con las siguientes conclusiones:

1.º Son aplicables a la CAN las disposiciones estatales en materia de cajas de ahorros, y en particular, las contenidas en el Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las cajas de ahorros, modificado por Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito.

2.º Los órganos de la CAN han quedado disueltos con fecha 3 de enero de 2013, habiendo perdido su condición de entidad de crédito, como acredita que se encuentre dada de baja, desde esa fecha, en el registro de

entidades del Banco de España, según consta en su inscripción por su transformación en fundación de carácter especial.

3.º Para la aprobación de los Estatutos de la Fundación de carácter especial de Caja Navarra, derivada de la CAN habrá de procederse conforme al régimen paccionado de convenios al que alude el artículo 56.1 f) de la LORAFNA.

El Dictamen cuenta con un voto particular discrepante de uno de sus miembros en relación con la conclusión tercera del mismo, por entender que al no haber ya actividad financiera, el título competencial no es el de cajas de ahorros, puesto que Caja Navarra ya no es tal, sino el de fundaciones, por lo que no se trata de una fundación sometida al régimen de convenios del artículo 56.1.f) del Amejoramiento del Fuero.

Los Estatutos de la Fundación Caja Navarra fueron aprobados mediante convenio (Acuerdo del Gobierno de Navarra de 19 de junio de 2013 y Orden del Ministerio de Economía y Competitividad de 20 de junio de 2013), cuyo artículo 1 recoge su denominación, naturaleza y ámbito en los siguientes términos:

1.º La Fundación Caja Navarra (en adelante, la Fundación) es una fundación privada, sin ánimo de lucro y de carácter especial que procede de la transformación de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Navarra, cuyo patrimonio se halla afecto, de forma duradera, a la realización de los fines institucionales de interés general que se detallan en los presentes Estatutos.

Fundación Caja Navarra es la nueva denominación que, como consecuencia de la pérdida de la condición de entidad de crédito en ejercicio indirecto, adopta la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Navarra, entidad proveniente de la fusión por absorción de parte de Caja de Ahorros de Navarra (fundada por acuerdo de la Excm. Diputación Foral de Navarra en 1921) de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Pamplona (fundada por acuerdo del Excmo. Ayuntamiento de Pamplona en 1872).

2.º Con carácter general, la Fundación se encuentra bajo la supervisión del Protectorado de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, que la ejercerá a través del Departamento competente en materia de economía o de aquél al que se atribuya la competencia reglamentariamente.

3.º La Fundación desarrollará sus actividades, principalmente, en el territorio de Navarra.

4.º El Gobierno de Navarra y el Ayuntamiento de Pamplona tienen la consideración de entidades fundadoras.

IV. Informes de la Cámara de Comptos sobre Fundaciones y Tercer Sector

La Cámara de Comptos ha emitido varios informes que afectan de forma directa o indirecta a las fundaciones y al Tercer Sector.

1. *Fundación privada que debe ser fundación pública*

El primero de ellos, el informe sobre el Plan Moderna (2008-2012) de noviembre de 2013, se refiere a la Fundación Moderna que gestiona la ejecución de este Plan. Como indica la Cámara de Comptos «Moderna es el nuevo Modelo de Desarrollo Económico de Navarra, un plan estratégico para impulsar el cambio hacia una economía basada en el conocimiento y especializada en las áreas de la economía de la salud, la economía verde y la economía del talento y que busca situar a Navarra entre las veinte primeras regiones europeas en PIB per cápita». Y para su gestión se constituyó el 9 de marzo de 2011 la Fundación Moderna, como órgano de colaboración público-privada con participación de entes públicos y privados, habiendo sido aprobados sus Estatutos por el Gobierno de Navarra el 27 de diciembre de 2010.

Su constitución se efectúa al amparo de la Ley 44 del Fuero Nuevo de Navarra y se le otorga personalidad jurídica propia, señalándose que es una fundación de carácter privado. Su fondo dotacional es de 30.000 €. Su patronato tiene una mayoría de procedencia pública: a) once miembros designados por el Gobierno de Navarra, cuyo Presidente lo es también del Patronato, y cinco por el Parlamento de Navarra; y b) quince miembros designados por las entidades promotoras entre profesionales y empresarios de reconocido prestigio a nivel local, nacional e internacional.

La Cámara de Comptos ofrece el dato del Presupuesto inicial de la Fundación Moderna para el año 2012: 1,1 millones de euros, de los que un millón provenía del Gobierno de Navarra. Y para el año 2013 señala que la aportación del Gobierno de Navarra ascenderá al 75% del Presupuesto de la fundación.

Por todo ello (la mayoría de la dotación fundacional procede de entidades públicas, la mayoría de los miembros del patronato son elegidos por entidades públicas y su financiación procede de entidades públicas), la Cámara de Comptos manifiesta que la Fundación Moderna debió constituirse como una fundación pública. En cualquier caso, esta Fundación está sometida a las prescripciones de la Ley Foral de Contratos Públicos (art. 2).

2. *Fundaciones y Tercer Sector*

El segundo informe de la Cámara de Comptos versa sobre «Los servicios de atención residencial y diurna en el ámbito de la dependencia en Navarra 2008-2012» y lleva fecha de mayo de 2013. El interés de este informe se encuentra en su referencia a diversas fundaciones que actúan en este sector, de forma conjunta o complementaria de otras Administraciones o entidades del sector público.

El tercer informe de la Cámara de Comptos se refiere al «Marco general de las transferencias a empresas privadas, familias e instituciones sin ánimo de lucro» (ejercicio de 2010) y se emite en octubre de 2010. El interés de este informe radica en que recoge subvenciones concedidas a diversas fundaciones.



El Derecho de fundaciones en la Comunidad Autónoma del País Vasco

Edorta Cobreros Mendazona

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

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. RÉGIMEN SUBVENCIONAL Y PARTICIPACIÓN INSTITUCIONAL DEL TERCER SECTOR EN ACCIÓN SOCIAL.—III. JURISPRUDENCIA.—IV. INFORMES DEL TRIBUNAL VASCO DE CUENTAS PÚBLICAS: 1. *Previo: las fundaciones del sector público*. 2. *Informe de Fiscalización de fundaciones con posición dominante en el sector público vasco 2006*. 3. *Informe del Inventario de fundaciones del sector público vasco a 31 de diciembre de 2008*.

I. Introducción

En esta *Crónica* anual daremos cuenta de las actuaciones que han significado una relevante innovación o aplicación del Derecho de Fundaciones en la Comunidad Autónoma del País Vasco. Así, haremos una referencia a un par de reglamentos en materia subvencional y de participación, a una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, que dilucida un recurso en el que, bajo la apariencia de un puro óbice procesal, podemos detectar un problema de fondo que puede resultar más general en el ámbito de las fundaciones ligadas al sector público, y, finalmente, mencionaremos un par de informes del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas, que por su objeto pueden tener interés aquí, pero de los que no hay que olvidar el retraso con que se elaboran y publican.

II. Régimen subvencional y participación institucional del Tercer Sector en acción social

Merecen nuestra atención dos disposiciones reglamentarias: la primera, afecta directamente a algunas Fundaciones en un aspecto tan importante como es el subvencional en el concreto ámbito de la intervención social; la segunda es la que crea un órgano máximo consultivo y de participación del Tercer Sector que trabaja en la acción social.

En efecto, el Decreto 271/2012, de 4 de diciembre (*BOPV* de 18 de diciembre de 2012), del Gobierno Vasco, *regula las subvenciones para el fomento de actividades del Tercer Sector en el ámbito de la intervención social en el País Vasco*. Se trata de una completa regulación que pretende incluir las perspectivas o políticas transversales que deben tenerse en cuenta en la intervención social. Así, además de la inclusión social, las que tiene que ver con la familia, la infancia y la adolescencia, las personas mayores, las situaciones de dependencia y, en general de discapacidad, la integración de las personas inmigrantes (y, en general, la interculturalidad), y la libertad y diversidad afectivo-sexuales. No podemos ahora recoger la regulación en su integridad, pero sí indicar que sustituye —por expresa derogación— al anterior Decreto de 649/2009¹.

Por su parte, el Decreto 283/2012, de 11 de diciembre (*BOPV* de 24 de diciembre de 2012), *constituye y regula la Mesa del Diálogo Civil que tiene por objetivo dar carta de naturaleza en el ordenamiento jurídico al Diálogo Civil*, configurando el máximo órgano de carácter consultivo y de participación institucional del Tercer Sector de acción social en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

III. Jurisprudencia

La única Sentencia de la que vamos a dar cuenta es la dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 21 de diciembre de 2011 (rec. núm. 938/2010).

El recurso lo formula una Fundación privada contra el Acuerdo de la Diputación Foral de Gipuzkoa por el que se aprueba el Texto Refundido del Plan General de Ordenación Urbana de Asigarraga («Texto Refundido Adaptado», aprobado inicialmente por el Pleno del Ayuntamiento de Astigarraga). Pues bien, se plantea *a limine* un obstáculo procesal por parte de la Administración demandada, cual es la falta de legitimación activa de la recurrente, al no haberse adoptado válidamente un acuerdo por parte de la Fundación en el que se decidiera el planteamiento del recurso. De los hechos relatados se deduce que el Presidente de la Fundación no había participado en ningún acuerdo de tal tipo y que él no había convocado sobre el particular ninguna reunión del patronato y decía desconocer un acuerdo en tal sentido. Ahora bien, inmediatamente conviene precisar que el Presidente de la Fundación

¹ Al que hicimos referencia en la «Crónica» publicada en este *Anuario de Derecho de Fundaciones 2010*, p. 453.

recurrente era, precisamente, el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de As-tigarraga, directamente interesado en la actuación impugnada.

Pues bien, aunque finalmente desestimará la demanda, la Sentencia admite a trámite el recurso y lo hace con un razonamiento que merece reproducirse ahora (la cursiva está añadida):

«[E]l Tribunal ha de valorar con cautela la declaración del Presidente de la Fundación, que ostenta al mismo tiempo la condición de Alcalde de la localidad, habida cuenta de la contraposición de intereses que entre ambas instituciones se revelan por las actas de otras reuniones del Patronato. Pero más allá de ello debemos tener en cuenta *que la jurisdicción contenciosa no es el ámbito de discernimiento acerca de la validez o no de los acuerdos adoptados por una Fundación privada, pues ello forma parte del Derecho privado. Corresponde únicamente a la jurisdicción controlar la validez formal del título de legitimación para la presentación del recurso*, que es el acta firmada por el secretario de la Fundación en la que se da cuenta de que en la sesión de 12/3/2010, con tres miembros presentes (es decir, mayoría de los totales, pues son cinco) el Patronato acuerda la interposición del recurso. Si el alcalde considera que la reunión no fue conforme a derecho, le asiste el derecho de impugnación del acuerdo en la jurisdicción civil, como miembro que es, cosa que no consta que haya hecho, sin que pueda la Diputación ahora aducir esta cuestión con el llamamiento del alcalde al procedimiento en calidad de testigo, pretendiendo del Tribunal que se pronuncie sobre el fondo en lo relativo a la validez, pues excede de su cometido jurisdiccional, pues en nada compromete el interés público el vicio planteado. Además la Administración dispone el cauce, si lo hubiese considerado oportuno de interesar la actuación del Protectorado si considera que con la actuación del Patronato se compromete la finalidad de interés general protegida por la Ley 12/1994, de Fundaciones de Euskadi.

En consecuencia, al no constar la impugnación del acuerdo del Patronato de la Fundación de 12/3/2010 en la jurisdicción civil, y presentar la documentación adjuntada apariencia de validez en relación a la toma de decisión de recurrir (reunión reflejada en acta en la que se hace constar el sentir favorable de mayoría de miembros de la fundación sobre un asunto que formaba parte del orden del día, acta que por cierto fue leída y aprobada en la siguiente reunión de 21/6/2010, f. 2010, sin que nadie hiciese constar tacha o discrepancia alguna) se entiende correctamente acreditada la legitimación activa para al presentación de recurso contencioso a los efectos del art. 45.2.b.) LJCA».

Vemos, pues, que en este caso parece que podía haber una colisión entre los intereses de la Fundación y los de la Administración, quedando claro que

el proceso contencioso-administrativo no es el cauce apropiado para dilucidarla, sino que, en todo caso, eso sería competencia de la jurisdicción civil, por tratarse de una cuestión «interna» a la propia Fundación.

IV. Informes del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas

1. *Previo: las fundaciones del sector público*

En este apartado, en el que la atención se centra, obviamente, en las fundaciones que operan en el sector público, vamos a hacer referencia a dos informes que tienen en común el no estar referidos a una Fundación en concreto sino que fiscalizan un conjunto de fundaciones, pero se diferencian en que el primero es un (clásico) «Informe de Fiscalización», mientras que el segundo es un «Inventario».

Pero antes de su pormenorización conviene que —siguiendo la doctrina constitucional al respecto— recordemos aunque sea someramente algunas de las características de esta figura específica de las fundaciones creadas por las Administraciones públicas.

Así, según tiene dicho el Tribunal Constitucional², debe indicarse de entrada que la creación de fundaciones por las personas jurídico-públicas no constituye el ejercicio del derecho de fundación proclamado por el artículo 34.1 CE. La proclamación del derecho de fundación para fines de interés general de este precepto constitucional implica el reconocimiento de un derecho de libertad cuyo ejercicio permite a los particulares participar en la realización de actividades de interés general a través de la creación de una organización permanente dotada de personalidad jurídica propia y diferenciada del instituyente. Pero de la proclamación constitucional de este derecho fundamental *no se deriva el reconocimiento de la capacidad para constituir fundaciones por parte de las personas jurídico-públicas*.

El reconocimiento a las Administraciones públicas de la capacidad para constituir fundaciones deriva 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. Del mismo modo, 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

² En su STC núm. 120/2011, de 6 de julio, apoyándose en lo dicho anteriormente en su STC núm. 49/1988, de 22 de marzo.

de fundación reconocido a los particulares en el artículo 34.1 CE sino el 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 constituidas por la Administración para la tutela de los intereses públicos que tiene normativamente encomendados.*

La circunstancia de que quien actúa a través de estas fundaciones no sea un particular sino un ente público *no sólo determina en algunos extremos el régimen jurídico aplicable a las relaciones que entablan con terceros, sino que también afecta necesariamente a las potestades de intervención administrativa sobre las fundaciones* que se fundamentan precisamente en la necesidad de asegurar que estas últimas cumplan con los fines de interés general que justificaron su creación en ejercicio del derecho fundamental reconocido en el artículo 34.1 CE.

En el caso de las fundaciones del sector público, el servicio al interés general y la garantía de legalidad también resultan constitucionalmente obligados y, por tanto, capaces de habilitar potestades de control administrativo sobre su actuación, pero ello no tiene lugar en el marco de lo dispuesto en el artículo 34.1 CE —para fines de interés general, con arreglo a la ley—, sino en el que se deriva del artículo 103.1 CE, que llama a la Administración a servir «con objetividad los intereses generales», así como a actuar «de acuerdo con los principios de eficacia [y] jerarquía, ... con sometimiento pleno a la ley y al Derecho». Al igual que los instrumentos generales del Derecho de la organización, *el ejercicio de las funciones de registro y protectorado sobre las fundaciones del sector público sirve fundamentalmente a la garantía de la integridad de esos principios constitucionales.*

El carácter instrumental de las fundaciones del sector público determina también que el ejercicio de las competencias de control administrativo sobre su actuación tenga materialmente por objeto la actuación de la Administración territorial que se sirve de esa personificación, lo cual revela que su ejercicio no es aquí actividad administrativa de ordenación y limitación del desarrollo de actuaciones o del ejercicio de derechos por los particulares, sino que se enmarca en el ámbito de las relaciones jurídicas entre los entes públicos —con independencia de cuál sea su régimen de personificación y de funcionamiento— a través de los cuales actúa el Estado, de modo que su regulación y ejercicio habrán de tener en consideración los presupuestos de constitucionalidad que de ello se derivan (entre los cuales se encuentra la configuración constitucional del Estado autonómico).

2. *Informe de Fiscalización de fundaciones con posición dominante en el sector público vasco 2006*

Este Informe³, cerrado al 31 de diciembre de 2006 —por lo tanto, referido a datos anteriores en un quinquenio al momento de su elaboración (lo cual no deja de ser algo muy significativo)—, tiene por objeto verificar el cumplimiento de la legalidad aplicable en aquellas fundaciones en las que participa la Comunidad Autónoma de Euskadi y el conjunto de Administraciones que integran el Sector Público Vasco mantiene una posición dominante, es decir, las constituidas con una aportación mayoritariamente pública o aquellas cuyo patrimonio fundacional, con carácter de permanencia, está formado en más del 50% por bienes o derechos aportados por Entes Públicos.

En el momento de recabar los datos del Registro de Fundaciones del País Vasco (31 de diciembre de 2005), existían 24 fundaciones participadas por la Comunidad Autónoma y en 17 de ellas las Administraciones públicas mantenían una posición dominante, aunque el Informe finalmente sólo se referirá a 14 de ellas⁴, que son las siguientes:

- Fundación Donostia International Physics Center.
- Fundación EKAIN.
- Fundación Filmoteca Vasca.
- Fundación Instituto Internacional Sociología Jurídica de Oñate.
- Fundación Instituto Pesquero y Alimentario-AZTI.
- Fundación Joven Orquesta de Euskal Herria-EGO.
- Fundación Kalitatea.
- Fundación Museo de Bellas Artes de Bilbao.
- Fundación Museo de la Paz de Gernika.
- Fundación Formación Técnica Máquina Herramienta.

³ *Informe de fiscalización de fundaciones con posición dominante del sector público vasco 2006*, fechado el 17 de marzo de 2011 (BOPV de 12 de julio de 2011).

⁴ Lo que se justifica por las siguientes razones: la Fundación Museo Guggenheim Bilbao ya había sido fiscalizada (*vid.* la «Crónica» publicada en este *Anuario de Derecho de Fundaciones 2001*, pp. 458-460); la Fundación Museo Vasco del Ferrocarril se creó el 28 de diciembre de 2006 (con lo que no había posibilidad de fiscalizar nada hasta la fecha de cierre del Informe); y la Fundación Labein, inicialmente incluida, fue eliminada dado que a la fecha de emisión del Informe se había ya extinguido.

- Fundación Privada para el Centro Superior de Música del País Vasco.
- Fundación Vasca de Innovación e Investigaciones Sanitarias-BIOEF.
- Fundación Vasca para la Formación Profesional-HOBETUZ.
- Fundación Vasca para la Seguridad Agroalimentaria-ELIKA.

El Informe ha consistido en el análisis del cumplimiento de tres aspectos: la legalidad aplicable a la adquisición de bienes y servicios, la contratación de personal y el destino de los ingresos recibidos durante el ejercicio 2006. A este respecto, sintetizando mucho, podemos decir que las deficiencias encontradas en el apartado de adquisición de bienes y servicios se refieren en su mayor parte a la falta de publicidad y concurrencia en la adjudicaciones, concluyendo el Tribunal Vasco de Cuentas Públicas que las fundaciones citadas en este apartado no han cumplido la normativa legal aplicable en el ejercicio 2006. En la revisión de la contratación de personal por las fundaciones analizadas las deficiencias detectadas se refieren fundamentalmente a la falta de cumplimiento de los principios de igualdad, merito y capacidad concluyendo igualmente el Tribunal Vasco de Cuentas Públicas que las fundaciones citadas en este apartado no han cumplido la normativa legal en el ejercicio 2006⁵.

3. Informe del Inventario de fundaciones del sector público vasco a 31 de diciembre de 2008

Este Informe⁶, pese a su evidente distancia, también, entre el momento en el que se elabora y la realidad de su objeto, tiene de interés que nos puede dar una imagen de este tipo de fundaciones en el panorama de la Comunidad Autónoma del País Vasco (se insiste, tomado con la debida cautela por el retraso de cinco años que le aqueja)⁷.

En primer lugar, no existe una regulación específica para las fundaciones del sector público foral ni para las del sector público local. Tras el análisis de la legislación precedente y de la estatal, a los efectos exclusivos de este inventario, se ha considerado como fundación del Sector Público Vasco aquella que cumpla al menos una de las dos siguientes condiciones:

⁵ Resumen tomado de la «Nota de prensa del TVCP del Informe de fiscalización de las fundaciones con posición dominante del sector público vasco 2006» (recogido en <http://www.txostenak.es/pdf/npFundaciones2006.pdf>).

⁶ Fechado el 19 de abril de 2012 (BOPV de 15 de julio de 2013).

⁷ Puede consultarse un resumen autorizado de este Informe en <http://txostenak.es/pdf/npInventarioFundaciones2008.pdf>.

a) Que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, del Sector Público Vasco definido a efectos de la Ley 1/1988 del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas.

b) Que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50% por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.

Con la aplicación de estos criterios se ha elaborado un listado en el que se incluyen:

— Fundaciones del Sector Público de la Comunidad Autónoma Vasca: las que reúnan los requisitos de la Ley de Principios Ordenadores.

— Otras Fundaciones con aportación mayoritaria de las administraciones públicas vascas, en las que se cumplan alguno de los requisitos mencionados anteriormente, bien por aportación de una única entidad, en cuyo caso se han distinguido entre fundaciones del ámbito foral, del ámbito local o de la UPV/EHU, o de varias, en cuyo caso se han denominado como fundaciones con participación mayoritaria de varias entidades del Sector Público Vasco. Se incluyen, también, aquellas cuyos miembros del patronato no estén nombrados mayoritariamente por entidades del Sector Público de la Comunidad Autónoma Vasca, pero que bien la aportación inicial o el patrimonio han sido aportados en más de un 50% por entidades de dicho sector.

Adicionalmente, se han incluido otras dos relaciones con fundaciones privadas. En la primera se recogen aquellas fundaciones que no cumplen ninguno de los dos criterios señalados, pero cuyo patronato está integrado mayoritariamente por patronos nombrados por entidades del Sector Público Vasco. En la segunda se recogen las fundaciones privadas que en 2008 recibieron un importe significativo de subvenciones públicas.

A 31 de diciembre de 2008, de las 484 fundaciones incluidas en la base de datos del Registro de Fundaciones del País Vasco, de acuerdo con los criterios señalados, se pueden calificar 44 como pertenecientes al Sector Público Vasco con un patrimonio neto a 31 de diciembre de 2008 de 278 millones de euros. El resumen de la clasificación efectuada, que se desglosa al detalle en el informe, es el siguiente:

- Fundaciones del Sector Público de la CAE, 6.
- Fundaciones mayoritarias de la Administración pública de la Comunidad Autónoma del País Vasco, sin patronato mayoritario, 8.
- Fundaciones ámbito foral, 7.

- Fundaciones ámbito local, 7
- Fundaciones de la UPV/EHU, 1.
- Fundaciones con participación mayoritaria de varias entidades del Sector Público Vasco, 15.
— *Fundaciones del Sector Público Vasco*, 44.

- Fundaciones privadas con control público, 21.
- Otras fundaciones privadas con financiación pública significativa, 20.
— *Total Fundaciones*, 85.



CRÓNICA DE LA UNIÓN EUROPEA



Crónica de la Unión Europea

Rosa Gallego García

Directora. Asociación Española de Fundaciones.

Presidenta del Comité de Dirección. Donors and Foundations Networks in Europe (DAFNE)

SUMARIO: I. ESTATUTO DE LA FUNDACIÓN EUROPEA.—II. IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO.

I. Estatuto de la Fundación Europea

El Consejo de Ministros de la Unión Europea continuó los trabajos de revisión de la propuesta de reglamento del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Fundación Europea, presentado por la Comisión Europea el 8 de febrero de 2012.

Dichos trabajos, encomendados a la formación de derecho de sociedades, continuaron durante todo el primer semestre de 2013 como parte de la agenda de trabajo de la República de Irlanda, presidencia de turno del Consejo de la Unión.

La presidencia avanzó en la elaboración de una nueva propuesta¹, que fue presentada a los Estados miembros en la reunión celebrada el 25 de junio con las siguientes principales novedades:

—Introducción de una previsión en relación a los ingresos percibidos por la Fundación Europea (FE) y a su destino a los fines fundacionales. El nuevo punto 3 del artículo 7 regula el porcentaje de ingresos y el plazo para su destino a fines fundacionales.

—Eleva de dos a cuatro años el tiempo mínimo para el que una FE puede constituirse.

—En relación al registro y autoridad supervisora, incorpora la posibilidad de que sean varios en cada país, según decisión de cada Estado miembro.

¹ Proposal for a Council Regulation on the Statute for a European Foundation (FE) Presidency compromise text. DOC 8231/13.

—Introduce la posibilidad de que los miembros del órgano de gobierno u otros órganos sean remunerados, estableciendo que la remuneración deberá ser adecuada y proporcionada.

—En relación a la auditoría de cuentas, elimina la auditoría obligatoria y establece la obligación de la misma en función de parámetros económicos y del número de personal contratado. Establece también que las cuentas anuales de las fundaciones que no estén obligadas a auditarse deberán ser analizadas por un tercero independiente.

Durante el segundo semestre, la República de Lituania ostentó la presidencia de turno del Consejo de la Unión y continuó con los trabajos de revisión de la propuesta de reglamento, elaborando dos textos de compromiso, que fueron presentados respectivamente el 9 de septiembre² y el 6 de diciembre³.

El primer texto incluía las siguientes novedades:

—La primera se refiere al artículo 7.2 de la proposición. El texto inicial presentado por la Comisión Europea establecía que para su constitución el valor de los activos de la Fundación Europea debía ascender al menos a 25.000 €. Esta cantidad, considerada insuficiente por algunos Estados miembro, se elevó a 50.000 € en esta nueva propuesta.

—También en relación con los activos necesarios para la constitución de la FE, el texto incorporaba como novedad la obligatoriedad de mantenerlos durante toda la vida de la fundación. Sin embargo, flexibiliza el precepto referido a la dedicación de los ingresos a cumplimiento de fines, sustituyendo el porcentaje fijo del setenta por ciento por una cuantía indeterminada, establecida como una proporción razonable.

—La posible remuneración de los miembros del órgano de gobierno o de otros órganos de la fundación, introducida por la anterior presidencia, se limita en el nuevo texto a los casos en los que exista disposición estatutaria que la reconozca como posible.

—Amplía de cuatro a seis años el período mínimo por el que debe constituirse una FE de duración determinada.

² Proposal for a Council Regulation on the Statute for a European Foundation (FE) Presidency compromise text. DOC 13168/13, de 28 de agosto de 2013.

³ Proposal for a Council Regulation on the Statute for a European Foundation (FE) Presidency compromise text. DOC 16581/13, de 29 de noviembre de 2013.

—Introduce la posibilidad de que el Estado miembro en el que la FE esté registrada exija a ésta establecer en dicho Estado su domicilio social y su administración central.

En las reuniones mantenidas dos fueron las cuestiones identificadas como críticas y cuya inclusión en el reglamento suponían un obstáculo insalvable para un número elevado de países, lo que en la práctica abocaba el proceso a su fracaso, teniendo en cuenta la necesidad de que la aprobación del reglamento se produzca por unanimidad.

Las dos cuestiones identificadas eran la cifra de activos mínimos necesarios para la constitución de la FE y el capítulo fiscal.

La presidencia Lituana, tras la reunión celebrada el 9 de septiembre y ante la falta de consenso sobre estas cuestiones, decidió trasladar ambas para discusión y decisión al nivel político. Lo que se produjo en la reunión del Comité de representantes permanentes (COREPER 1) celebrada el 8 de noviembre.

En relación al primer punto, el valor inicial de los activos en el momento de constitución de la FE, el acuerdo adoptado en la reunión situó de nuevo el mismo en 25.000 €.

El segundo punto sometido a valoración, el capítulo VII, que recogía el tratamiento fiscal a aplicar a la FE, fue eliminado de la propuesta, quedando definitivamente descartada la regulación de cualquier aspecto fiscal en este reglamento. La eliminación de este capítulo fue realizada con gran consenso por parte de los Estados miembro.

La presidencia Lituana procedió a la redacción de un nuevo texto, con los aspectos acordados, para su debate en una nueva reunión de la formación de derecho de sociedades que tuvo lugar el 6 de diciembre de 2013.

Las siguientes fueron las novedades más destacadas de dicho texto:

—En relación al carácter transnacional de las actividades de la FE se matiza de nuevo la obligación de realizar actividades en al menos dos Estados miembro durante toda la vida de la FE, estableciendo la salvaguarda de que no se produzca en casos justificados.

—También introducen cambios en el mantenimiento de los activos que la FE posee en el momento de su constitución, estableciendo la obligación de mantener su valor, en lugar de los mismos activos, durante toda la vida de la FE. Además el artículo 7.3 se modifica para establecer que la proporción de los ingresos que deberán destinarse al cumplimiento de fines en el plazo fijado por el reglamento será considerable en lugar de razonable. Además se

especifica que para ese destino se tendrán en cuenta todos los ingresos obtenidos por la FE.

En 2014 la presidencia de turno ostentada por Grecia ha comunicado su intención de culminar durante el primer semestre las negociaciones con los Estados miembro. Se plantea de este modo el objetivo de emitir un texto de compromiso definitivo que pueda ser presentado para votación al Consejo, en concreto al Consejo de competitividad, formación del Consejo encargada de la aprobación de normativa referente a mercado interior.

Parlamento Europeo

El Parlamento Europeo inició su trabajo sobre la propuesta de Estatuto de la Fundación Europea en noviembre de 2012.

La Comisión de Cultura y Educación, cuyo ponente para este tema fue la Sra. Nadja Hirsh, emitió su opinión positiva el 23 de abril de 2013.

Seguidamente, el 30 de mayo, el Comité de asuntos legales votó a favor del informe presentado por la ponente Evelyn Regner.

Ambos informes apoyaban la aprobación del reglamento, incorporando o destacando la necesidad de reforzar ciertos aspectos. Muchas de las consideraciones expresadas en ambos informes fueron incluidas en el informe final aprobado por el Parlamento el 2 de julio.

Las recomendaciones del Parlamento al Consejo fueron las siguientes:

—Alentaba a los Estados miembro a hacer uso de la presente oportunidad para introducir en su totalidad el Estatuto, con todas las garantías de transparencia, con el fin de que las barreras que las fundaciones encuentran en la actualidad en la realización de trabajo transfronterizo sean eliminadas y nuevas fundaciones puedan constituirse para atender a las necesidades de las personas que residen en la UE o con el fin de trabajar por el interés general y de ampliar los intereses de la sociedad. Teniendo en cuenta que contribuiría a la implementación de una ciudadanía europea genuina y abriría el camino para el estatuto de una organización europea.

—Enfatizaba que la FE debería contribuir al desarrollo de una verdadera cultura e identidad europeas.

—Señalaba que aunque se trata de una nueva forma legal, la FE tendría su aplicación a través de estructuras que ya existen en los Estados miembro.

—Daba la bienvenida al hecho de que el Estatuto estableciera unos estándares mínimos en materia de transparencia, rendición de cuentas, super-

visión y uso de los recursos, que servirán tanto a ciudadanos como a donantes como una etiqueta de calidad que por tanto asegurará la confianza en la FE lo que provocará el desarrollo de sus actividades europeas en beneficio de todos los ciudadanos.

—Destacaba el potencial de las fundaciones en la provisión de empleos, especialmente para los jóvenes, para quienes el desempleo alcanza niveles alarmantes.

—Solicita que el reglamento estipule que el Estado miembro con autoridad financiera sobre la fundación debe ser responsable de asegurar que en la práctica la FE es dirigida en estricto cumplimiento de sus estatutos.

—Señala que la posibilidad de fusiones entre FE ya constituidas no ha sido establecida.

—También mencionaba que para apoyar la confianza en la sostenibilidad de la FE, su responsabilidad, así como la efectividad de su supervisión, los criterios principales deben ser:

- Que el valor de los activos de 25.000 € deba ser mantenido por la FE durante toda su existencia.

- La vida de la FE en cualquier Estado miembro debe en principio ser a perpetuidad, la posibilidad de constituir fundaciones de duración determinada sólo debe permitirse cuando exista suficiente justificación para ello, y cuando sus fines sean salvaguardados.

- Que las modificaciones de los estatutos de la fundación en los que subyace su esencia, sólo deben permitirse si son realizadas por su junta de gobierno.

- Para evitar conflictos de intereses de la fundación con respecto a órganos independientes del fundador, con los que el fundador no tenga una relación comercial, familiar, es preciso que existan provisiones en la línea de las propuestas por la Comisión. Sin embargo, debe reconocerse que las fundaciones pueden constituirse en un contexto familiar, en el que un alto grado de confianza entre el fundador y los miembros del comité es un prerrequisito, de forma que el fundador sepa que el propósito de la fundación se mantendrá tras su fallecimiento.

- Que los parámetros para determinar la obligatoriedad de la auditoría de cuentas externa deben tener en cuenta los activos totales, los ingresos anuales y el número de trabajadores. Y que para las fundaciones que no alcanzaran los valores establecidos para la auditoría interna, una revisión independiente de su contabilidad sería suficiente.

- Que el Estatuto debe permitir información para voluntarios y debe alentar el voluntariado como un criterio guía.

- Debe añadirse una provisión en el caso de que los miembros del órgano de gobierno, o cualquier otro órgano de la fundación, reciban remuneración, ésta debe ser razonable y proporcionada. Deben establecerse criterios para determinar la razonabilidad y proporcionalidad de la remuneración.

- En relación a la representación de los trabajadores, el proceso de negociación, que en los artículos 38 y 39 de la propuesta se refiere sólo a información y consulta de empleados en la Unión Europea, debe ampliarse a los empleados en los órganos de la fundación. Del mismo modo y con la referencia hecha a los artículos 38 y 39 de la propuesta sobre los procedimientos para el establecimiento de un Consejo de trabajo europeo, debe tenerse en cuenta que para el propósito de participación de los trabajadores en los órganos de la FE, debe hacerse referencia a los procedimientos establecidos en la Directiva del Consejo 2011/86/EC.

- La provisión relativa a la representación de los trabajadores recogida en el artículo 38 de la propuesta debe mantenerse, debiendo aclararse la noción de voluntariado y actividades voluntarias.

- En beneficio de la supervisión efectiva, la oficina registrada y la sede central de la FE deben estar en el mismo Estado miembro en el que haya sido constituida.

- La propuesta debe limitarse a un instrumento civil —como ha sido propuesto por el sector— mientras que debe reforzarse, en línea con la propuesta del Parlamento, una serie de elementos centrales del concepto de interés general tal y como figure recogido en los Estados miembro, con el fin de facilitar el reconocimiento de equivalencia entre Estados.

Donors and Foundation Networks in Europe y European Foundation Center

Las dos organizaciones representativas del sector fundacional europeo continuaron sus trabajos durante el año 2013 para asegurar que las opiniones del sector fueran tenidas en cuenta por los Estados miembro y por las presidencias de turno de la Unión.

En este sentido, el 23 de junio dirigieron una carta abierta a las representaciones permanentes de los veintiocho Estados miembro en el que solicitaban su participación y apoyo a la propuesta de reglamento.

Un segundo comunicado fue emitido el 29 de noviembre, poniendo de manifiesto el apoyo del sector a la propuesta de reglamento resultante de la eliminación del capítulo fiscal.

II. IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO

VAT in the public sector and exemptions in the public interest

El estudio elaborado por Copenhagen Economics para la Comisión Europea presentado el 10 de enero de 2013, fue objeto de estudio y debate en la reunión celebrada en Mestre en abril de 2013.

El Centro Europeo de Fundaciones y el Donors and Foundations Networks in Europe (DAFNE) emitieron un comunicado en el que analizaban las propuestas recogidas en el estudio y en el que identificaban cuáles de las opciones propuestas eran las preferidas por el sector fundacional. En este sentido el sistema de reembolso del IVA soportado para todos los servicios exentos o no sujetos, es visto por el sector como una alternativa posible, siempre y cuando se tengan en cuenta todas las áreas de actividad y por tanto puedan beneficiarse del mismo tanto las fundaciones donantes como las operativas, incluidas aquéllas que prestan sus servicios al sector público.

Por otro lado, las dos organizaciones representativas del sector manifiestan su oposición al modelo de sujeción plena.

Consulta pública: VAT legislation on public bodies and tax exemptions in the public interest

En diciembre de 2011 la Comisión adoptó la comunicación sobre el futuro del IVA⁴ en la que fijaban las características principales que deben regir el nuevo régimen del IVA y las acciones prioritarias a realizar con el fin de crear un sistema de IVA más simple, eficiente y robusto.

Una de las áreas prioritarias a este respecto es la revisión y posibles modificaciones en las reglas del IVA que afectan el sector público, incluyendo reglas específicas para los organismos públicos y para las exenciones en materia de interés general.

⁴ COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL AND THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE on the future of VAT Towards a simpler, more robust and efficient VAT system tailored to the single market - Brussels, 6.12.2011 - COM(2011) 851 final.

En el contexto de acciones desarrolladas por la Comisión durante el año 2013, el 14 de octubre ésta abrió una consulta pública que trata de dar una oportunidad a todos los actores implicados de expresar su opinión en las materias mencionadas.

La mencionada consulta permanecerá abierta hasta el 25 de abril de 2014.

CRÓNICA DE IBEROAMÉRICA



Organizaciones de la Sociedad Civil. Tres Iniciativas para una Mayor Transparencia en Chile

Roberto Peralta

Abogado y miembro de la Comisión Políticas Públicas de la Comunidad de Organizaciones Solidarias de Chile

Jeannette von Wolfersdorff

Emprendedora social y miembro de la Comisión de Políticas Públicas de la Comunidad de Organizaciones Solidarias de Chile

SUMARIO: I. EL DESARROLLO DEL ÁREA DE DERECHO DE LA TRANSPARENCIA.—II. EL VALOR DE COHESIÓN SOCIAL Y TRANSPARENCIA PARA EL DESARROLLO ECONÓMICO Y HUMANO.—III. LAS ORGANIZACIONES DE LA SOCIEDAD CIVIL Y LA TRANSPARENCIA.

I. El desarrollo del área de Derecho de la Transparencia

En la historia de la humanidad podemos observar el creciente valor de la honestidad en las relaciones humanas. La honestidad se presenta como un elemento fundamental para que exista confianza entre las personas y la confianza como un sustento indispensable para la cohesión social.

Mucho se ha predicado y escrito sobre la verdad como máxima moral que, en materia jurídica, se ve reflejada en una premisa y principio fundamental: *pacta sunt servanda* (lo pactado obliga). A la luz de este principio, el afirmar algo pasa a ser vinculante para quien lo ha dicho y éste no puede desdecirse perjudicando a quienes confiaron en su palabra. Y tanta es la importancia de ello que, en caso de faltar algún requisito para probar la existencia de un pacto exigible a quien prometió algo, en el Derecho se han desarrollado instituciones que cubran estos vacíos y permitan reforzar la necesidad social que las personas se relacionen de un modo honesto y coherente, con el fin de construir la confianza como elemento fundamental para la vida en sociedad. Entre estas instituciones jurídicas podemos destacar el castigo moral, criminal y civil que se da al fraude, y la responsabilidad civil que se impone a quienes actúan de manera contradictoria con el hecho propio, institución que en el derecho anglosajón (*common law*) se denomina *estoppel*.

El crecimiento poblacional y el desarrollo de organizaciones sociales cada vez más numerosas y complejas, han llevado a que la honestidad y la confianza como valor ético y social no sólo sea una preocupación al nivel de relaciones interpersonales, sino también un aspecto fundamental en las relaciones entre organizaciones de personas (países, estados, entes públicos, empresas y organizaciones de la sociedad civil) y entre éstos y las personas individualmente consideradas.

En nuestra sociedad moderna, las instituciones jurídicas tradicionales que velan por la honestidad y confianza social se han visto superadas por varios factores, entre los cuales podemos señalar:

- la mayor complejidad que han ido adquiriendo las relaciones sociales;
- el creciente número de actores;
- un aumento en las variables que inciden para resolver un asunto determinado;
- un ritmo más acelerado en los procesos de toma de decisiones;
- restricciones en la comprensión y acceso a la información;
- grandes asimetrías de información entre cada uno de los actores relevantes.

Por ejemplo, respecto de una actividad de tiempos inmemoriales e indispensable para la subsistencia humana, como la ganadería, en épocas pasadas le bastaba al individuo ser pastor de su rebaño, disponer de suficientes praderas, cuidar el ganado, faenarlo y venderlo al mejor postor.

Bajo este esquema de relaciones interpersonales y económicas, la honestidad y la confianza parecen quedar suficientemente resguardadas bajo el principio *pacta sunt servanda*, la coherencia con el hecho propio y el castigo al fraude.

Sin embargo, hoy en día, es probable que un ganadero, además de las preocupaciones tradicionales que debía atender, deba hacerse cargo de:

- accionistas nacionales y/o extranjeros que esperan una determinada rentabilidad;
- las restricciones en cuanto al uso del suelo que dispongan las autoridades competentes en materia de planificación territorial;
- las exigencias normativas en el trato de trabajadores, proveedores y clientes;

- los requerimientos sanitarios y ambientales en materia de uso de fertilizantes, pesticidas, residuos, emisiones, faenamiento de animales, cadena de frío y calidad del producto;
- el impacto social, territorial y ambiental su cadena de producción (ej.: insumos, transporte, operación, distribución, venta, consumo, disposición de residuos) según su volumen y extensión;
- el cumplimiento de normas sobre origen del producto, etiquetado, protección al consumidor y libre comercio nacional e internacional;
- el pago de impuestos al territorio, patrimonio, exportación, ganancias y ventas.

En este nuevo escenario podemos apreciar un mayor número de actores y una gran variedad de relaciones humanas, que van más allá de las relaciones que tradicionalmente se producían entre individuos, en las cuales terciaba la autoridad como árbitro, tal y como queda expresado dramáticamente por William Shakespeare en su famosa obra el «Mercader de Venecia».

El rol mediador y ordenador de la autoridad frente a sus súbditos o ciudadanos va adquiriendo una dimensión cada vez más compleja, surgen materias nuevas que requieren atención especial, y se empiezan a generar y a acumular gran cantidad de cuerpos normativos que establecen un marco de acción tanto para la autoridad como para las personas.

En este contexto es que las tradicionales instituciones jurídicas que resguardan la honestidad, confianza y cohesión social se ven superadas. La aplicación estricta del principio *pacta sunt servanda*, tal y como se dramatiza en la mencionada obra literaria, empieza a mostrar su ineficacia al momento en que se requiere proteger la confianza de:

- un accionista minoritario de una empresa respecto del valor de su inversión;
- actores del sector productivo que son desplazados por competidores más fuertes;
- un consumidor respecto del justo precio de un producto y de su utilidad para el fin que lo adquirió;
- un ciudadano respecto de las promesas electorales de un servidor público que ocupa un cargo de elección popular;
- ciudadanos y empresas que quieren conocer con claridad las reglas bajo las cuales pueden desempeñarse en sus relaciones con la autoridad.

Respecto de los tres primeros puntos esbozados anteriormente, los Estados han desarrollado una vasta normativa que regula los mercados de valores, los gobiernos empresariales, la libre competencia y la protección del consumidor

Sin embargo, cuando se trata de comprometer a la autoridad, da la impresión que las democracias modernas le temen al principio *pact sunt servanda*, ya que el ciudadano no cuenta con un mecanismo jurisdiccional tan eficaz como aquél dispuesto para el cobro de una deuda en dinero o de una infracción regulatoria. Incluso, en el caso hipotético de que existiera tal mecanismo, al ciudadano le sería muy difícil poder probar un incumplimiento, ya que los antecedentes para determinarlo normalmente se encuentran en manos de la misma autoridad y ésta puede administrarlos de un modo que puede resultar casi imposible encontrar una infracción sancionable.

Esta gran asimetría en la relación entre los ciudadanos y la autoridad se ha visto agravada por la proliferación de casos de corrupción, que provocan graves injusticias entre los ciudadanos y dañan aún más la confianza y cohesión social.

Ante esta situación y la impotencia de las instituciones jurídicas tradicionales, se empieza a desarrollar un área del Derecho: la Transparencia. Ésta se propone ofrecer un mecanismo que ayude a superar las grandes asimetrías de información que tienen los ciudadanos frente al Estado, como un resguardo adicional que permita reforzar la confianza y cohesión social. Estas nuevas instituciones jurídicas tienen por finalidad proporcionar nuevas herramientas que permitan al ciudadano contar con determinada información que está en manos de la autoridad, a fin de poder discernir si ésta ha cumplido lo pactado, todo dentro del complejo marco normativo que rige las relaciones entre estos actores.

II. El valor de cohesión social y transparencia para el desarrollo económico y humano

El valor de lo colectivo, la construcción de confianza basado en transparencia no sólo influyen de forma significativa sobre la calidad de una democracia sino también sobre el nivel de bienestar logrado vía el desarrollo económico y la innovación tecnológica. Es justo la inteligencia colectiva, junto con la memoria colectiva que han llevado al ser humano a la prosperidad y al bienestar logrado, a través de intercambio y especialización, como indica la siguiente cita de Adam Ferguson:

In other classes of animals, the individual advances from infancy to age or maturity; and he attains, in the compass of a single life, to all the perfection his nature can reach: but, in the human kind, the species has a progress as well as the individual; they build in every subsequent age on foundations formerly laid; and, in a succession of years, tend to a perfection in the application of their faculties, to which the aid of long experience is required, and to which many generations must have combined their endeavours¹.

En otras clases de animales, el individuo avanza de la infancia a la madurez y adquiere, en el espectro de una sola vida, toda la perfección que puede alcanzar su naturaleza: en el género humano, sin embargo, la especie progresa tanto como el individuo, construyendo cada edad sobre cimientos colocados previamente; y, en la sucesión de años, tiende a la perfección en el desempeño de sus habilidades, a las cuales se requiere la ayuda de una larga experiencia y a la cual muchas generaciones han debido aportar sus proezas.

También en su libro «El Optimista Racional», Matt Ridley entrega un ejemplo que muestra muy bien el valor de lo colectivo para nuestro desarrollo como especie humana:

«Mientras escribo, hay en mi escritorio dos artefactos que tienen aproximadamente el mismo tamaño y la misma forma: uno es un ratón inalámbrico de ordenador, el otro un hacha de mano de la Edad de Piedra Intermedia, de medio millón de años de antigüedad.... Uno es una compleja confección de muchas sustancias, con un intrincado diseño interno que refleja muchas ramas de conocimientos. El otro es una sola sustancia que refleja la destreza de un solo individuo...»

Ambos han sido “hechos por el hombre”, pero uno fue hecho por una sola persona y el otro por cientos, tal vez millones. A eso me refiero cuando hablo de inteligencia colectiva. No hay una persona que sepa hacer un ratón por sí sola. La persona que lo armó en la fábrica no sabía cómo extraer el petróleo que produjo el plástico, y viceversa. En algún punto, la inteligencia humana se tornó colectiva y acumulativa de un modo que no ha ocurrido en ningún otro animal»².

Valores cívicos, solidaridad y confianza deben interpretarse como coeficientes importante para la inteligencia colectiva humana que nos ha permitido un mayor desarrollo social y tecnológico alcanzado. Concordando con Aristóteles, ello no lleva a la felicidad, pero sí puede considerarse como su condición *sine qua non*, porque asegura no solamente la alimentación o la

¹ FERGUSON, Adam; An Essay on the History of Civil Society (1767), Transaction Publishers, London, 1995.

² RIDLEY, Matt; El Optimista Racional, Santillana Ediciones, Generales, 2011.

vestimenta necesaria, sino una mejora creciente en el mínimo de comodidad al alcance de todas las personas.

En contraposición a Aristóteles y su pensamiento colectivo, hay que recordar la escuela cínica y a Diógenes de Sinope como uno de sus filósofos más representativos. Su idea de felicidad estaba en la autonomía y autarquía del individuo de los demás, en la independencia absoluta y en una vida extremadamente simple. Se dice que Diógenes no vivía en su casa, sino voluntariamente en la calle, o hasta en un barril. Siendo ello, a nivel individual, absolutamente legítimo como forma de buscar la felicidad, hay que preguntarse qué sería de la humanidad si la mayoría de sus miembros vivieran así. Probablemente, tendríamos todavía el hacha en la mano.

Podemos decir que el ser humano ha podido lograr el desarrollo social, tecnológico y económico gracias al desarrollo de una inteligencia colectiva, la que no habría sido posible sin un clima de confianza. Sin embargo, paradójicamente, esta necesaria confianza se ha visto seriamente dañada por el mismo sistema económico que la inteligencia colectiva basada en la confianza creó. Destacan como efectos colaterales negativos la orientación excesiva en el consumo, una excesiva competencia dentro de la sociedad misma y la despersonalización de las relaciones interhumanas. El Estado, como consecuencia, se ha visto ante el desafío no sólo de facilitar y promover el desarrollo económico, sino también atender los efectos secundarios negativos que dicho desarrollo ha creado. En concreto, ello requiere fomentar un clima de mayor cohesión social y de más confianza, basado en la transparencia tanto en el sector público mismo, como en el sector privado y civil.

III. Los organizaciones de la sociedad civil y la transparencia

Históricamente en Chile las organizaciones sociales sin fines de lucro han jugado un rol clave e insustituible en materia de desarrollo humano, social, educacional, científico, cultural, medioambiental, deportivo, socorro en momentos de catástrofes y muchos otros de interés público. Constituyen un elemento clave que alimenta y sostiene el tejido social, haciéndose cargo de encarar y resolver necesidades sociales, de manera flexible, cercana, innovadora, oportuna, competente, participativa y a menor costo.

Además, las organizaciones sociales han demostrado una gran capacidad de atraer recursos humanos y económicos para dichos fines y labores. Sin su intervención esos recursos no habrían estado disponibles y las necesidades sociales que han cubierto habrían quedado insatisfechas o habrían tenido que

ser asumidas por el Estado, probablemente a un costo mucho más alto y con una mayor demora.

Análogo a las exigencias ciudadanas de mayor transparencia en el sector público y empresarial, quienes aportan al financiamiento de organizaciones de la sociedad civil también han empezado a tener preocupaciones sobre el buen uso del dinero que entregan a estas organizaciones.

Esta análoga preocupación presenta aún mayores similitudes si consideramos que, en gran medida, el financiamiento de las organizaciones de la sociedad civil proviene de individuos y empresas que han podido obtener algún beneficio tributario o consiste en la asignación directa de fondos públicos. De este modo, el buen uso de los fondos entregados ya no se limita exclusivamente a un asunto entre aportante y organización financiada, sino que también involucra el uso directo (ej.: subsidios) o indirecto (ej.: beneficios tributarios) de fondos fiscales, de lo cual el Estado tiene que dar cuenta a una ciudadanía que anhela saber sobre el cumplimiento de lo prometido por la autoridad y poder exigir dicho cumplimiento.

No es de extrañarse, entonces, que el Derecho de la Transparencia esté clamando por incorporar entre sus comensales a las organizaciones de la sociedad civil, por las preocupaciones antes expuestas y, además, porque la acción filantrópica y de responsabilidad social ha ido tendiendo a una mayor profesionalización en la cual disponer de información relevante y de mediciones de impacto pasa a ser fundamental.

Por otro lado, podemos observar que las organizaciones de la sociedad civil han ido adquiriendo una relevancia cada vez mayor para construir una ciudadanía más responsable, mediante la asociación libre de individuos para un fin de interés común y/o público. Junto con constituir una expresión de madurez ciudadana que se hace cargo de asuntos que van más allá del interés individual, estas organizaciones han empezado a ocupar un lugar cada vez mayor en el diseño e implementación tanto de las políticas públicas de un Estado como de los negocios de las empresas.

Vemos entonces que, por un lado, la ciudadanía, las empresas y el Estado buscan y necesitan a las organizaciones de la sociedad civil para hacerse cargo de determinados asuntos de interés común. Sin embargo, viven un temor creciente sobre la confiabilidad de estas organizaciones que apoyan, lo cual se ha visto agravado por algunas situaciones que han pasado a ser de conocimiento público, han sido reprobadas por la ciudadanía y han afectado a la imagen del conjunto de organizaciones de la sociedad civil. Entre estas situaciones podemos mencionar:

- remuneraciones o beneficios generosos para directivos, trabajadores, proveedores y/o miembros de la organización;
- malas prácticas en el desempeño de su labor (ej.: mal uso de fondos, abusos a beneficiarios, etc.);
- desorden, ineficacia y/o dispersión en su trabajo;
- cercanía a una empresa, grupo económico u órgano público, que hacen parecer a la organización como una extensión de los anteriores más que una agrupación autónoma con fines propios;
- organizaciones que agrupan a opositores de un gobierno determinado con el fin de realizar activismo político;
- entidades privadas (ej.: fundaciones y corporaciones) que son controladas y financiadas por el Estado, y que son funcionales a los fines políticos de un gobierno determinado.

Esta desconfianza creciente ha llevado a una paulatina pérdida de credibilidad, lo cual, en la práctica, se ha traducido en que el Estado y aportantes hayan ido estableciendo mayores restricciones para el financiamiento y funcionamiento de las organizaciones de la sociedad civil, sin que ello redunde necesariamente en el mejoramiento de sus prácticas.

Esta situación ha llevado que las mismas organizaciones en Chile hayan mostrado un activo interés en autoimponerse estándares de transparencia, con la finalidad de poder transmitir a sus aportantes y la ciudadanía en general, la tan anhelada confianza que les pueda permitir desarrollar su labor y alcanzar sus objetivos de manera sostenible en el tiempo.

Como muestra de este interesante fenómeno de auto-imposición de una mayor carga normativa con miras a generar mayor confianza, presentamos a continuación tres iniciativas que se han desarrollado en Chile con el entusiasta apoyo y participación del sector civil, del sector productivo y el Estado.

La primera iniciativa que presentaremos consiste en el proyecto «Transparencia y Rendición de Cuentas de las Organizaciones Sin Fines de Lucro (Transparentemos)», desarrollada entre los años 2009 y 2012 e impulsada por la Fundación Avina y el Fondo Multilateral de Inversiones del Banco Interamericano de Desarrollo (BID-FOMIN). Lo interesante de esta experiencia fue el desarrollo de estándares obligatorios de transparencia, a partir de las propuestas de las mismas organizaciones de la sociedad civil, de modo que pudiera operar como una autorregulación que ha tomado en consideración la carga que las mismas organizaciones han estimado que pueden asumir. Cabe destacar, de manera especial, la calidad del grupo de trabajo transversal que

se logró formar, constituido por representantes de cinco redes de organizaciones sociales, que antes pocas veces se habían juntado. Como expectativa del sector civil queda el anhelo de seguir trabajando en la iniciativa «Transparentemos», promoviendo los estándares de transparencia a través de las distintas instituciones del Estado que están en contacto y coordinación con las organizaciones del sector civil.

La segunda iniciativa se denomina la «FECU Social», impulsada y desarrollada por la Comunidad de Organizaciones Solidarias y la consultora Price Waterhouse Coopers. Este proyecto deriva su nombre y estructura de la «Ficha Estadística Codificada Uniforme» o «FECU», consistente en un formulario estandarizado que obligatoriamente deben presentar las sociedades mercantiles que cotizan en la bolsa de valores. Esta ficha se presenta ante la Superintendencia de Valores y Seguros, la autoridad que en Chile regula y fiscaliza el mercado de valores. Entonces, siguiendo la lógica del accionista o titular de bonos que quiere saber el buen destino de su inversión, con la «FECU Social» se pretende que las organizaciones de la sociedad civil puedan entregar información, de un modo estandarizado y con un contenido y formato que entregue información suficiente para evaluar el desempeño de su labor.

La tercera iniciativa, denominada «Tabla IFAF», ha sido impulsada el año 2013 por la Contraloría General de la República, el organismo público en Chile que de manera autónoma fiscaliza el buen uso de los fondos fiscales y vela por la legalidad de la actuación de los órganos del Estado. La «Tabla IFAF» fue fruto de un trabajo realizado por dicha contraloría en cumplimiento de un encargo que le hiciera la Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI, de acuerdo a sus siglas in inglés). La sigla «IFAF» (*Integrated Financial Accountability Framework*) nos da a entender que se trata de un marco integrado de rendición de cuentas financieras y consiste en una sencilla tabla que pretende uniformar el modo de rendir cuentas que deba dar cualquier persona o entidad, cuando ha recibido fondos para emplearlos en un determinado fin. Es interesante hacer notar que el hecho que gatilló la necesidad de crear esta «Tabla IFAF», fue la gran dificultad que tuvieron las agencias y organizaciones de cooperación, cuando quisieron monitorear la ayuda entregada con motivo del maremoto del 26 de diciembre de 2004 que afectó a Indonesia y a otros países en el Sudeste Asiático.

Resulta pertinente señalar que los promotores de la FECU Social están trabajando a fin que la Tabla IFAF pueda ser parte integral de la anterior.

Las tres iniciativas mencionadas apuntan a que las organizaciones de la sociedad civil puedan contar con herramientas que les permitan poner a disposición de sus aportantes y de la ciudadanía información que sea relevante, de un modo que a los destinatarios les resulte fácil obtenerla y manejarla. En el contexto de una mayor variedad y complejidad de relaciones sociales, la estandarización del formato bajo el cual debe presentarse esta información facilita la creación de un lenguaje común y una mayor comprensión recíproca.

Cada una de estas tres iniciativas, que pueden verse como complementarias entre sí, permiten a la ciudadanía y a los aportantes de las organizaciones acceder a información relevante que les permite enfrentar los siguientes interrogantes:

- quiénes son las organizaciones, para qué existen, quiénes las dirigen, qué hacen y cómo lo hacen (18 Estándares de Transparencia, proyecto Transparentemos, Avina y BID-FOMIN);
- con qué recursos cuentan, cómo los invierten y qué impacto generan (FECU Social, COS y PwC);
- cuánto recibieron y en qué lo gastaron (Tabla IFAF, INTOSAI y CGR).

Una adecuada respuesta a estas preguntas nos debería permitir, entonces, que las tradicionales instituciones jurídicas que resguardan la confianza no sigan viéndose superadas y, de este modo, darle a los ciudadanos y las instituciones sociales, la posibilidad de exigir lo prometido a las organizaciones de la sociedad civil y de confiar en que las conductas fraudulentas tengan menos posibilidades de quedar impunes.

De este modo, esperamos que se esté abriendo un camino fructífero para ir superando las asimetrías de información que han alimentado la desconfianza y erosionado la cohesión social, en un contexto de una sociedad moderna que requiere cada vez más de organizaciones sociales que puedan alcanzar legítimamente los objetivos comunes que se han propuesto.

La FECU Social: Transparencia y rendición de cuentas en las OSFL

Experiencias del primer año de implementación en la Comunidad de Organizaciones Solidarias en Chile

Luis Perera Aldama¹

Contador Público-Licenciado en Administración

SUMARIO: I. LA GÉNESIS.—II. UN MODELO INTEGRADO DE MEMORIA Y BALANCE PARA LAS OSFL: *LA FECU SOCIAL*.—III. LOS FRUTOS.—IV. LOS ANHELOS.—ANEXO: EL MODELO APLICADO PARA LOS EJERCICIOS CERRADOS AL 31 DE DICIEMBRE DE 2012.

I. La Génesis

Diversos factores confluyeron para gestar la primera experiencia de aplicación de un modelo integrado de rendición de cuentas uniforme para las Organizaciones sin fines de Lucro (OSFL) en Chile.

Un proyecto país, *Transparentemos*, sensibilizó y capacitó a diversas OSFL en temas de transparencia y rendición de cuentas durante más de dos años. Fue un esfuerzo de convergencia entre OSFL, actores públicos y entidades privadas para acordar principios de gestión transparente y promover una visión común sobre el tema.

En paralelo, la Comunidad de Organizaciones Solidarias (COS), una red que agrupa a más de 100 fundaciones y corporaciones sin fines de lucro en Chile, comprendió la necesidad de tener y aplicar una herramienta que trajera dichos principios en documentos concretos de rendición de cuentas,

¹ Luis R. PERERA ALDAMA, ex Socio de PricewaterhouseCoopers, PwC, desarrolló su carrera profesional durante 38 años con especialización en auditoría y sustentabilidad en Uruguay (su país natal), Paraguay, Brasil, USA y Chile. Preside actualmente Fundación Lealtad Chile, es director de América Solidaria y se dedica, entre otras actividades, a la promoción de buenas prácticas de rendición de cuentas y transparencia en organizaciones sin fines de lucro así como a varios proyectos de innovación social en el campo de su formación profesional (*Huella de Valor S p A* y *All U Can B*, entre otros).

Es reconocido como un contador pionero en el ámbito de integrar información no financiera a la información de circulación pública de las empresas, así como también un experto reconocido en responsabilidad social empresarial, sustentabilidad y reportes integrados.

que facilitara la interacción con los sectores públicos —aportantes de fondos públicos, otorgantes de beneficios tributarios, reguladores y controladores— y también con el sector privado, personas naturales y jurídicas, donantes y sostenedores de distinto tipo de organizaciones, fundaciones y corporaciones, sin fines de lucro.

Asimismo, PwC Chile visualizó que la COS había asumido un compromiso público con la transparencia y tenía un número de organizaciones suficiente para formar una masa crítica que justificaba un esfuerzo de apoyo de potencial alto impacto.

Así, se desarrolló una herramienta apropiada, inédita en Chile y en la región por su integridad, que dio un marco uniforme al concepto «memoria y balance» y que comprendiendo la realidad, lenguaje y características culturales de una OSFL cumplía al mismo tiempo con mejores prácticas de rendiciones de cuentas desde una óptica contable y financiera y que equiparaba a una OSFL, y en ciertos aspectos incluso superaba, con las mejores prácticas de reporte de una empresa privada.

De ahí el nombre: *FECU Social*, con el que se popularizó, parafraseando la denominación del documento público de rendición de cuentas —estados financieros— de las sociedades anónimas abiertas en bolsa en Chile frente al organismo regulador, la Superintendencia de Valores y Seguros.

Dicha herramienta se trabajó a partir de un documento base preparado, a nivel de una mesa técnica formada por representantes de distintas organizaciones en el ámbito de la COS y fue presentada también a nivel del proyecto Transparentemos para asegurar consistencia y complementariedad de esfuerzos.

El proceso se llevó a cabo entre los meses de octubre de 2012 a septiembre de 2013, contando las organizaciones que participaron, de manera voluntaria, con el apoyo también voluntario de técnicos y profesionales de PwC Chile, que a la manera de «ángeles» apoyaron, guiaron y estimularon el esfuerzo de las mismas.

II. Un modelo integrado de memoria y balance para las OSFL: La FECU Social

La *FECU Social* es un modelo integrado de reporte, financiero y de gestión, destinado a la rendición de cuentas uniforme de las OSFL en Chile dando forma y contenido al requerimiento usual del Ministerio de Justicia

de «Memoria y Balance General» o lo que requiere la Ley 20.500 «la contabilidad, balance general y estados financieros».

Está basado en el concepto de una guía práctica, inspirada en la FECU para sociedades abiertas en Chile, y se adecua a las particularidades de reporte financiero y de gestión de las OSFL.

Por ello toma la forma de una plantilla de campos prediseñados para orientar el esfuerzo de preparación, ex ante, y para facilitar comparaciones y demostrar cumplimiento de los requerimientos de información previstos, como resultado final.

Su diseño cumple con principios de contabilidad generalmente aceptados y recoge asimismo mejores prácticas internacionales en la materia. Consta de cuatro partes:

1. Una carátula o ficha resumen de información básica.

La carátula o ficha resumen facilita el suministro anual de la información de la OSC en el registro público que se pueda crear a nivel de una plataforma web.

2. Información general de contexto, y de gestión.

La Información general de contexto y de gestión ubica al lector en aspectos formales de la OSFL, su estructura de gobierno, misión, visión, valores, la identificación de su equipo directivo, su formación, experiencia y remuneración, los recursos humanos remunerados y voluntarios o pro bono, movilizados en el ejercicio, y un capítulo con los principales indicadores de performance de la OSFL en cumplimiento de su misión. Comprende también una carta introductoria de su principal gestor o líder, describiendo los hitos relevantes del año.

3. Cuadros financieros numéricos, e Información de contexto analítica (denominadas Notas); estas dos últimas partes, en conjunto, se denominan Estados Financieros.

Los cuadros financieros comprenden un Estado de posición financiera, un Estado de actividades del ejercicio y un Estado de flujo de efectivo. Dichos cuadros mantienen una presentación tipo tanto de su estructura, así como de la denominación de las cuentas que los componen —para proveer uniformidad y así mejores posibilidades de comparación entre OSFL.

Las notas, o Información de contexto analítica, son las que permiten transparentar la gestión financiera reflejada en los cuadros financieros. Com-

prende dos secciones principales: las políticas contables aplicadas, y la composición y detalle de los principales rubros de los cuadros financieros.

4. Manifestación de responsabilidad del Directorio y Principal Ejecutivo..

Finalmente la FECU Social incluye una carta de responsabilidad tipo firmada por el pleno del directorio. En caso de someter la misma a auditoría externa o a un panel de consulta de grupos de interés, estos documentos se agregarán al final del documento

El conjunto de los elementos expuestos representa la «bajada a tierra» o «última milla» para hacer realidad tangible la demostración de transparencia de las OSFL en Chile.

III. Los frutos

El proceso 2013 de la Memoria y Balance Social, ha sido completado por 21 organizaciones de la COS, las cuales completaron sus respectivas FECU y las presentaron ante las autoridades competentes. En la página web www.comunidad-org.cl se puede encontrar el fruto de este primer esfuerzo completado por las siguientes OSFL:

1. *América Solidaria*
2. *Patronato Nacional de la Infancia*
3. *Corporación Simón de Cirene*
4. *Fundación Las Rosas*
5. *Fundación Ludovico Rutten*
6. *Organización Humaniza*
7. *Corporación Juntos*
8. *Corporación de Amigos Hospital Roberto del Río*
9. *Corporación para Ciegos*
10. *Corporación Fútbol Más*
11. *Fundación Superación de la Pobreza*
12. *Fundación Nuestros Hijos*
13. *Hogar de Niñas Las Creches*
14. *Corporación Yo Mujer*

15. *Corporación La Esperanza*
16. *Corporación Empresarios del Maipo*
17. *Fundación Crescendo*
18. *Fundación Incluir*
19. *Fundación Portas*
20. *Psicólogos Voluntarios*
21. *Comunidad Organizaciones Solidarias*

Sin perjuicio de la lectura y consideración de dichos casos completados en realidad, se anexa el formato utilizado en el primer año como elemento de potencial comparación para el lector, entre lo esperado y lo conseguido.

IV. Los anhelos

Distintas lecciones se han aprendido de este primer esfuerzo, tanto desde el punto de vista técnico, como del proceso a seguir, y de la articulación creciente con los distintos sectores y, en especial, con la iniciativa *Tabla IFAF* de la Contraloría General de la República. Nuevas metas se han establecido de manera voluntaria por la COS.

En relación a lo técnico, merecerá especial consideración en el segundo año de implementación, la introducción de guías más específicas sobre la temática de las donaciones en especie, así como mejoras en la automatización de sumas y relaciones en los formatos predefinidos de estados financieros (parte 3 de la FECU).

En relación al proceso, se prevén talleres mensuales de avance de preparación agrupando organizaciones y ángeles en fechas preagendadas. Los grupos estarán formados tanto por organizaciones de primer año como de segundo año, para hacer realidad la premisa de trabajo de apoyo mutuo propia de la COS; asimismo dicha mecánica permitiría una mejor y más planificada interacción con los «ángeles» voluntarios.

Dicha modalidad permitirá además continuar escalando el impacto, y coadyuvar a la consecución de la meta perseguida por la COS en este segundo año: que al menos la mitad de las organizaciones miembro de la COS presenten su memoria y balance según este formato para el ejercicio cerrado el 31 de diciembre de 2013.

En relación a la articulación con distintos actores, se prevé la continuación de la mesa técnica como órgano tanto de guía del proceso como de víncu-

lo con otras iniciativas simultáneas en el campo de la transparencia y mejora continua institucional de las OSFL, —en particular— con la continuación del proyecto *Transparentemos* y, como anhelo especial, la creación de un registro nacional de OSFL que pueda aprovechar la carátula de la FECU (su primera parte) como parte de su contenido esencial, esto es que incorpore información de la gestión de las mismas y no se limite a datos constitutivos.

Como ejemplo y testimonio de interacción con organismos del Estado, la FECU Social 2013 recogerá además la Tabla IFAF como la manera de exponer el origen y el uso de los fondos totales y por proyecto, en base caja, sea de manera sustitutiva o complementaria —según las posibilidades de las OSFL participantes— al Estado de Usos y Fuentes de Fondos en base contable de lo devengado que prevén las normas contables. En otras palabras, la FECU Social integrará la Tabla IFAF de manera de colaborar con, e impulsar esta iniciativa de la Contraloría General de la República, y demostrar cómo los esfuerzos en pro de la transparencia pueden ser convergentes y sinérgicos en pro del interés y bien públicos.

En esa misma línea de aporte al bien común, es destacable además que la versión 2013 de la FECU Social será puesta a disposición pública antes de fin de este año para toda aquella OSFL que, más allá del ámbito de la COS, decida también comenzar a recorrer este camino de construcción de confianzas —en base a la uniformidad en las rendiciones de cuentas—, que es en definitiva el logro social esperado mayor de esta iniciativa.

Anexo: El Modelo aplicado para los ejercicios cerrados al 31 de diciembre de 2012

PRESENTACIÓN ESTÁNDAR DE MEMORIA Y BALANCE ORGANIZACIONES DE LA SOCIEDAD CIVIL

Fecha: *(Se sugiere Abril o Mayo de cada año)*

Período Reportado: 1° de Enero al 31 de Diciembre de

(Logo de la organización)

I. Carátula

Identificación	
Nombre y RUT de la Organización	
Tipo de Organización	<i>(Asociación, Corporación, Fundación, Organización territorial, Organización Funcional, Organización de Derecho Canónico, Otros)</i>
Relación de Origen	<i>(Indicar si hay una relación de origen con algún organismo, como la Iglesia Católica, un partido político, etc.)</i>
Personalidad Jurídica	<i>(Acto constitutivo, decreto supremo, N° y fecha)</i>
Domicilio de la sede principal	
Representante legal	<i>(Nombre y RUT del Representante Legal)</i>
Sitio web de la organización	
Información de la organización	
Presidente del Directorio	<i>(Nombre y RUT del presidente del Directorio)</i>
Ejecutivo Principal	<i>(Nombre, RUT y cargo del ejecutivo principal)</i>
Misión / Visión	<i>(Indicar la Misión y Visión de la organización, en un máximo de tres líneas)</i>
Área de trabajo	<i>(Adulto mayor, Apoyo emocional, Arte, Capacitación, Cultura, Deporte, Desarrollo, Discapacidad, Educación, Emergencia, Emprendimiento, Esparcimiento, Espiritualidad, Familia, Género, Infancia, Internacional, Justicia, Juventud, Liderazgo, Medio Ambiente, Pobreza, Privación de libertad, Rehabilitación, Salud, Situación de calle, Trabajo, Vivienda, Voluntariado, Vulneración de derechos, Otra)</i>
Público objetivo / Usuarios	<i>(Público al que se dirigen las principales actividades de la organización)</i>
Número de trabajadores	
Número de voluntarios	
Gestión	
Ingresos Totales	Patrimonio
Privados	Superávit o Déficit del ejercicio
	Identificación de los tres principales donantes
	N° total de usuarios (directos)
Públicos	Indicador de gestión principal
	Donaciones
	Proyectos
Venta de bienes y servicios	
Subvenciones	
Proyectos	
Venta de bienes y servicios	

(Nombre, correo electrónico y teléfono para cuestiones relativas a la Memoria y Balance Social)

II. Información general de contexto y de gestión

Carta del

(Presentación del Presidente, Gerente General, Fundador, etc. La carta debe incluir al menos un análisis de: la misión y visión de la organización; sus objetivos, y la estrategia para dar cumplimiento a los mismos; contexto en el que opera la organización, incluyendo aspectos regulatorios; hechos relevantes del período y desafíos futuros)

Estructura de Gobierno

(En este apartado debe incluirse una descripción de la estructura de gobierno de la organización, detallando la identificación de los directores, comités – de haberlos, rol y responsabilidades del directorio; Incluir el mecanismo de nombramiento de los directores y otros cargos relevantes; En caso de haber un Consejo Asesor detallar).

DIRECTORIO	
Nombre y RUT	Cargo

Estructura Operacional

(En este apartado se debe entregar una descripción de la estructura operacional de la organización, incluyendo sus divisiones, si es una rama de un organismo internacional, la zona geográfica de trabajo, roles y responsabilidades de la administración, y el organigrama)

Valores y/o principios

(Indicar aquí los valores de la organización, si estos han sido definidos)

Principales Actividades y Proyectos

(Indicar aquí un resumen de las principales actividades que desarrolla la organización, presentando los principales proyectos del período – con una breve descripción de sus objetivos, acciones desarrolladas, usuarios, y resultados obtenidos).

Actividades

(Principales actividades que desarrolla la organización)

Proyectos

(Detallar los principales proyectos que se hayan realizado durante el año)

NOMBRE DEL PROYECTO	
Público Objetivo / Usuarios	
Objetivos del proyecto	
Número de usuarios directos alcanzados	
Resultados obtenidos	
Actividades realizadas	
Lugar geográfico de ejecución	

(Repetir la tabla para otros proyectos relevantes)

Identificación e involucramiento con grupos de interés

(Presentar los principales grupos de interés con los que se relaciona la organización y su interacción).

Grupo de interés	Forma de relacionamiento

Indicadores

Cumplimiento de los objetivos del período	
Objetivo 1	(Breve análisis del cumplimiento de los objetivos del año)
Objetivo 2	(Breve análisis del cumplimiento de los objetivos del año)
Etc.	

Indicadores de resultado	
Indicador de resultados 1	
Indicador de resultados 2	
Indicador de resultados 3	
Indicador de resultados 4	
Etc.	

Indicadores financieros			
Ingresos	Con restricciones		<u>Donaciones acogidas a algún beneficio tributario</u> Total de ingresos
	Sin restricciones		
Otros indicadores relevantes			<u>Gastos administrativos</u> Gastos totales

(Los indicadores financieros presentados en esta sección, podrán se extraídos directamente de la Nota 15 - de la sección de Estados Financieros - Apertura de gastos por proyectos y clasificación según Estado de Actividades)

Prácticas relacionadas con la evaluación/medición de la satisfacción de los usuarios y resultados obtenidos

(Incluir una breve descripción de las prácticas relacionadas con la satisfacción de los beneficiarios respecto de las actividades y proyectos de la organización)

Participación en redes y procesos de coordinación con otros actores

(Incluir una breve descripción de la participación en redes, y de la coordinación con otros actores para el desarrollo de sus actividades)

Reclamos o incidentes

(Incluir en este apartado la ocurrencia de reclamos o incidentes relevantes, si los hubiere, y su resolución, tales como:

- *Incidentes de discriminación, y acciones correctivas*
- *Reclamos o quejas relacionadas con derechos humanos*
- *Incidentes de corrupción y medidas tomadas*
- *Multas por incumplimiento de leyes o regulaciones y su valor monetario)*

Indicadores de gestión ambiental

(En el caso en que la organización lleve adelante iniciativas de gestión relacionadas con la temática de Medio Ambiente, o bien, que los temas ambientales sean relevantes para el quehacer de la organización, se deberán incluir indicadores de gestión adecuados para reflejar el desempeño en esta área. En el Glosario de este documento se incluye un set de indicadores ambientales tipo, que podrían utilizarse para reflejar el desempeño ambiental de la organización).

III. Estados Financieros

Balance General al 31 de Diciembre de 2012 (Estado de Posición Financiera)¹

ACTIVOS	Año 2012	Año 2011	PASIVOS	Año 2012	Año 2011
Circulante			Circulante		
Disponibles: Caja y Bancos			Obligación con Bancos		
Inversiones Temporales					
Cuentas por Cobrar			Cuentas por Pagar y Acreedores varios		
Donaciones por Recibir					
Subvenciones por Recibir					
Cuotas Sociales por Cobrar (Neto)			Otros pasivos		
Otras cuentas. por cobrar			Impuesto a la Renta por Pagar		
Otros activos circulantes			Retenciones		
Existencias			Provisiones		
Impuestos por recuperar			Ingresos percibidos por adelantado		
Gastos pagados por anticipado					
Otros					
Activos con Restricciones					
Total Activo Circulante			Total Pasivo Circulante		
Fijo			Largo Plazo		
Terrenos			Obligaciones con Bancos		
Construcciones			Fondos Recibidos en Administración		
Muebles y útiles			Provisiones		
Vehículos					
(-) Depreciación Acumulada					
Activos de Uso Restringido para invertir en.....					
Total Activo Fijo Neto			Total Pasivo a Largo Plazo		
Otros Activos			TOTAL PASIVO		
Inversiones					
Activos con Restricciones			PATRIMONIO		
			Sin Restricciones		
			Con Restricciones Temporales		
			Con Restricciones Permanentes		
			TOTAL PATRIMONIO		
TOTAL ACTIVOS			TOTAL PASIVO Y PATRIMONIO		

¹ Cada uno de estos conceptos será definido expresamente para facilitar y uniformizar su preparación; esta versión contiene la estructura básica

Estado de Actividades 1° de Enero al 31 de Diciembre de 2012

	Año 2012	Año 2011
Ingresos Operacionales		
Privados		
Donaciones		
Proyectos		
Venta de bienes y servicios		
Estatales		
Subvenciones		
Proyectos		
Venta de bienes y servicios		
Gastos Operacionales		
Sueldos, Leyes Sociales y honorarios		
Gastos Generales		
Gastos Administrativos		
Depreciación		
Castigo de incobrables		
Resultado Operacional		
Ingresos No Operacionales		
Renta de inversiones		
Ganancia venta de activos		
Indemnización seguros		
Egresos No Operacionales		
Gastos Financieros		
Por venta de activos		
Por siniestro		
Resultado No Operacional		
Resultado antes de impuestos		
Impuesto Renta		
Déficit / Superávit del ejercicio		

Estado de Flujo de Efectivo 1° de Enero al 31 de Diciembre de 2012**Flujo de efectivo proveniente de actividades operacionales**

Donaciones recibidas
Subvenciones recibidas
Cuotas sociales cobradas
Otros ingresos recibidos
Sueldos y honorarios pagados (menos)
Pago a proveedores (menos)
Impuestos pagados (menos)

Flujo Neto Operacional**Flujo de efectivo proveniente de actividades de inversión**

Venta de activos fijos
Compra de activos fijos (menos)
Inversiones de largo plazo (menos)
Compra / venta de valores negociables (neto)

Flujo neto de inversión**Flujo de efectivo proveniente de actividades de financiamiento**

Préstamos recibidos
Intereses recibidos
Pago de préstamos (menos)
Gastos financieros (menos)
Fondos recibidos en administración
Fondos usados en administración (menos)

Flujo de financiamiento**Flujo Neto Total****Variación neta del efectivo****Saldo inicial de efectivo****Saldo final de efectivo**

Notas Explicativas a los Estados Financieros (Información de contexto analítica)

1. Información General

1.1. Acto constitutivo, decreto supremo, N° y fecha.

La _____ (Corporación, Fundación) se constituyó por escritura pública de fecha __ de __ de _____, otorgada ante el Notario Público _____.

El Presidente de la República, a través del Ministerio de Justicia, concedió la personalidad jurídica a la (Corporación, Fundación) mediante Decreto Exento N° _____, de fecha _____, el que fue publicado en el Diario Oficial de fecha _____.

1.2. Se deberá señalar claramente los objetivos de la organización y sus principales características (líneas de trabajo, población objetivo, principales actividades).

La (Corporación, Fundación) no tendrá fines de lucro, y tendrá los siguientes objetivos: _____
A efectos de llevar a cabo los objetivos detallados en el párrafo anterior, la (Corporación, Fundación) _____.

2. Criterios Contables Aplicados

(Se deberá incluir, en los casos que corresponda, una descripción de los criterios contables aplicados en la preparación de los estados financieros que a continuación se establecen, teniendo presente que de existir otros que no hayan sido nombrados en esta descripción, deberán ser debidamente revelados, considerando el orden que a juicio de la administración se estime más conveniente)

a. Período Contable

Los presentes estados financieros se encuentran referidos al período de doce meses comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de _____.

b. Bases de preparación

Los estados financieros han sido preparados de acuerdo a principios de contabilidad generalmente aceptados en Chile.

c. Bases de presentación

Los estados financieros del ejercicio anterior han sido actualizados extracontablemente para efectos comparativos, indicando el índice respectivo, y se han efectuado las reclasificaciones correspondientes, en caso de proceder.

d. Bases de consolidación

Los estados financieros consolidados incluyen los activos, pasivos, resultados y flujo de efectivo de la sociedad (entidad) matriz y sus filiales. Filiales son todas las entidades que _____. Los montos y efectos de las transacciones efectuadas entre las entidades consolidadas han sido eliminados.

e. Criterio de reconocimiento de ingresos

Los ingresos corresponden principalmente a las recaudaciones asociadas a _____ y a donaciones efectuadas por _____.

f. Bases de conversión

Los saldos en dólares estadounidenses y unidades de fomento incluidos en el estado de posición financiera han sido traducidos a pesos al cierre del ejercicio, de acuerdo al tipo de cambio informado por el Banco Central de Chile y al valor de cierre de la unidad reajutable, conforme a las siguientes paridades:

	<u>\$ por unidad</u>
Dólares estadounidenses	_____
Unidad de fomento	_____

g. Activo Fijo

Los bienes del activo fijo se registran a su valor de adquisición y/o construcción, corregido monetariamente.

La depreciación es determinada en base al método _____ considerando la vida útil asignada para los distintos grupos de bienes.

h. Existencias

Las existencias corresponden principalmente a _____ y han sido valorizadas _____.

i. Criterios de valoración de inversiones

j. Bases y forma de cálculo de la indemnización por años de servicio

La (*Corporación, Fundación*) otorga a su personal el beneficio de indemnización por años de servicio en los siguientes casos: _____. Este pasivo es reconocido de acuerdo a las normas técnicas utilizando una metodología _____ que considera _____ (*rotación, tasa de descuento, tasa de incremento salarial, etc.*).

3. Cambios Contables

Los estados financieros al 31 de diciembre de _____ no presentan cambios en las políticas contables respecto a igual período del año anterior.

4. Caja y Bancos (si fuera aplicable)

5. Inversiones y Valores Negociables (si fuera aplicable)

6. Activos

7. Fuentes de financiamiento y aportes por cobrar

(Se deben incluir, al menos:

- Endeudamiento financiero
- Comentario respecto de prácticas éticas de recaudación de fondos
- Donantes principales con los montos de la donación (no menos de ocho)
- Fondos provenientes del gobierno
- Uso del sitio web como plataforma para captar fondos)

8. Moneda Extranjera

9. Provisiones, retenciones y castigos

10. Impuesto a la Renta

11. Contingencias y Compromisos

12. Hechos Posteriores

(Se informará todos aquellos hechos significativos de carácter financiero o de cualquier otra índole, ocurridos entre la fecha de término del ejercicio y la de emisión de los estados financieros.)

13. Remuneraciones de los Directores, Consejeros (de haberlos), y equipo Directivo**14. Cambios Patrimoniales (en caso de que sea aplicable)****a. Variaciones Patrimoniales**

	Sin Restricciones	Restricciones Temporales	Restricciones Permanentes	Total
Patrimonio Inicial				
Trasposos por término de restricciones				
Variaciones según Estado de Actividades				
Patrimonio Final				

b. Término de Restricciones

	PATRIMONIO		
	Sin Restricciones	Con Restricciones Temporales	Con Restricciones Permanentes
Expiración plazo de restricciones			
Cumplimiento de las condiciones impuestas por el donante			
Cumplimiento de las restricciones por la adquisición de los bienes indicados			

c. Descripción de las restricciones que pesan sobre el patrimonio

- Restricciones temporales que afectan al patrimonio, él que debe ser destinado a propósitos especiales (detallar)
 - Restricciones permanentes que afectan a ciertos bienes del patrimonio que no pueden ser vendidos; pero se puede disponer de las rentas que generen (detallar)
 - Restricciones que pesan sobre determinados ingresos o rentas, los que sólo pueden destinarse a usos especificados por el donante (detallar).

15. Apertura de gastos por proyectos y clasificación según Estado de Actividades

Apertura de resultados operacionales según restricciones

	Sin Restricciones	Restricciones Temporales	Restricciones Permanentes	Total
Ingresos y Ganancias				
Aportes estatales				
Aportes privados				
Otros				
Gastos y Pérdidas				
Sueldos, Leyes Sociales y honorarios				
Gastos Generales				
Gastos Administrativos				
Depreciaciones				
Castigo Cuotas				
Incobrables				
Total *				

* El total cuadra con el Resultado Operacional del Estado de Actividades

16. Apertura por proyecto

	Proyecto 1	Proyecto 2	Proyecto 3 ²	Uso general	Total
Ingresos					
Privados					
Estatales					
Otros					
Ingresos totales					
Gastos y Pérdidas					
<u>Directos:</u>					
Sueldos, leyes sociales y honorarios					
Gastos generales					
Gastos de administración					
Otros					
<u>Indirectos</u>					
Sueldos, leyes sociales y honorarios					
Gastos generales					
Gastos administración					
Otros					
Egresos Totales					
Resultado Operacional					

² Incluir tantos proyectos como se hayan realizado

IV. Manifestación de responsabilidad de la dirección e Informe de terceros

(En este apartado debe incluirse tanto la manifestación de responsabilidad de la dirección, como el informe del auditor independiente, de haberlo, o el informe del panel de grupos de interés, según sea el caso).

“Los abajo firmantes se declaran responsables respecto de la veracidad de la información incorporada en el presente informe _____ (anual / trimestral), referido al ____ de _____ de _____, de acuerdo al siguiente detalle:

Nombre	Cargo	RUT	Firma
_____	_____	_____	_____
_____	_____	_____	_____
_____	_____	_____	_____
_____	_____	_____	_____

Fecha: _____ de _____ de _____

V. Guías Adicionales

Se incluye en esta sección un Glosario de términos, y un set de Indicadores de Gestión “tipo “

A. Glosario

Activos sin restricciones, son aquellos activos que la organización sin fines de lucro ha recibido sin estipulaciones restrictivas de ninguna especie, por parte del donante.

Activos de disponibilidad permanentemente restringida, son aquellos activos que derivan de donaciones con restricciones y cuyo uso está limitado por disposiciones expresas del donante.

Activos de disponibilidad temporalmente restringida, son aquellos que derivan de donaciones en las cuales el donante ha establecido limitaciones en su uso, las expirarán a través del paso del tiempo o del cumplimiento de cláusulas especiales preestablecidas.

Aportes Iniciales son las sumas aportadas por los fundadores de la institución, para iniciar sus actividades sociales, y proveer de ingresos para el mantenimiento y desarrollo de la institución.

Corporación sin fines de lucro en una asociación de individuos que persiguen un fin común no lucrativo. El elemento básico de las corporaciones es la colectividad de individuos que la forman.

Cuotas Sociales son las sumas de dinero que se compromete a aportar periódicamente una persona, natural o jurídica, al ingresar en carácter de socio o asociado, a una institución sin fines de lucro.

Donación es la transferencia de activos, prestación de servicios, o extinción de pasivos que una persona, natural o jurídica, efectúa a otra persona o entidad en una transacción no recíproca, sin recibir nada a cambio.

Donación condicional, es aquella donación o promesa de donación, en la que el donante establece un determinado uso futuro, cuyo cumplimiento o incumplimiento, le permite recuperar los activos donados o libera de la promesa de transferir los activos ofrecidos.

Donación de Servicios, las donaciones destinadas a crear, mejorar o acrecentar otros activos de la entidad, mediante prestaciones que requieran de conocimientos especiales.

Donación de disponibilidad restringida (donación con restricciones), es aquella en que el donante especifica el uso que debe darse al activo donado. Se diferencia de la donación condicional, en que ésta establece condiciones para la donación, y en este caso, la restricción no afecta a la donación misma, sino al uso que debe darse al bien donado.

Donación de disponibilidad restringida permanentemente, son aquellas donaciones en las que los activos recibidos deben ser mantenidos permanentemente en la organización sin fines de lucro y ésta sólo puede disponer del total o parte de los recursos generados por dichos activos.

Donaciones de disponibilidad restringida temporalmente, son aquellas en que los activos recibidos en donación pueden ser de libre disposición de la organización sin fines de lucro, una vez que se haya cumplido un determinado período de tiempo, se hayan cumplido disposiciones específicas del donante, o ambas cosas a la vez.

Fundación es una institución destinada a cumplir los fines estatuidos por otra persona, natural o jurídica, que es el fundador de la institución. En ella el elemento básico es el patrimonio destinado a un fin no lucrativo. Pueden ser: fundaciones autónomas o fundaciones fiduciarias.

Fundación autónoma es aquella que se establece con personalidad jurídica propia y que tiene por objeto realizar, mediante los bienes aportados, los fines perseguidos por el fundador.

Fundación fiduciaria es una donación o asignación testamentaria a una persona natural o jurídica preexistente, quien deberá destinar perpetuamente los valores recibidos al fin perseguido.

Global Reporting Initiative es una organización sin fines de lucro que promueve la sustentabilidad económica, social y ambiental.

Grupos de interés son todas aquellas personas o grupos de personas que pueden ser afectados, positiva o negativamente por la organización, y que a su vez pueden afectar positiva o negativamente a la organización. (Ejemplos de grupos de interés son: los trabajadores, los usuarios o público objetivo, las familias de los usuarios, la autoridad, los donantes, la sociedad en general, etc.).

Guía GRI, se refiere a la Guía para la Elaboración de Memorias de Sostenibilidad de la Global Reporting Initiative.

Indicador de gestión principal, es el indicador más relevante para la gestión de la organización. En este modelo no ha sido pre definido, ya que podrá variar de organización a organización. No se refiere a un indicador financiero necesariamente. (Ejemplo: número de niños atendidos en el año; número de créditos otorgados, etc. Dependerá de la naturaleza y actividades de la organización).

Ingresos con uso restringido, son aquellos ingresos o ganancias derivados de activos recibidos en donación y que están afectos a restricciones temporales o permanentes.

Ingresos sin restricciones son los ingresos o ganancias percibidos por la organización, que no tienen restricciones en su disponibilidad.

Patrimonio es el activo neto de la institución, formado por los aportes iniciales de los asociados y por los superávit o déficit producidos durante el funcionamiento de ésta.

Promesa de donación, es un acuerdo oral o escrito por el que una persona natural o una institución se compromete a entregar dinero u otros bienes o a extinguir un pasivo de otra entidad, en una fecha futura.

Transacción no recíproca, es aquella en la que una institución entrega un activo o cancela un pasivo de otra, (o recibe un activo o la cancelación de su pasivo) sin recibir o entregar ningún valor a cambio.

Voluntario, es aquella persona que trabaja directamente para la organización sin fines de lucro o participa con su trabajo en alguna de sus actividades, y no recibe remuneración alguna por este concepto.

B. Ejemplos de Indicadores de resultado e impacto³

C.

D.

E. Área de trabajo de la organización	F. Ejemplos de indicadores de resultado	G. Ejemplos de indicadores de impacto
<p>H. Organización relacionada con el apoyo a una enfermedad en particular</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Cantidad y valor monetario de fondos concursables para investigación I. • Cantidad de enfermos atendidos mediante equipamiento o subsidios para tratamiento médico J. • Cantidad de enfermos atendidos en las instalaciones de la organización K. • Packs de información provistos a los enfermos y sus familiares L. • Horas de voluntariado provistas para la asistencia de los enfermos y sus familiares M. • Cantidad de contactos con el regulador 	<ul style="list-style-type: none"> • Resultados de estudios de investigación financiados por la organización (Ej. cambios en el enfoque de tratamiento) N. • Prevalencia u ocurrencia de la enfermedad O. • Cambios en la legislación o regulación (provisión de financiamiento, investigación o instalaciones)
<p>P. Organización de superación de la pobreza – asistencia a personas en situación de pobreza / calle</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Cantidad de camas disponibles Q. • Cantidad de personas a las que se prestó cobijo R. • Cantidad de raciones de comida entregadas S. • Valor de la vestimenta entregada T. • Cantidad de familias apoyadas con alimentación o vestimenta 	<ul style="list-style-type: none"> • Cantidad de noches- cama provistas en relación con la cantidad de noches – cama disponibles U. • Cantidad de personas en situación de calle en la comunidad V. • Cantidad de personas que se han mudado a un alojamiento definitivo
<p>W. Organización de promoción y desarrollo del deporte</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Cantidad de eventos de promoción realizados X. • Cantidad de kits de promoción distribuidos Y. • Cobertura de prensa Z. • Cantidad de contactos con políticos nacionales o regionales relevantes AA. • Cantidad de "clínicas de coaching" realizadas 	<ul style="list-style-type: none"> • Cantidad de nuevos participantes reclutados AB. • Aumento en la cantidad de participantes AC. • Nuevas instalaciones disponibles o financiadas

³ Enhancing not-for-profit annual and financial reporting. Best practice reporting - March 2011. The Institute of Chartered Accountants in Australia.

AD. Organización de promoción del empleo para personas vulnerables/en situación de pobreza	<ul style="list-style-type: none">● Cantidad de personas que encontraron empleo durante el año● Cantidad de personas apoyadas en emprendimiento durante el año● Horas de capacitación proporcionadas durante el año● Cantidad de personas que encontraron empleo y lo perdieron antes de un año/seis meses/tres meses	<ul style="list-style-type: none">● Emprendedores apoyados que mantienen sus negocios después de uno/dos/tres años● Aumento del ingreso familiar producto del empleo / emprendimiento
--	--	--

AE.



Trabajo de sociabilización para la implementación de un marco integrado de rendición de cuentas en organizaciones no gubernamentales en Chile¹

Fortaleciendo el proceso de rendición de cuentas, probidad, transparencia y buenas prácticas

Contraloría General de la República

SUMARIO: I. ANTECEDENTES.—II. IMPLEMENTACIÓN DE LA TABLA IFAF: 1. *Seminario de inicio*. 2. *Integrantes de las mesas de trabajo*. 3. *Acuerdos previos*. 4. *Tareas*. 5. *Metodología de trabajo*. 6. *Auditorías pilotos*. 7. *Próximos pasos*.—III. CONCLUSIONES.—ANEXO. MARCO INTEGRADO DE RENDICIÓN DE CUENTAS EN ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES EN CHILE.

I. Antecedentes

La Contraloría General de la República de Chile es miembro de la Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores-INTOSAI e integrante del Grupo de Trabajo sobre Rendiciones de Cuenta y Auditoría de la Ayuda en Casos de Desastre (AADA), en esa virtud comprometió sus esfuerzos en liderar dos metas que se propuso ese grupo de tareas, una de las cuales decía relación con la elaboración de un Marco Integral de Rendición de Cuentas, IFAF², por su sigla en inglés, para organizaciones de la sociedad civil que recibieran donaciones para enfrentar situaciones de catástrofes. Dicho trabajo quedó plasmado en la INTOSAI GOV N.º 9.250, la cual corresponde a una norma de buena gobernanza orientada hacia organismos privados donde si bien las Entidades Fiscalizadoras Superiores, EFS, no tienen potestades sí pueden entregar y aportar sus experiencias y buenas prácticas sobre la materia.

Cabe precisar, que en Chile se conformó una inédita alianza público-privada con cada uno de los grupos de interés que intervienen de una u otra

¹ Documento preparado por Carlos Bilbao E y revisado por Patricia Arriagada V.

² Integrated Financial Accountability Framework.

manera en el mundo de las donaciones, ya sea entregando, recibiendo o auditando las donaciones. De este modo participaron el Banco Interamericano de Desarrollo, las ONGs Desafío Levantemos Chile y Un Techo Para Chile; las principales firmas de auditoría de Chile con presencia internacional, el Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno, y liderado por la CGR de Chile.

Este trabajo y sus conclusiones fueron presentados en la séptima reunión del Grupo de Trabajo de INTOSAI sobre Rendición de Cuentas y Auditoría de la Ayuda en Caso de Desastres, realizado entre el 13 y el 15 de mayo de 2013, en la ciudad de Valparaíso.

Al término de dicha reunión la Contraloría General de la República de Chile inició el estudio de la forma de llevar a cabo el compromiso asumido en relación con la Tabla IFAF, en orden a que este instrumento fuera utilizado por los diferentes grupos de interés en Chile, más allá de las donaciones por causa de desastres. Es así, que luego de diversas discusiones técnicas, se llegó a la siguiente premisa: «La Tabla IFAF puede ser utilizada para todo tipo de donaciones e ingresos propios generados por las ONGs, no tan sólo para aquellas que van en apoyo de las catástrofes».

En esta conclusión se tuvo especialmente en cuenta que la Tabla IFAF³ es un esquema integrado simple para mostrar los ingresos, para exponer desde quién ha entregado esa ayuda y quien la ha recibido, hasta a quién ha sido traspasada, en un determinado período de tiempo, con lo cual se puede tener la trazabilidad de los recursos otorgados, contribuyendo así a la generación y fortalecimiento de una cultura organizacional basada en la transparencia, la probidad y la lucha contra la corrupción, tanto a nivel público como privado. En palabras del mundo financiero el Marco Integral de Rendición de Cuentas es un estado de flujo de caja, pero con la ventaja que es simple, permite gestionar las donaciones, transparenta el uso y destino de los recursos y contribuye seguir el recorrido de una donación en un período dado.

Todo este esfuerzo tiene su origen en que la CGR de Chile se ha comprometido a acercarse y colaborar con la sociedad civil y la ciudadanía en temas como la transparencia; el compartir buenas prácticas y la rendición de cuentas, siendo un aspecto que ha ido tomando cada vez mayor importancia, considerando que a través de estas acciones se puede contribuir a mejorar la calidad del control social que pueden ejercer los ciudadanos y, con ello, en definitiva propender a satisfacer las necesidades colectivas de manera real.

³ En Anexo características y representación gráfica.

Debe tenerse presente, que la CGR de Chile no tiene potestad para obligar al uso de esta herramienta a la sociedad civil, por lo tanto, las acciones que se han efectuado y se efectuarán se orientan a un compromiso voluntario de cada actor a sumarse a esta iniciativa.

Por consiguiente, con el objeto de dar continuidad al proyecto en Chile y considerando las limitaciones expuestas, se dio inicio a una serie de acciones de sociabilización que permitieran dar a conocer la herramienta en cuestión, de manera transversal a la sociedad civil chilena y demás actores relevantes, con el fin de promover su utilización como una medida de buena práctica.

Con ese fin y para abordar los objetivos propuestos, se han desarrollado las siguientes etapas y acciones, a saber:

1. Seminario de inicio.
2. Integrantes de las mesas de trabajo.
3. Acuerdos previos.
4. Tareas.
5. Metodología de trabajo.
6. Auditorías pilotos.
7. Próximos pasos.

II. Implementación de la Tabla IFAF

A continuación se enumerarán y explicarán cada uno de los pasos que se ha seguido hasta la fecha, orientados a alcanzar lo propuesto.

1. Seminario de inicio

Con fecha 22 de agosto de 2013, se realizó el primer acercamiento con los diferentes grupos de interés sobre el particular, en un seminario denominado de arranque para la implementación de la Tabla IFAF, evento en el cual participaron como expositores, representantes de la Contraloría General, para luego dejar abierto un debate sobre la necesidad de estandarizar y transparentar la rendición de cuentas relacionada con la fuente, el uso y el destino de los recursos recibidos y entregados por concepto de donaciones.

La instancia derivó en el inicio del intercambio de experiencias y visiones de una misma realidad, como lo es una situación más allá de la calamidad o de desastres, mirada desde varias perspectivas. En el transcurso y al final del

Seminario en comento, el Contralor General y la Subcontralora General de la CGR de Chile invitaron a los actores a seguir participando en este proyecto no sólo con mesas de trabajo, sino también a través de la implementación de este instrumento.

2. *Integrantes de las mesas de trabajo*

Para el cumplimiento, de esta tarea se invitaron a instituciones públicas y privadas a participar en el Seminario señalado. De manera especial a los grupos de interés que se individualizan en la figura 1, quienes han participado de manera activa en el proceso:

FIGURA 1.—Participantes mesas de trabajo e implementación



Fuente: Contraloría General de la República de Chile.

Para llevar a cabo las actividades en cuestión se han efectuado un total de 3 mesas de trabajo e innumerables reuniones con cada uno de los actores,

donde se ha discutido la forma de llevar cabo cada uno de los principales aspectos de la Tabla, que dicen relación con la utilización de la herramienta, la publicación de la misma y su auditoría o fiscalización, trabajando de manera activa con:

2.1. *Donante*, Banco Interamericano de Desarrollo (BID), siendo una organización financiera internacional creada en el año 1959, con el propósito de financiar proyectos viables de desarrollo económico, social e institucional y promover la integración comercial regional en el área de América Latina y el Caribe. Es oportuno señalar que también participó en el trabajo anterior.

2.2. *Organizaciones No Gubernamentales (ONGs)*, con el objeto de socializar y utilizar la Tabla IFAF, se procedió a convocar a las principales organizaciones que aglutinan a las ONGs: Comunidad de Organizaciones Solidarias; Red de Voluntarios de Chile; y, la Fundación AVINA.

Con todo lo anterior, se tiene una cobertura de más de 140 organizaciones con quienes socializar la Tabla IFAF. Al mismo tiempo, se encuentran trabajando activamente Desafío Levantemos Chile, Un Techo para Chile, COANIL y la Fundación Kolping. Todos ellos son el eje principal, por cuanto son quienes harán uso de la herramienta a futuro según su voluntad.

2.3. *Instituciones del sector público:*

2.3.1. *Ministerio de Justicia:* actor relevante por cuanto de acuerdo a diversos cuerpos normativos, debe requerir a los representantes de las ONGs que presenten, para su examen, las actas de las asambleas y de las sesiones de directorio, las cuentas y memorias aprobadas, libros de contabilidad, de inventarios y de remuneraciones, así como cualquier otra información respecto del desarrollo de sus actividades, no obstante, es preciso mencionar que no existe un estándar de presentación de las cuentas.

2.3.2. *Ministerio de Desarrollo Social:* El Ministerio de Desarrollo Social, lleva el Registro de Instituciones Donatarias, siendo la instancia formal donde se inscriben las fundaciones y corporaciones aprobadas por el Consejo de dicho Ministerio.

2.3.3. *Servicio de Registro Civil e Identificación:* El artículo 8.º de la ley N.º 20.500, sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública, crea el Registro Nacional de Personas Jurídicas sin Fines de Lucro, asignando a este servicio la tarea de llevar ese registro, donde debe constar: la constitución, modificación, disolución, extinción de las personas jurídicas sin fines de lucro; los actos que determinen la composición de los órganos de dirección y administración de las personas jurídicas registradas; las senten-

cias ejecutoriadas que disuelven las asociaciones, de conformidad al artículo 559 del Código civil; y, demás informaciones que deban inscribirse según lo disponga el reglamento.

2.3.4. *Consejo para la Transparencia*, es una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, creado por la ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado. Su principal labor es velar por el buen cumplimiento de dicha ley. Es así, que debe promover y cooperar en la construcción e institucionalización de una cultura de la transparencia en Chile, garantizando el derecho de acceso a la información pública de las personas.

2.4. *Otros actores.*

2.4.1. *Ministerio de Hacienda*: A raíz que actualmente existen más de 90 diferentes cuerpos normativos que regulan las donaciones en Chile, donde cada uno establece condiciones y beneficios de diversa índole y cuantía, la legislación sobre donaciones es de difícil comprensión y aplicación, lo que ha provocado la desorientación de posibles donantes y, en consecuencia, la paralización de valiosas iniciativas de emprendimiento social.

En este sentido, el Ministerio de Hacienda se encuentra estudiando un anteproyecto de ley, que aglutinará a las principales leyes de donaciones, denominada «Ley Única de Donaciones».

2.4.2. *Servicio de Impuestos Internos*: Le corresponde la aplicación y fiscalización administrativa de la legislación tributaria y de todos los impuestos internos actualmente establecidos o que se establecieron, fiscales o de otro carácter en que tenga interés el Fisco y cuyo control no esté especialmente encomendado por la ley a una autoridad diferente. Se ha invitado para que participe en las mesas de trabajo para apoyando en las materias de su competencia.

3. *Acuerdos previos*

Como se ha señalado, se han desarrollado tres mesas de trabajo y numerosas actividades asociadas a la iniciativa, con el fin último de sociabilizar el aludido Marco Integral de Rendición de Cuentas, en relación a qué es, cómo se confecciona y los beneficios previstos con la utilización, donde resumidamente se puede señalar que se han consensuado entre cada uno de los actores las siguientes carencias necesidad de potenciamiento en el tema de rendición de cuentas de la sociedad civil organizada en Chile:

FIGURA 2.—Acuerdos previos



Fuente: Contraloría General de la República de Chile.

Lo señalado en la figura anterior, corresponde a los preceptos básicos sobre los cuales se está desarrollando el trabajo de implementación de la Tabla IFAF y que viene a fortalecer esta iniciativa.

Cabe precisar, que en opinión de cada uno de los participantes mencionados precedentemente, la Tabla IFAF constituye una herramienta útil, de fácil elaboración y estandariza la rendición de cuentas, por lo que se ha considerado muy oportuno incentivar su utilización como una medida de buena práctica. En síntesis, la aplicación de la citada herramienta viene a suplir las necesidades descritas en la figura 2.

Ello se encuentra en armonía con los beneficios previstos y consensuados a nivel internacional, los cuales corresponden a los siguientes:

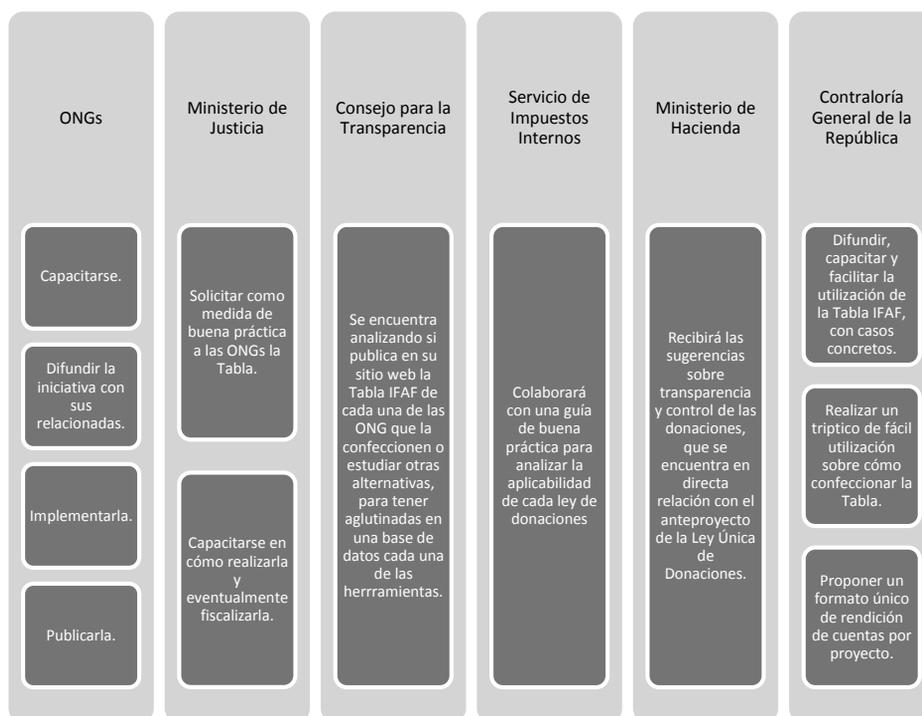
- Estandarización de la rendición de cuentas.
- Transparencia, fortalecido con la publicación de la Tabla IFAF.
- Calidad de la información, al existir una declaración por parte los responsables de confeccionarla acerca de la integridad, clasificación y exactitud del contenido de la Tabla.

- Fortalece la eficacia en las donaciones e ingresos propios.
- Gestión eficiente de las donaciones, por parte de los donantes, intermediarios y ejecutores.
- Ahorro en los tiempos de comunicación entre los diversos actores, por la facilidad en el seguimiento de las donaciones.
- Se potencia el control ciudadano, al contar con información confiable y publicada.

4. Tareas

Con cada uno de los actores que se encuentran trabajando en el proyecto de implementación y sociabilización, se ha consensado que la iniciativa corresponde a un trabajo mancomunado de voluntades y que es en su directo beneficio, por lo que se fijaron, solicitaron y acordaron las siguientes tareas:

FIGURA 3.—Tareas por actor



Fuente: Contraloría General de la República de Chile.

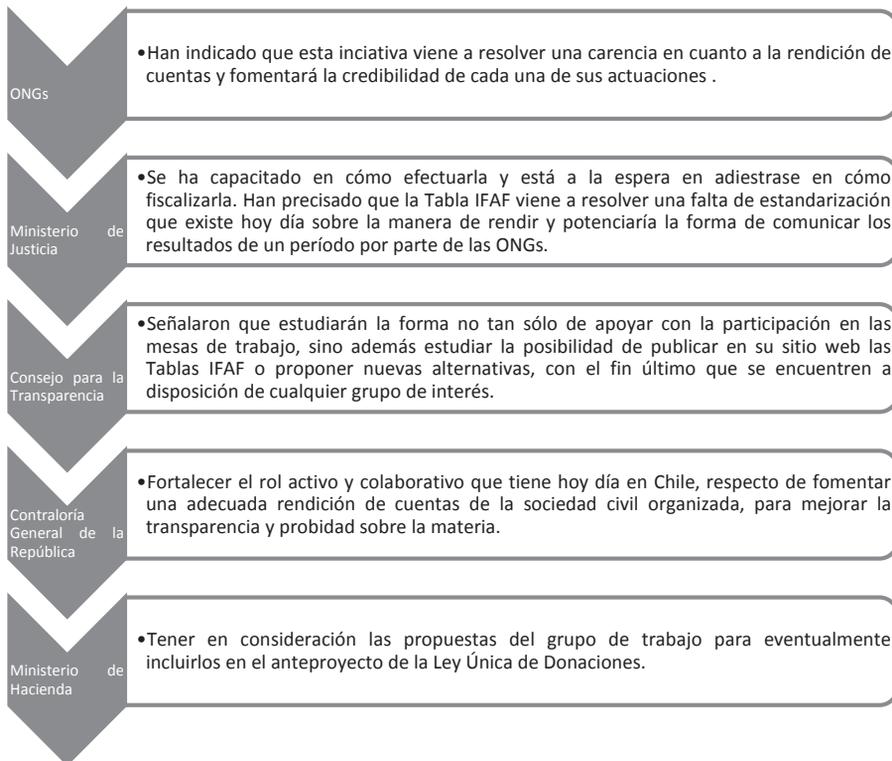
Es preciso señalar, que dichas tareas se llevarán a cabo a lo largo del proyecto y en el futuro. Con ello se cumplirán las tres premisas básicas de la Tabla IFAF, esto es, que sea utilizada, fiscalizada y publicada.

5. Metodología de trabajo

Una vez finalizado el Seminario de Arranque, se procedió a sostener diversas reuniones y tres mesas de trabajo con cada uno de los actores individualizados anteriormente, donde se han ponderado cada una de las aristas y tareas —voluntarias o solicitadas— que debiera cumplir cada actor.

Lo anterior se representa, en síntesis, en el compromiso de cada grupo de interés precedentemente señalado, para llevar a cabo la efectiva y eficiente implementación de la herramienta, sobre lo cual se mencionan algunos comentarios en la siguiente figura:

FIGURA 4.—Comentarios



Fuente: Contraloría General de la República de Chile.

Es menester señalar, que la iniciativa ha tenido una notable acogida por cada actor, lo cual permite tener el convencimiento en el logro de los resultados esperados, que supone la utilización de la Tabla IFAF y su publicación, concretándose diversas actividades para ello.

6. Auditorías pilotos

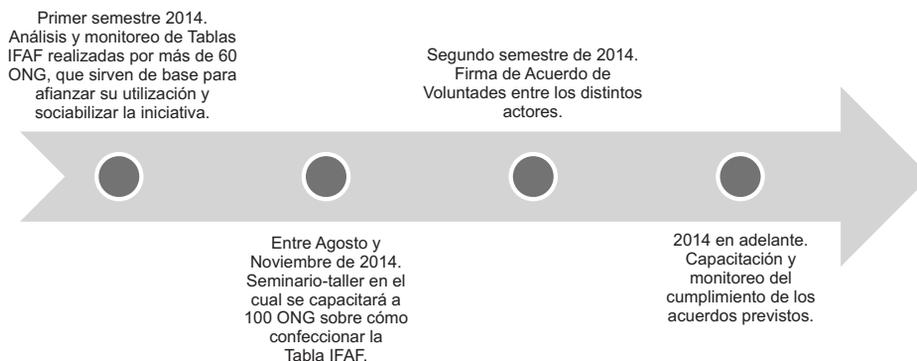
Se están llevando a cabo tres auditorías pilotos, con el fin de demostrar que es de fácil aplicación. Las entidades en las cuales se está desarrollando son: Fundación Las Rosas, Fundación Crescendo y COANIL. Es oportuno, indicar que en el primer trimestre de este año se desarrolló una auditoría piloto en Un Techo Para Chile, así como en otras ONG a nivel mundial, teniendo un éxito total en la confección de la misma y buenas críticas de la citada tabla.

Ahora bien, para las nuevas auditorías piloto se realizó una capacitación por parte de esta Contraloría General de cómo confeccionar la Tabla IFAF, donde participaron cada uno de los profesionales que se encuentran involucrados en la preparación de los estados financieros, balances o memorias, así como los encargados de los proyectos, teniendo una favorable acogida y percepción de la iniciativa.

7. Próximos pasos

Las siguientes tareas deben ejecutarse para el éxito en la aplicación de la Tabla IFAF y dar con ello cumplimiento al objetivo trazado:

FIGURA 5.—Pasos para la continuidad del plan de implementación



Fuente: Contraloría General de la República de Chile.

Al respecto, es útil precisar que alrededor de 60 ONGs se encuentran confeccionado la Tabla IFAF, a quienes se ha capacitado y realizado seguimiento continuo sobre su correcta preparación, lo cual ha servido para afianzar su utilización y seguir sociabilizando esta iniciativa, además se aumenta la experiencia para los futuros seminarios-talleres que se desarrollarán en el segundo semestre del año 2014, con el objeto de capacitar a más ONGs, sobre los beneficios de utilizar la Tabla IFAF y cómo confeccionarla. La capacitación se hará con casos prácticos y dando a conocer las diversas experiencias sobre la materia tanto nacionales como internacionales.

Por otra parte se establecerá como buena práctica de quienes deben solicitar rendiciones de cuenta, que las ONGs representen sus hechos económicos productos de donaciones con la Tabla y la revisarán, con lo cual se suplirá la auditoría por parte de firmas de auditorías privadas, teniendo en ello un rol muy activo el Ministerio de Justicia en virtud de su compromiso de solicitar como una medida de buena práctica la mencionada herramienta.

Enseguida, se ha concordado en que en el segundo semestre del año 2014, se firme un acuerdo de voluntades por cada uno de los actores para seguir concretando a futuro su utilización, dando con ello cumplimiento de manera permanente a lo consignado en la figura 3, del presente informe.

Por último, se está viendo la posibilidad de hacer otros pilotos en el año 2014, como así también monitorear y realizar seguimiento a la utilización de esta Tabla.

III. Conclusiones

De la realización del trabajo conjunto del equipo multidisciplinario que culmina con acuerdos previos y compromisos sobre la implementación de la Tabla IFAF, se obtienen los siguientes resultados *a priori*:

1. La Tabla IFAF viene a resolver una falta de estandarización que existe en las ONGs de Chile, respecto de la rendición de las donaciones.
2. Para la confección de la Tabla IFAF, las ONG no requieren un conocimiento profundo de materias financieras o contables, producto de su fácil elaboración.
3. Permitirá una fácil lectura y acceso por parte de cada uno de los actores, al estar publicadas.
4. Se potenciará la calidad de las Tablas con las fiscalizaciones del Ministerio de Justicia, ya que las solicitaría como una medida de buena práctica.
5. Se firmará un convenio de voluntades, para plasmar cada uno de los roles de cada actor y potenciar la utilización en el tiempo.

6. Por último, se vislumbra el cabal compromiso asumido por cada uno de los actores y por sobre todo de la sociedad civil en trabajar en temas de transparencia, de manera concreta y efectiva.

Anexo. Marco integrado de rendición de cuentas en Organizaciones No Gubernamentales en Chile

Es un marco orientado a mejorar la rendición de cuentas y transparencia de la información sobre los recursos recibidos por una Organización No Gubernamental en un período determinado, el cual proporciona información a todos los grupos de interés acerca de la fuente, uso y destino de los recursos, siendo confiable y mostrando qué sucedió con los ingresos. Es así, que IFAF implica la preparación de tablas y aglutina el registro de los ingresos y pagos de una manera simple y estandarizada, bajo el principio del efectivo, cuya información se extrae entre otros del sistema contable, estados financieros o informes de gestión, no se necesita preparar reportes para su confección (ver Tabla IFAF).

A continuación, se describe la forma de confeccionar la Tabla IFAF:

— *Objeto de la organización*, se refiere a detallar y comunicar resumidamente cuál es la razón de ser de la entidad, el motivo por el cual existe, con el fin de que cualquier grupo de interés pueda relacionar la información de la Tabla IFAF con la actividad de la ONG.

— *Año o período de la Tabla*, se informa acerca del año o período que la herramienta consideró respecto de los ingresos y pagos.

— *Código del proyecto*. Es conveniente que si los proyectos con objetivos específicos tienen asociados un número de identificación, éste sea transparente, con el fin de efectuar un seguimiento en relación a la fuente, uso y destino del mismo.

— *Saldo inicial para el período*, se puede dividir en:

- *En efectivo*, se aglutinan todos los saldos finales de banco y caja, disponibles al inicio del período del cual la tabla está informando.
- *En especies*, se refiere al saldo inicial en especies que tenga la ONG para atender sus proyectos, los cuales se encontrarán valorizados al valor indicado por el otorgante menos las salidas del período.

— *Entradas (donaciones-transferencias) del período*, se clasifican en los siguientes subgrupos, en base al efectivo:

- *Donaciones o transferencias superiores a US\$ 20.000*, corresponden a todas aquellos ingresos que no tienen objetivos específicos (de libre disposición) y son superiores a US\$ 20.000.

Tabla IFAF: XYZ...

Objeto de la organización que rinde:		20XX	
Año o período de la Tabla IFAF		Código del proyecto	\$
1.- Saldo inicial para el período			
1.1.- En efectivo (A)			0
1.2.- En especies (B)			0
TOTAL SALDO INICIAL (suma de A + B = C)			0
2.- ENTRADAS (DONACIONES - TRANSFERENCIAS) DEL PERÍODO (suma de D + E + F + G = H)			0
2.1.- Donaciones o transferencias superiores a US\$ 20.000			
2.1.1.- Donante xxx		1.....	0
2.1.2.- Donante zzz		2.....	0
Total (D)			0
2.2.- Donaciones o transferencias con objetivos específicos			
2.2.1.- Para emergencia en yyy		3.....	0
2.2.2.- Para compra de víveres en zzz		4.....	0
Total (E)			0
2.3.- Donaciones o transferencias inferiores a US\$ 20.000 (F)			0
2.4.- Ingresos propios (G)			0
3.- TOTAL PAGOS DEL PERÍODO (suma de I + J + K + L = M)			0
3.1.- Pagos realizados a proyectos con objetivos específicos			
3.1.1.- Para emergencia en yyy		3.....	0
3.1.2.- Para compra de víveres en zzz		4.....	0
Total (I)			0
3.2.- Transferencias a otras ONG			
3.2.1.- ONG yx			0
3.2.2.- ONG zx			0
Total (J)			0
3.3.- Pagos realizados a proyectos en general (K)			0
3.4.- Pagos por gastos de administración y generales (L)			0
4.- SALDO FINAL (suma de C + H + M)			0

- *Donaciones o transferencias con objetivos específicos*, se debe indicar con claridad todas aquellas donaciones o transferencias recibidas, a las que se ha asignado a un fin determinado.

- *Donaciones o transferencias inferiores a US\$ 20.000*, se refiere a los ingresos recibidos de libre disposición y que son inferiores al monto ya indicado, todo lo cual se agrupa en:

- *Ingresos propios*, corresponden a los generados por la propia ONG, ya sea por venta de activos, colectas, intereses, entre otros, los cuales dependiendo de su magnitud pueden ser separados pormenorizadamente.

— *Total pagos del período*, se clasifican en los siguientes conceptos, en base al efectivo:

- *Pagos realizados a proyectos específicos*, dicen relación con los pagos en efectivo realizados por las donaciones o transferencias recibidas con un fin determinado, lo cual potencia la gestión de lo entregado.

- *Transferencias a otras ONG*, con el fin de hacer seguimiento cabal a los recursos recibidos, se precisa en la tabla las transferencias que pueden haber sido realizadas a otras ONG asociadas o por requerimiento del otorgante.

- *Pagos realizados a proyectos en general*, se refiere a todos aquellos pagos para el cumplimiento general (distintos de los gastos administrativos y generales) de las actividades de la ONG, es decir son pagos múltiples dirigidos no a proyectos específicos.

- *Pagos por gastos de administración y generales*, se presentan en una o dos líneas dependiendo la importancia de cada concepto (administración y generales), con el objeto de conocer los montos pagados.

— *Saldo final*, corresponde al saldo que queda disponible para el próximo período, ya sea el referido a banco, caja y especies.

— *Consideraciones generales*:

- El profesional que prepara la tabla es el mismo que realiza los estados financieros, no se necesita un especialista.

- La moneda utilizada para confeccionar la Tabla IFAF debe ser la misma que la utilizada para elaborar los estados financieros.

- La tabla se debe firmar tanto por el profesional que la preparó como por el Director Ejecutivo o Gerente General de la ONG, con el fin de hacerse responsable de su contenido y dar confiabilidad de la información.

- Se debe publicar la tabla en un sitio web, a objeto que esté disponible para cualquier grupo de interés.

Transparencia activa y rendición de cuentas de las organizaciones sin fines de lucro en Chile

Fundación AVINA

SUMARIO: I. COMPONENTE 1: PLATAFORMA DE DIFUSIÓN.—II. COMPONENTE 2: INSERCIÓN ESTÁNDARES EN OSFL: 1. *Transparencia Activa*. 2. *Rendición de Cuentas de Impacto*.—III. COMPONENTE 3: CONSTRUCCIÓN DE ASOCIACIONES.—ANEXO 1: MIEMBROS DE GRUPO TRABAJO, CONSEJO CONSULTIVO Y MESA TÉCNICA.—ANEXO 2: ESTÁNDARES DE TRANSPARENCIA ACTIVA Y RENDICION DE CUENTAS.

El sector sin fines de lucro ha sido un actor importante en la sociedad chilena a lo largo de su historia, vinculando a las comunidades y ciudadanos entre sí y a estos con las empresas y gobiernos, al implementar acciones que contribuyen a un desarrollo que se aspira sea sustentable inclusivo. Con su diversidad y heterogeneidad, ha ido consolidándose su relevancia social y económica, medida tanto en términos del volumen de recursos que administra como en términos de los empleos que genera.

Las OSFL son un actor importante en la economía. En 2004, las organizaciones no lucrativas generaron US\$ 1.409 millones, equivalente a 1,5% del PIB¹. En 2004, las OSFL empleaban a 160.259 personas y contaban con 143.624 voluntarios (jornada laboral completa sin remunerar). Esto representa el 4,89% de la población económicamente activa —el doble que en Brasil y Colombia. Este porcentaje varía entre 0,4% en México y 14,4% en Holanda, con la estadística en Chile por encima del resto de sus vecinos, así como el doble del promedio de los países en desarrollo.

Estos datos posicionan a la sociedad civil chilena como una de las más fuertes en América Latina, compuesta además por organizaciones muy diversas en el tipo de actividad, fines y propósitos, tal como más adelante se describe.

Precisamente por esa relevancia de las OSFL, por ese mayor desarrollo relativo que exhiben en la región, el entorno sociopolítico pasa a ser gravi-

¹ «Estudio Comparativo del Sector Sin Fines de Lucro», Universidad J. Hopkins.

tante en su despliegue y quehacer. Uno de los aspectos trascendentes de ese entorno es la demanda por mayor transparencia y probidad en la gestión de los recursos que hoy la ciudadanía y la opinión pública expresan hacia los distintos actores estatales y no estatales, constituyéndose en parte del escenario donde se desenvuelven estas organizaciones.

Dicha demanda es, ciertamente, de doble faz: por un lado, una amenaza en el caso de desatenderla pero, por otro, también una oportunidad de mayor legitimación de la misión y acciones de las OSFL. Por lo mismo, es importante contribuir a que esa demanda se consolide como una oportunidad para potenciar el rol de las entidades de la sociedad civil en la construcción de un desarrollo sustentable e inclusivo —su misión por antonomasia— reduciendo el riesgo de que los cuestionamientos planteados hacia algunas de estas organizaciones dañen genéricamente su prestigio y produzcan un descrédito generalizado del sector o bien, como consecuencia de esos cuestionamientos, aumenten las regulaciones que entran su capacidad efectiva de desarrollar propuestas y proyectos.

Para ello es necesario avanzar en la generación, puesta en marcha y fortalecimiento de un sistema de transparencia activa por parte de las propias organizaciones sin fines de lucro, de manera que, junto con desempeñar adecuadamente sus funciones, puedan razonablemente explicar, de manera pública, los resultados alcanzados y los medios y métodos utilizados en su consecución.

Con vistas a este propósito Fundación AVINA, con el apoyo del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) a través del Fondo Multilateral de Inversiones (FOMIN), pusieron en marcha en 2009 el proyecto «Transparencia y Rendición de Cuentas de las Organizaciones Sin Fines de Lucro» (Transparentemos), cuyo objetivo es contribuir al mejoramiento de la efectividad y al posicionamiento de las organizaciones de la sociedad civil, especialmente de las que trabajan en el desarrollo del sector privado. El propósito del Proyecto consiste en fomentar la implementación y adopción de sistemas de transparencia activa y de rendición de cuentas en organizaciones de la sociedad civil chilena.

El proyecto se basó en tres componentes:

- 1.º diseño e implementación de una plataforma de difusión de buenas prácticas en transparencia activa y rendición de cuentas; con el objetivo de contribuir a la generación de un ambiente propicio para la instalación de la temática;

2.º apoyo a la inserción de estándares de transparencia en las organizaciones sin fines de lucro (OSFL) chilenas; con el objetivo de, por una parte, elaborar los contenidos específicos de la propuesta de transparencia activa para OSFL y por otra, insertar el tema en las propias organizaciones participantes en el Proyecto;

3.º construcción de asociaciones para la incorporación de estándares de transparencia en las OSFL chilenas; con el objetivo de construir alianzas con instituciones públicas y privadas para generar incentivos efectivos a la adopción de estrategias de transparencia activa y rendición de cuentas en las OSFL.

I. Componente 1: Plataforma de Difusión

Para llevar adelante el proyecto, se constituyó un Consejo Consultivo cuya función es definir las directrices del proyecto.

Dicho Consejo fue integrado por: representantes de Redes de OSFL, de entidades de cooperación internacional, de entidades asociativas del sector privado y de servicios públicos relacionados con el desarrollo de políticas de transparencia o de fomento de las OSFL. Asimismo, lo integran representantes del BID/FOMIN y Fundación AVINA, instituciones financiadoras del Proyecto.

Junto con el Consejo, se constituyó un Grupo de Trabajo (GT), constituido por representantes de cinco redes de organizaciones sociales, en el que se realiza un diagnóstico de la realidad nacional, se analizan y sistematizan diversos modelos de transparencia activa y rendición de cuentas de América Latina, y se considera la opinión de expertos en el tema.

Este Grupo de Trabajo es el motor que posibilita la puesta en marcha de las acciones de Transparentemos, como también es el que brinda la legitimidad y confianza necesarias a la iniciativa. De este Grupo nace la propuesta de un modelo de transparencia activa que es el pilar para el diseño de los talleres de formación y capacitación para organizaciones sociales.

La selección de las organizaciones participantes en el Grupo de Trabajo estuvo basada en cuatro criterios: a) que contaran con conocimiento y con buenas prácticas institucionales en temas de transparencia y rendición de cuentas, b) ser representativas de los distintos tipos de OSFL existentes en el país, c) tener conocimiento acerca del sector, y d) contar con experiencias exitosas en la gestión de proyectos.

La primera tarea de este grupo fue identificar y jerarquizar las iniciativas que las OSFL —Corporaciones, Fundaciones y ONGs de desarrollo— se

encontraban desarrollando en el área de transparencia activa y rendición de cuentas, analizando para ello las limitaciones y fortalezas de cada una.

Con tal fin, el grupo de trabajo realizó una serie de encuentros con representantes del mundo académico, del sector público y privado, así como también representantes de instituciones destacadas de la sociedad civil, todos los cuales dieron cuenta tanto de la percepción que se tiene del tercer sector, como del grado de desarrollo e inserción de prácticas e instrumentos de transparencia activa y rendición de cuentas en el mismo. Se realizaron entrevistas semi-estructuradas a expertos en la materia, e investigaciones en sitios web de OSFL, entre otros.

Por último, la información recogida en cada una de estas actividades fue contrastada con los estudios que sirvieron de base a este trabajo de diagnóstico y que fueron elaborados entre el 2004 y 2008, como son: «Estudio Comparativo del Sector sin Fines de Lucro. Chile»², «Transparencia de Organizaciones No Gubernamentales»³, Informe Proyecto «Mejoramiento de la Rendición de Cuentas y Transparencia de Organizaciones de la Sociedad Civil»⁴.

Con todo lo anterior, el GT diseñó un modelo de Transparencia Activa que fuera aplicable a la realidad de las OSFL en Chile. Modelo basado principalmente en los 25 estándares elaborados por Chile Transparente; y la propuesta regional de Rendir Cuentas que se desarrolla en varios países de América Latina

II. Componente 2: inserción estándares en OSFL

1. *Transparencia Activa*

Se contrató con ICD (Instituto de Comunicación y Desarrollo, Uruguay) una consultoría de capacitación y asistencia técnica en incorporación de estándares de transparencia activa y rendición de cuentas a organizaciones sin fines de lucro en Chile. Las actividades de la consultoría se realizaron entre mayo de 2011 y junio de 2012 e incluyeron una serie de pasos sucesivos y el desarrollo de acciones de sistematización, formación, capacitación, asistencia técnica, así como distintas formas de evaluación del trabajo. Se trabajó de forma cercana y coordinada con el Grupo de Trabajo de Transparentemos.

² Universidad John Hopkins.

³ Chile Transparente.

⁴ Fundación para las Américas.

En convocatoria abierta, 60 OSFL se incorporaron a un proceso de formación que consistió en **once talleres presenciales de capacitación** (diez talleres en Santiago, con una instancia de nivelación para organizaciones que no habían podido participar del primer taller) y un taller en Temuco, Región La Araucanía.

Todos los talleres realizados fueron dispuestos en forma de **aulas virtuales**, incluyendo todos los materiales del taller, lecturas recomendadas y tareas prácticas.

Además se realizó **Asistencia Técnica** al conjunto de las organizaciones, con visitas in-situ a las 60 organizaciones para la implementación de un manual de autoevaluación y la producción de recomendaciones en la forma de un plan de mejora para cada organización.

Para medir los cambios producidos en estas organizaciones se contó con los datos de la medición de línea de base (octubre 2011) y los entregados en el informe final de la consultora ICD (julio 2012) en torno a tres ámbitos de transparencia activa, que son:

1. **Ámbito de Gobierno Corporativo**
2. **Ámbito de Actividades y Recursos**
3. **Ámbito de Comunicaciones**

Resumen: Cambio de Practicas de Trasparencia Activa en las OSFL

Ámbitos. Transparencia y Rendición de cuentas	% Inicial	% Junio 2012	% Variación
1. Gobierno Corporativo	47%	67%	+20%
2. Actividades y Recursos	39%	59%	+20%
3. Comunicaciones	61%	74%	+13%

Además de esto, al revisar caso a caso algunos cambios son notables. Algunas organizaciones duplicaron o triplicaron su desempeño, mientras que algunas lo mejoraron hasta en diez o doce veces: algunas organizaciones no tenían siquiera página web al inicio del programa y gracias a las herramientas adquiridas la han desarrollado con claros criterios de transparencia activa, o han establecido mecanismos de difusión a través de redes sociales o blogs. Una organización elaboró su Memoria Anual por primera vez 10 años de existencia.

2. *Rendición de Cuentas de Impacto*

Se contrató a la consultora Agustina Budani, quien en diálogo con el Grupo de Trabajo elaboró un Modelo de Evaluación de Resultados con el objetivo de proveer una herramienta que permita a las organizaciones de la sociedad civil rendir cuenta de los resultados alcanzados en el desarrollo de su misión, proyectos y actividades en un período determinado.

El Modelo fue implementado y validado por 9 OSFL con asistencia técnica de la consultora.

El Modelo de Evaluación de Resultados se propone:

- Mejorar las condiciones de evaluabilidad de las organizaciones a través de la incorporación de una metodología flexible y factible de implementar en las OSFL que facilite la sistematización, formalización y comunicación de sus resultados e impacto.
- Generar vehículos de rendición de cuentas que contemplen qué es lo que se quiere comunicar y a quiénes.

En función de este Modelo se elaboró una «Guía de Orientación del modelo de acompañamiento para la evaluación de resultados» ayude a los diferentes usuarios de las OSFL a comprender su manejo, y hallar sugerencias y atajos para la incorporación efectiva del Modelo al interior de su organización.

Todo el material está disponible en: <http://www.avina.net/esp/transparentemos/>

III. **Componente 3: construcción de Asociaciones**

Durante todo el desarrollo del Proyecto se fue impulsando y promoviendo la participación activa y articulación entre diferentes estamentos de manera que la Transparencia y rendición de Cuentas de las OSFL fuera permeando sus conversaciones y su quehacer y lograr incidencia tanto en el sector público como en el sector privado.

Desde el inicio del Proyecto se crea el **Grupo de Trabajo** (GT), que como se ha mencionado se constituyó como el ente técnico y de legitimación y validación de las decisiones y orientaciones del Proyecto. Debido a que el GT representaba a organizaciones muy diversas en tamaño, orientaciones y gobernanza; era fundamental someter estas decisiones y asegurar que el GT concordaba y respaldaba los pasos a seguir

Paralelo a la creación del GT, se impulsa la constitución de un Consejo Consultivo. La composición de este Consejo garantiza la representación de las OSFL con trayectoria en los temas de transparencia y de las instituciones financiadoras del Proyecto, representantes de Redes de OSFL, de entidades de cooperación internacional, entidades asociativas del sector privado y de servicios públicos relacionados con el desarrollo de políticas de transparencia y de fomento de las OSFL. Su función principal radica en ser el órgano responsable de dar apoyo en la difusión de las actividades y contenidos del Proyecto, realizar recomendaciones para el diseño estratégico, colaborar en el diseño de la sostenibilidad y en la gestión de riesgos de *Transparentemos*.

Entre los riesgos asociados a la iniciativa se encuentra el de la sostenibilidad, por lo que se constituye una Mesa Técnica (MT) integrada por los representantes de las redes de organizaciones de la sociedad civil (GT) y del sector público, que tiene por objeto analizar, sistematizar y consensuar el modelo aplicado por *Transparentemos* para que sea incorporado en el Registro Único de Organizaciones Sociales que establece la Ley de Participación Ciudadana en la Gestión Pública, Ley 20.500.

Como resultado del trabajo sistemático y comprometido de la MT, se establece una propuesta de 18 estándares de transparencia y rendición de cuentas, además de una plataforma on line, para ser incorporados en el registro de organizaciones sociales del Servicio de Registro Civil⁵. Y se genera una propuesta legal para la inserción de estos estándares al reglamento de personalidad jurídica de la Ley 20.500 de participación ciudadana.

En paralelo, *Transparentemos* genera vínculos de colaboración y sinergia con la Contraloría General de la República; con el Consejo para la Transparencia⁶; se organiza un seminario en conjunto con Secretaría General de la Presidencia y Chile Transparente, capítulo chileno de TI.

De este modo, Transparentemos se consolida como una plataforma de fomento de la transparencia activa y rendición de cuentas en las organizaciones de la sociedad civil, en la que es fundamental la asociatividad entre las organizaciones sociales; la sistematización de procesos; la institucionalización de propuestas; la incidencia en la política pública; y la alianza entre sectores.

⁵ Ver Anexo «Estandares de Transparencia Registro Unico».

⁶ El Consejo para la Transparencia es una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, creado por la ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información del Administración del Estado.

En resumen, esta iniciativa da cuenta de que es posible construir nuevas realidades, abriendo conversaciones, generando espacios para que ellas se sostengan y fomentando el trabajo colaborativo. Eso es *Transparentemos*.

Anexo 1: Miembros de grupo trabajo, consejo consultivo y mesa técnica

Grupo de trabajo

Daniel Oyarzún, Asociación de ONGS-ASONG.

Consuelo Moreno, Comunidad Organizaciones Solidarias.

Isabel Lacalle, Corporación Nuestra Casa.

Marcela Fajardo, Fundación Pro Bono.

Catalina Littín, Fundación Superación de la Pobreza.

Alicia Sánchez, ACCION A.G.

Emilio Moya, Chile Transparente.

Paula Ortiz, Chile Transparente.

Paula Jaramillo, Coordinadora Proyecto Transparentemos.

Pamela Ríos, Fundación Avina.

Consejo consultivo

Leonardo Moreno, Fundación para la Superación de la pobreza.

Roberto Peralta, Consejo Fondo Mixto.

Jeannette von Wolfersdorff, Comunidad de Organizaciones Solidarias.

Soledad Suárez, Cooperación de la Comunidad Europea en Chile.

Juan Francisco Lecaros, Fundación Simón de Cirene.

Carolina Carrasco, BID/FOMIN.

Ignacio Larraechea, Acción RSE.

Daniel Oyarzún, Asociación de ONGS-ASONG.

Benito Baranda, América Solidaria.

Jaime Bazán, Chile Transparente.

Francisca Rivero, Fundación Avina.

Mesa técnica

Aldo Cassinelli, División de Estudios, Min. Secretaría General de la Presidencia.

Alberto Precht, Comisión Defensoría Ciudadana-Comisión de Transparencia y Probidad, Min. Secretaría General de la Presidencia.

Carlos Aguilar, División de Personas Jurídicas, Ministerio de Justicia.

Patricia Dumas, profesional de Contraloría General de la República.

Marcos Peña, profesional de Contraloría General de la República.

Sebastián Zulueta, Director Ejecutivo América Solidaria.

Eolo Díaz Tendero, Director de Estudios, Consejo para la Transparencia.

Jaime Bazán, Gerente General Chile Transparente.

Emilio Moya, Director de Estudios Chile Transparente.

Paula Ortiz, profesional Chile Transparente.

Marcel Thezúa, Centro de Políticas Públicas, Universidad de Los Lagos.

Alicia Sánchez, ACCION AG-Miembro del Grupo de Trabajo.

Consuelo Moreno, Comunidad Organizaciones Solidarias-Miembro del Grupo de Trabajo.

Daniel Oyarzún, ASONG, Red de Voluntarios de Chile-Miembro del Grupo de Trabajo.

Paula Jaramillo, Coordinadora Proyecto Transparentemos.

Anexo 2: Estándares de transparencia activa y rendición de cuentas

I. Estándares Instituyentes: ¿Quiénes somos? ¿Qué pensamos?

1. *Misión*

Misión de la organización.

2. *Visión*

Visión de la organización.

3. *Objetivos*

Objetivos acordados en relación a su misión.

4. *Valores*

Declaración de valores de la organización.

5. *Directorio*

Listado de los miembros del Directorio, indicando:

- Cargos al interior del Directorio (presidente, tesorero, etc.).
- Resumen del CV de los directores.
- Antigüedad en el cargo, precisando cantidad de períodos en ejercicio.

6. *Dirección Ejecutiva*

Nombre del director ejecutivo y su CV.

7. *Organigrama*

Organigrama completo de la organización.

8. *Certificado de Vigencia*

Último certificado de vigencia obtenido.

9. *Alianzas*

Vínculos que se tienen con distintas organizaciones, sean públicas o privadas, tanto a nivel nacional como internacional. Indicar:

- Breve presentación de la organización con la que se ha suscrito la alianza.
- Descripción de la alianza.
- Vigencia y antigüedad del vínculo.

10. *Dependencia*

Señalar si la organización depende de alguna otra institución, por ejemplo, empresa, partido político o iglesia.

II. *Estándares de Gestión: ¿Qué hacemos? ¿Cómo lo hacemos?*

11. *Áreas de Acción*

Ámbitos en que se focaliza el actuar de la organización.

12. *Públicos Objetivo*

Hacia quiénes se dirigen las acciones de la organización.

13. *Proyectos en curso*

Informe de proyectos en curso, que incluya:

- Descripción general del proyecto con sus actividades.
- Plazo de ejecución.
- Presupuesto total.
- Beneficiarios (con la mayor precisión posible).
- Responsable del proyecto dentro de la organización.

14. *Fuentes de Financiamiento*

Fuentes de financiamiento de la organización, indicando:

- Origen (privadas, públicas u otras). Indicar con precisión cuántas de estas son personas naturales, empresas, organismos internacionales, etc.

15. *Empresas Donantes*

Listado de empresas donantes, que incluya:

- Monto de la donación.
- Antigüedad del vínculo y periodicidad de la donación.

16. *Uso de Recursos*

Distribución de los recursos de la organización, indicando cuántos se destinan a cada proyecto de gestión de la organización.

17. *Rendición a Organismos de Estado*

Todas las rendiciones de fondos públicos que se realicen a organismos del Estado deben ser publicadas.

18. *Memoria, Balance y Declaración de Impuestos Internos*

Anualmente publicar:

- Memoria de la organización en formato descargable.
- Balance.
- Declaración de Impuestos Internos.

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA



Jurisprudencia sobre fundaciones

María Natalia Mato Pacín

Profesora Ayudante de Derecho Civil
Universidad Carlos III de Madrid

Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno), de 23 de abril de 2013. Ponente: Dña. Encarnación Roca Trías

Recurso de inconstitucionalidad: Normativa autonómica acerca de fusión de fundaciones en contradicción con la estatal: inclusión del requisito de analogía de fines no contemplado en esta última; posibilidad de fusión incluso ante la prohibición del fundador, en contra del sentido de la regulación estatal. Cuestiones que pertenecen a la legislación civil y reservadas en exclusiva al Estado al carecer la Comunidad Autónoma de un Derecho civil foral o especial previo que pueda ser objeto de modificación, conservación o desarrollo: extralimitación competencial existente: inconstitucionalidad.

HECHOS.—La Abogacía del Estado interpone un recurso de inconstitucionalidad contra dos preceptos de la Ley 1/2007 de 12 de febrero, de fundaciones de la Comunidad Autónoma de La Rioja, relativos a determinados aspectos de la fusión entre fundaciones por entender que la regulación contenida en las mismas excede de las competencias legislativas que, en materia de fundaciones, tiene atribuidas tal Comunidad, vulnerando la competencia exclusiva del Estado sobre legislación civil *ex* artículo 149.1.8 CE. Según la parte actora, el artículo 37.1 de la norma autonómica impone la exigencia de la analogía de los fines de las fundaciones que pretenden fusionarse, requisito este que no figura en la Ley estatal 50/2002, mientras que el artículo 37.3 del mismo texto legal, permite la fusión aun en contra de la voluntad del fundador, en tanto que la legislación estatal lo prohíbe, vulnerándose uno de los elementos del contenido básico del derecho de fundación previsto en el artículo 34 CE como es el pleno respeto a la voluntad del fundador. Se trata en ambos casos de cuestiones pertenecientes a la legislación civil, competencia exclusiva del Estado, no pudiendo aquellas Comunidades Autónomas que carecen de Derecho civil foral establecer una regulación propia al respecto.

El Letrado de la Comunidad Autónoma de La Rioja entiende que no se ha producido invasión de la competencia estatal en materia de legislación civil en tanto en cuanto se han legislado aspectos tangenciales sobre la fusión de fundaciones con respeto de las bases establecidas en la legislación estatal vigente y, además, con apoyo en la competencia asumida estatutariamente.

El Tribunal estima el recurso de inconstitucionalidad y, en consecuencia, declara nulos los apartados 1 y 3 del artículo 37 de la Ley 1/2007 por no adecuarse al orden constitucional de competencias.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS. —Al ser el de fundación un derecho reconocido en el artículo 34 CE, corresponde al Estado la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los fundadores en su ejercicio (artículo 149.1.1 CE), de igual modo que el establecimiento de las normas que en materia de fundaciones versen sobre sus aspectos civiles, ya que la competencia legislativa corresponde al Estado salvo que la Comunidad Autónoma tenga derecho civil propio en esta materia (artículo 149.1.8 CE), situación en la que no se encuentra La Rioja. Siendo, por tanto, relevante para precisar la competencia determinar la naturaleza de las normas sobre la fusión de fundaciones, concluye el Tribunal a favor de su carácter civil: el derecho de fundación se regula inmediatamente después del derecho a la propiedad privada y del derecho a la herencia (artículo 33 CE), instituciones de carácter marcadamente jurídico privado y en cuyo contexto constitucional se inserta el artículo 34 CE, reforzándose uno de sus rasgos identificativos como es el de ser una manifestación de la autonomía de la voluntad del sujeto respecto del destino de sus bienes a través de la constitución de un especial tipo de persona jurídica que garantice el cumplimiento de los fines deseados. Estas entidades, a pesar de estar sometidas, en algunos aspectos, a normas de Derecho público, son instituciones de Derecho privado, y así también lo es, en concreto, la regulación de la fusión de las fundaciones, que se inserta de lleno en el ámbito de la autonomía privada del fundador y presenta, por tanto, una naturaleza propia de la materia regulada por el Derecho civil, como reconoce también la Ley estatal de fundaciones.

A mayor abundamiento, la Comunidad Autónoma de La Rioja no solo no se ha limitado a reproducir las normas estatales sobre fundaciones sin la necesaria competencia legislativa, sino que, además, los apartados 1 y 3 del artículo 37 de la referida norma autonómica vulneran los principios básicos sobre los que se asienta la normativa estatal. Se observa una significativa divergencia entre ambas legislaciones, toda vez que, por una parte, la Ley 1/2007 exige que las fundaciones que vayan a fusionarse, por acuerdo de sus respectivos patronatos, cuenten con fines análogos —requisito que no se observa en la Ley de 2002 y que pone el límite en la no prohibición del fundador— y, por otra, permite la fusión a pesar de la prohibición del fundador si es la única manera de evitar su liquidación, cuando la norma estatal, en aras al respeto de la voluntad del fundador, excluye toda posibilidad de fusión en los casos en que haya sido prohibida.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Especial), de 19 de julio de 2013. Ponente: D. José M.^a del Riego Valledor

En el mismo sentido, SSTs de 9 de julio de 2013 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a y de 6 de noviembre de 2013; Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a).

Compatibilidad del cargo de juez o magistrado con el desempeño de cargos directivos en fundaciones públicas o privadas: exigencia de previa obtención de compatibilidad: de la CE y la legalidad vigente, solo existen obstáculos en el caso de vinculación de la entidad fundacional con una mercantil: restricción al derecho de fundación improcedente.

HECHOS.—La Asociación de Jueces y Magistrados Francisco de Vitoria interpone recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial por el que se aprueba el Reglamento de la Carrera Judicial, impugnando una serie de preceptos, entre los que se encuentra el relativo a la compatibilidad del cargo de juez o magistrado con el desempeño de cargos directivos en fundaciones públicas o privadas, que exigirá la previa obtención de la compatibilidad, por entender que se trata de una ampliación del supuesto de incompatibilidad previsto por el artículo 389.9 LOPJ, careciendo el Consejo General del Poder Judicial de competencia para ello. El Tribunal Supremo estima el recurso en este punto.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—El artículo 34 CE reconoce el derecho de fundación para fines de interés general y el artículo 53.1 del mismo texto reserva a la ley la regulación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el Título I, entre los que se encuentra el de fundación, especificando que dichas normas legales deben en todo caso respetar el contenido esencial de tales derechos y libertades. Por su parte, ni el artículo 8 de la Ley 50/2002 ni la LOPJ imponen ninguna limitación al derecho de fundación por parte de los jueces y magistrados ni exigen la previa obtención de compatibilidad.

Es incompatible con la función judicial el desempeño de cargos directivos en fundaciones pero no en todo caso, sino solo respecto de la que existe una vinculación con una entidad mercantil en sentido amplio. Sin perjuicio de los instrumentos de control que pudiera articular el Consejo General del Poder Judicial, se trata de una cuestión de perfiles inciertos en los que se exige una labor de exégesis para delimitar la vinculación más o menos directa con la entidad mercantil a los efectos que interesa, de lo que resulta evidente que dicho artículo reglamentario en cuanto exige una previa obtención de compatibilidad para el desempeño de cargo directivo en cualquier fundación, incluso las no comprendidas en el artículo 389.9 LOPJ, introduce una medida que supone materialmente una restricción al derecho de fundación, excediéndose el ámbito de incompatibilidades que de forma cerrada y taxativa impone el citado precepto.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a), de 12 de noviembre de 2012. Ponente: D. Enrique Lecumberri Martí

Capacidad procesal de la Fundación: formación correcta de la voluntad de la misma mediante el acuerdo por mayoría suficiente de los Patronos, según Estatutos: capacidad para el ejercicio de la acción existente.

HECHOS.—La *Fundación de Ayuda a los Niños Superdotados de Canarias* interpone recurso contra la Orden dictada por la Consejería de Educación, Cultura y Deportes del Gobierno de Canarias, recurso que es estimado por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Recurre entonces la Administración Pública de la citada Comunidad Autónoma en casación, alegando de nuevo, de manera previa a otros motivos de fondo, infracción por parte de la entidad fundacional en cuanto al régimen de formación de la voluntad del Patronato para el ejercicio de la acción judicial. El Tribunal Supremo confirma lo fallado por el órgano que dictó la resolución recurrida desestimando el recurso de casación.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—En lo que aquí interesa, queda probado que se aportó certificación del Acta de la reunión extraordinaria en la que se acordó la impugnación de la Orden a que se refieren las actuaciones, acordándose por mayoría de los miembros (patronos) que deben adoptar dicha decisión, a la vista de los Estatutos: en el Acta, debidamente firmada por la Secretaria y Patrona de la Fundación, consta la asistencia del Presidente y de la Secretaria o Vicepresidenta (ostentaba ambos cargos), los dos Patronos de la Fundación según consta en la escritura fundacional, siendo en total el número de Patronos de 3, por lo que el voto favorable de dos de ellos supone la mayoría suficiente para la adopción del acuerdo indicado. En definitiva, se constata la correcta formación de la voluntad de la Fundación y la capacidad procesal para ello.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 29 de marzo de 2012. Ponente: D. José Manuel Sieira Míguez

Cuestión de competencia: las fundaciones no forman parte de los supuestos recogidos en el artículo 9.c) de la LJCA bajo la genérica denominación de Organismos Públicos: aplicación del artículo 10.1.m) de la LJCA: competencia del Tribunal Superior de Justicia.

HECHOS.—El Gobierno Vasco interpone recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo contra una convocatoria de asignación de recursos de la *Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales*. El Juzgado de lo Central se declara incompetente para conocer de este recurso al considerar que el acto impugnado es una resolución dictada por una Fundación, persona jurídica incluida en el artículo 44 de la Ley 50/2002 y que, en su condición de persona jurídica, no puede ejercer potestades públicas, por lo que no tiene cabida en el artículo 9.c) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que no recoge las Fundaciones. Concluye que la competencia objetiva corresponde a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, órgano que no comparte el planteamiento pues entiende que la Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales es una entidad perteneciente al sector público estatal de forma que se incardina en el referido artículo 9.c), aunque no pueda considerarse Administración u Organismo Público.

El Tribunal Supremo resuelve la cuestión de competencia que la misma corresponde a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—El artículo 9 de la LJCA no recoge a las Fundaciones dado que el apartado c) del mismo, bajo la denominación genérica de Organismos Públicos, regula los Organismos Autónomos y las Entidades Públicas Empresariales, sin que las Fundaciones formen parte de ninguno de esos dos grupos. Conforme al artículo 2.1 de la Ley 50/2002, se trata de organizaciones con personalidad jurídica constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadoras, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general. Por lo tanto, atendiendo a las competencias que atribuye el artículo 10.1.m) de la LJCA a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia («cualesquiera otras actuaciones administrativas no atribuidas expresamente a la competencia de otros órganos de este orden jurisdiccional»), la competencia discutida corresponde a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social, Sección 1.ª), de 9 de julio de 2013. Ponente: D. Manuel Fernández-Lomana García

Fundaciones del sector público: fundación de ámbito catalán: se excluye la aplicación en este aspecto de la norma estatal: ausencia de definición de «fundación del sector público» en la normativa específica de fundaciones en Cataluña pero sí en la regulación presupuestaria: decisión en base a criterios como la vinculación de la Generalidad con los derechos de voto de los órganos de gobierno, con los presupuestos o con los precios de los servicios: fundación del sector público.

HECHOS.—EL Comité de Empresa de la *Fundacio Universitaria per a la Universitat Oberta de Catalunya* interpone demanda contra la *Fundacio Universitaria per a la Universitat Oberta de Catalunya* (FUOC) sobre conflicto colectivo en relación a la reducción de las retribuciones del personal del sector público como consecuencia de la supresión de varias pagas. El Comité sostiene la no aplicación de tales medidas por no incluirse la FUOC dentro del sector público. La Audiencia Nacional, sin embargo, concluye lo contrario desestimando la demanda.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—Para determinar si la FUOC pertenece o no al sector público no resultan de utilidad los artículos 44 a 46 de la Ley 50/2002 pues no tienen carácter básico y son únicamente aplicables a las fundaciones estatales. Atendiendo a la normativa dictada por el Parlamento catalán sobre la materia, cabe decir que la primera y única vez que una norma sobre fundaciones ha definido cuándo una persona jurídica sin ánimo de lucro pertenece al sector público ha sido la Ley 4/2008, pues la mención fue suprimida en la posterior Ley 7/2012. Esta ausencia de regulación no implica que no existan fundaciones pertenecientes al sector público, aquellas en las prevalezca el elemento público y, en consecuencia, se

tengan que someter a una serie de límites contables, presupuestarios y de control que garanticen la transparencia y uso adecuado de los fondos públicos.

En este sentido, si bien la Ley de Cataluña que regula las fundaciones no define lo que debe entenderse por fundación del sector público, sí que lo hace su normativa presupuestaria, recurriendo a criterios como que su actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, entes territoriales u otros organismos de Derecho público; que su gestión esté sujeta a la supervisión de dichos organismos; o que tenga un órgano de administración, dirección o de vigilancia compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, entes territoriales u otros organismos de Derecho público, entre otros. Atendiendo a estos criterios, el órgano jurisdiccional concluye a favor de considerar la FUOC como fundación del sector público dada la mayoría, directa o indirecta, de la Generalidad en los derechos de voto de los órganos de gobierno o el patronato; el hecho de que sus presupuestos estén expresamente recogidos en la Ley de Presupuestos de la Generalidad de Cataluña; así como que el precio de matrícula no se decida libremente por la Universidad sino por Decreto de la Generalidad, discutiéndose la liquidaciones ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), de 24 de abril de 2013. Ponente: D. José Luis Requero Ibáñez

Inscripción de fundaciones: la Orden Ministerial que inscribe la fundación es recurrible en reposición por ejercer el Ministro las funciones de Protectorado y tratarse de un acto que pone fin a la vía administrativa. Fundación promovida por entidad dedicada a una actividad ilegal: recursos económicos con origen ilícito y voluntad fundacional enviada.

HECHOS.—La OID constituye en 1996 la Fundación OID, cuya inscripción se deniega por existir indicios de que los fondos con los que se dota la persona jurídica son de procedencia ilícita (venta de cupones de lotería ilegal), no concurriendo una razón de interés general en su actividad. Al amparo de la Ley de Fundaciones, en 2011, la SOID —grupo de empresas y asociaciones aglutinadas en torno a la OID— otorga como fundadora escritura de constitución de la Fundación SOID (*Fundación Social Organización Integración de Discapacitados*). A instancia del informe del Protectorado se rectifica alguna mención del artículo de los Estatutos que prevé los recursos económicos.

La Orden por la que se clasifica esta entidad y se inscribe en el Registro de Fundaciones es recurrida por la ONCE, recurso de reposición que se estima por Resolución del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. El razonamiento se basa en la íntima conexión entre la composición y actividades de la Fundación y la OID así como el dudoso origen de los fondos aportados por la SOID, lo que lleva a pensar que el ánimo de la persona jurídica fundacional es canalizar determinados ingresos provenientes de la actividad ilícita del juego.

Contra esta resolución interpone la Fundación SOID recurso contencioso-administrativo, alegando la imposibilidad de declarar la nulidad de pleno derecho de la referida Orden por ser la inscripción firme y ser necesaria la intervención judicial para ello así como, en cuanto al fondo, por basarse en meras sospechas al tratarse de personas jurídicas diferenciadas y haber modificado la Fundación sus estatutos en lo relativo a obtención de recursos económicos. El recurso es desestimado por la Audiencia Nacional.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—El Ministro ejerce las funciones de Protectorado (artículo 40.3 Reglamento de Fundaciones), sus actos ponen fin a la vía administrativa y, no siendo firmes, son recurribles en reposición. Es posible, pues, declarar la nulidad de pleno derecho de la Orden que ordena la inscripción de la Fundación SOID sin que se pueda concluir que la Administración ha ejercido la potestad de Protectorado con una finalidad distinta de la deducible de la Ley de Fundaciones, suplantando la acción de los tribunales.

No se ignora la distinta personalidad jurídica de la OID y de la SOID aunque es cuestión pacífica que la primera, no solo está en el seno del grupo de la segunda, sino que es la entidad más relevante de la misma, de igual modo que es evidente que la SOID promueve la Fundación SOID. Por lo tanto, hay que concluir que realmente la OID promueve la Fundación SOID, máxime cuando se da la coincidencia de personas en los órganos directivos. Aunque se hayan modificado formalmente los estatutos a instancias del Protectorado en lo que a recursos económicos se refiere, si se prueba que la actividad de relevancia es el juego ilegal, hay que deducir que estos recursos tendrán un origen ilícito, además de que se envicia la voluntad fundacional cuando quien funda es una entidad dedicada a una actividad ilegal.

Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), de 27 de febrero de 2013. Ponente: D. José Luis Requero Ibáñez

Jurisdicción administrativa: fundaciones del sector público: no se deduce de los Estatutos la constitución con aportación mayoritaria de la Administración Pública ni que su patrimonio fundacional esté formado en más de un 50 por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades: falta de jurisdicción.

HECHOS.—Área 10, Formación Continua, S.A. interpone en el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo recurso jurisdiccional contra la desestimación por silencio administrativo de su reclamación interpuesta contra la Resolución de la *Fundación Laboral de la Construcción*, mediante la que se sanciona a la mercantil con la retirada total de la homologación de la formación preventiva en el ámbito de aplicación del Convenio Colectivo del sector de la Construcción. El Juzgado Central declara su falta de jurisdicción para el recurso contencioso-administrativo por no tratarse la *Fundación Laboral de la*

Construcción de Administración Pública según la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado y la Ley de Fundaciones.

Dicho auto que es apelado por Área 10, Formación Continua, S.A., quien considera que la entidad fundacional es cesionaria de una función pública delegada y actúa como agente colaborador pues homologa centros formativos y expide la tarjeta profesional de la construcción. La Fundación apelada alega que no tiene la consideración de Administración, tratándose de una fundación de carácter laboral, constituida y gestionada enteramente por entidades privadas y que se rige por el Derecho Privado.

El órgano jurisdiccional desestima el recurso de apelación.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—La citada Fundación es el organismo paritario previsto por los firmantes del Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción que se rige por sus Estatutos y por la Ley 50/2002. Si bien se previó que se financiaría fundamentalmente con aportaciones de las Administraciones Públicas, no se está ante una Administración Pública de las previstas en el artículo 43.1 de la Ley 6/1997 ni puede deducirse que, en virtud del artículo 4 de la Ley estatal de fundaciones, se haya constituido con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración General del Estado, sus organismos públicos o demás entidades del sector público estatal, así como tampoco que su patrimonio fundacional esté formado en más de un 50% por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades. Tampoco por el ámbito en el que se toma el acuerdo se puede deducir que se esté ante un sujeto de Derecho Administrativo ni dictado por una Administración o ente instrumental de la misma, al ser una decisión adoptada en un ámbito convencional, al margen de cual sea la procedencia de los fondos para actividades formativas.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª), de 11 de febrero de 2013. Ponente: D. Ángel Arozameña Laso

Autocontratación: transcurso de más tres meses desde la presentación de una primera solicitud de autorización sin recaer resolución expresa: concesión por silencio administrativo. Justificación de los motivos y detalles financieros del negocio jurídico que da lugar a una segunda solicitud de autorización: autocontratación procedente.

HECHOS.—La *Fundación Promete*, que tiene entre sus fines la promoción, desarrollo, protección y fomento de estudios e investigaciones sobre temas y actividades culturales, musicales, deportivas y científicas, y cuyo órgano de gobierno es un Patronato integrado por varias entidades mercantiles, interpone recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de la Ministra de Cultura por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto a su vez por la Fundación contra la Resolución denegatoria de dos autocontrataciones. Se trata, por un lado, de una primera solicitud de autorización de autocontratación consistente en la compraventa de activos por parte de la Fundación al

Instituto Innovación Educativa (coste de 632.000 euros) y el negocio vinculado a la aprobación consistente en el contrato de préstamo por igual cuantía entre la entidad sin fin de lucro (prestataria) y D. Nicolás (prestamista). Por otro, de una segunda solicitud de autorización para la formalización de otro contrato de préstamo (120.000 euros) entre la Fundación, en calidad de prestataria y D. Nicolás, de prestamista.

La Audiencia Nacional estima el recurso interpuesto por la entidad fundacional dejando sin efecto la denegación de la solicitud de autocontrataciones.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—El artículo 34.2 del Reglamento de Fundaciones de Competencia Estatal establece respecto a la autocontratación que el Protectorado resolverá y notificará la resolución en el plazo de tres meses, entendiéndose estimada la solicitud si, transcurrido dicho plazo, no hubiese recaído resolución expresa ni hubiese sido notificada. La Administración yerra en el cómputo de los plazos a la hora de considerar el inicio del procedimiento puesto que la segunda solicitud de autorización de autocontratación nada tiene que ver con la primera petición y, por tanto, debe tramitarse, a los efectos del cómputo del plazo, de manera autónoma e independiente. Respecto de la primera solicitud de autorización de autocontratación (compraventa y préstamo vinculados), se habría excedido el plazo de tres meses sin recaer resolución expresa y la autocontratación solicitada ha sido estimada por silencio administrativo.

En cuanto a la solicitud del negocio jurídico independiente del anterior, el préstamo por un máximo de 120.000 euros, si bien se vuelve a producir la situación de autocontratación entre D. Nicolás y la Fundación, lo es por causas diferentes, en este caso, por la necesidad de obtener liquidez inmediata para hacer frente a los gastos corrientes y proyectos. El ofrecimiento que realiza D. Nicolás con la formalización de este nuevo préstamo en condiciones tan ventajosas se debe a la implicación que él mismo tiene en el proyecto que comienza a tomar forma en la Fundación. Con estos razonamientos y el detalle de la operación de préstamo en la Memoria para la adquisición de financiación de la entidad, quedan despejadas, a juicio del órgano jurisdiccional, las dudas que pudiera haber suscitado la operación en la Administración.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), de 12 de diciembre de 2012. Ponente: Dña. Ana María Sangüesa Cabezudo

Legitimación para entablar acciones en representación de una fundación: no es suficiente con el poder general para pleitos que atestigua la representación: es necesario acreditar la decisión de litigar tomada por el Patronato y certificada por el Secretario: legitimación inexistente.

HECHOS.—La *Fundació Pia Autònoma Institut Pere TArrés D'Educació en L'Esplai* interpone recurso contencioso-administrativo contra la Resolución del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad por la que se declara el incumplimiento parcial de la justificación de la aplicación de una sub-

vención percibida. La Abogacía del Estado, en lo que aquí interesa, se opone al recurso alegando causa de inadmisibilidad toda vez que la demandante aporta escritura de poder general para pleitos que acredita la representación que ostenta D. Víctor Manuel, Director General de la Fundación, pero no la voluntad de la misma para entablar acciones, sin que a tales efectos sea suficiente el documento que se presenta en el trámite de subsanación, suscrito por el propio Director, y que vuelve a remitir a las facultades generales de representación que le fueron atribuidas por acuerdo del Patronato. La Audiencia Nacional estima la causa de inadmisibilidad.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—Una cosa es el poder de representación, que solo acredita que el representante está facultado para actuar válida y eficazmente en nombre y por cuenta del representado y otra distinta la decisión de litigar, que habrá de ser tomada por el órgano de la persona jurídica a quien las normas reguladoras de ésta atribuyan tal facultad, lo que permite verificar que la entidad ha tomado el correspondiente acuerdo dirigido a tal fin. Para actuar en nombre de otro en un proceso resulta imprescindible el consentimiento expreso e inequívoco del representado.

La Ley 50/2002 establece que el órgano de gobierno y representación de la Fundación es el Patronato, que adoptará sus acuerdos por mayoría en los términos establecidos en sus Estatutos, correspondiendo la certificación de dichos acuerdos al Secretario. A pesar de que el Director asegura haber adoptado acuerdo para recurrir, tal acuerdo no se ajusta a las normas legales porque, ni certifica el órgano a quien compete tal facultad, ni se justifica la voluntad del Patronato mediante la aportación de la escritura en la que consten las facultades del Director de la Fundación o los Estatutos.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a), de 2 de octubre de 2013. Ponente: D. José Ramón Chaves García

Fundaciones públicas: doctrina de la «huida del Derecho Administrativo», cuyos excesos provocaron la necesidad de hacer extensivas a estas fundaciones cierta legislación administrativa sectorial: sin embargo, no se tratan de Organismos Públicos de la LOFAGE sino que están sujetas al ámbito de regulación de la Ley 50/2002.

HECHOS.—D. Leonardo, quien había prestado servicios en la *Fundación para o Desenvolvemento da Comarca da Terra Chá*, interpone recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de la Subdirección General de Gestión Administrativa de Personal de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria. Solicita que se anule dicha resolución y se le reconozcan los servicios prestados en la persona jurídica fundacional para el cálculo de antigüedad a los efectos de trienios con el argumento de la naturaleza de Administración Institucional de la Fundación. El Tribunal desestima el recurso.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—Resulta incontrovertido que la *Fundación Terra Chá* es una Fundación instrumental de la Xunta de Galicia y, como tal, una entidad con personalidad jurídica propia y diferenciada y sujeta al Derecho privado en toda su extensión. La condición pública de la Fundación se evidencia en el desempeño por altos cargos autonómicos de la Presidencia de su Patronato y Dirección Ejecutiva, en la financiación final con los fondos autonómicos, en sus fines de interés público, en su anotación registral con carácter público y el uso de imagen corporativa, entre otros. Las Fundaciones del sector público pertenecen a lo que doctrinalmente se ha calificado como «huida del Derecho Administrativo», o técnica para reclamar la aplicación del Derecho privado con mayores cotas de flexibilidad que el Derecho público, y cuyos excesos provocaron la corriente calificada gráficamente de «persecución del Derecho Administrativo» y que se expresa en la vocación de la legislación sectorial de extender tímidamente su manto aplicativo a tales entes instrumentales.

Sin embargo, solo en generosos términos retóricos y con amplia flexibilidad doctrinal cabe englobar las fundaciones públicas bajo la etiqueta de Administración Institucional pues cuando la LOFAGE se refiere a los Organismos Públicos deja fuera de su ámbito a las Fundaciones Públicas, cuya regulación es la Ley 50/2002, de Fundaciones (arts. 44 a 46), o sus homólogas autonómicas para su respectivo ámbito.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 16 de julio de 2013. Ponente: D. Juan Carlos Zapata Hajar

Extinción de una fundación: existencia de patrimonio suficiente para cumplir con el fin fundacional: no concurre causa de extinción. Devolución de la aportación inicial y reparto del resto de los bienes: contrario al ordenamiento jurídico y a los Estatutos.

HECHOS.—El Colegio de Procuradores crea la *Fundación Generoso Peiré* para ayudar a los colegiados y sus familiares que tengan necesidades asistenciales en estado de jubilación, invalidez o fallecimiento, acordándose una aportación inicial de cada colegiado y posteriores del Colegio para su sostenimiento, siendo esto último imposible después de que en 2009 se impidiera legalmente que las Corporaciones hicieran aportaciones dinerarias a estas Fundaciones, hecho que provoca que se acordara la extinción de la entidad fundacional y el reparto de las aportaciones iniciales de cada colegiado y el resto en proporción a la antigüedad y proporción. El Protectorado no ratifica este acuerdo por no existir causa para liquidar por imposibilidad de realización del fin fundacional (patrimonio de 136.000 euros) y por no ser posible la liquidación del patrimonio resultante de la forma prevista, contraria a los Estatutos y al ordenamiento jurídico. Contra esta actuación recurre la persona jurídica fundacional, recurso que es desestimado por el órgano jurisdiccional.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—Los artículos 31 y 32 de la Ley de Fundaciones recogen las causas y formas de extinción de las mismas, requiriéndose para este supuesto de hecho acuerdo del Patronato ratificado por el Protectorado o, en defecto, resolución judicial motivada. No concurre aquí causa de extinción por falta de fondos para atender a las necesidades sociales y asistenciales que imponen los Estatutos si aún resta patrimonio suficiente para estas actividades para las que se creó la Fundación.

En cuanto a la liquidación de la entidad, el artículo 33 del citado texto indica el destino posible de los bienes y derechos resultantes y, si bien se permite a los Estatutos prever el fin de los mismos, la devolución de la aportación inicial y el reparto del resto no se ajusta a lo establecido en el artículo 33 de los Estatutos que señalan como destinatario al Il. Colegio de Procuradores de Zaragoza y, en su defecto, a la Fundación o Entidad no lucrativa que decida el Patronato. Se vulnera claramente este precepto sin que el reparto propuesto sea una prestación que se base en necesidad alguna de conformidad con los fines fundaciones del artículo 3 de los Estatutos, sino un simple intento de justificar una propuesta de liquidación que no se atiene a las normas de funcionamiento de la Fundación.

A la vista de lo expuesto, el Protectorado no solo no se ha excedido de sus funciones en el control de la extinción y liquidación de la Fundación, sino que si no lo hubiera hecho hubiera incumplido las normas aludidas.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a), de 31 de mayo de 2013. Ponente: D. Mariano Espinosa de Rueda Jover

Deducción por donativos a entidades sin fines de lucro: sustitución de la Ley 30/1994 por la Ley 49/2002: régimen fiscal especial del Título II de carácter opcional: no ejercicio de la opción: deducción improcedente.

HECHOS.—Un entidad mercantil interpone recurso contencioso-administrativo contra la Resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de Murcia que confirma la liquidación provisional por Impuesto de Sociedades del ejercicio 2004, de la que resulta una deuda como consecuencia de eliminar las deducciones por donativos a entidades sin fines de lucro aplicadas por la aportación a una Fundación. El Tribunal desestima el recurso, confirmando la liquidación por ser ajustada a Derecho.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—La fundación receptora de las aportaciones está clasificada como tal Fundación de carácter sanitario e inscrita en el Registro de Fundaciones Asistenciales. Si bien presentó en 2002 solicitud de acreditación en los términos previstos en el artículo 46 de la Ley 30/1994, requisito para disfrutar de los beneficios fiscales establecidos en el Título II de la norma citada, en el período en que se aplicaron las deducciones en el supuesto enjuiciado (2004) ya regía la nueva normativa (Ley 49/2002) y, por consiguiente, la aplicación del régimen especial estaba condicionado al cumplimiento de todos los requisitos exigidos al mismo.

Siendo un régimen voluntario podían aplicarlo las entidades que cumplieran los requisitos exigidos en la norma de 2002, que hubieren optado por él y hubieren comunicado la opción a la Administración tributaria a través de la declaración censal, aplicándose entonces este régimen especial al período impositivo que finalizase con posterioridad a la fecha de la presentación de la declaración censal en que se tuviera la opción y a los sucesivos. Dado que se trataba de un régimen opcional y que el obligado tributario no ejercitó su opción hasta 2007, a la fundación del supuesto de hecho no le era de aplicación el régimen fiscal establecido en el título II de la Ley 49/2002, no habiendo por tanto lugar a la aplicación de las deducciones en él previstas.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 10 de octubre de 2012. Ponente: D. Antonio Ezquerro Huerva

Constitución de una fundación: legitimación de la Comunidad de Regantes para ser fundadora por ser una entidad jurídico-pública sin prohibición al respecto; fines fundacionales en consonancia con las funciones de la Comunidad de Regantes; no es un problema sino un requisito que los beneficiarios no sean los propios comuneros: acuerdo para la constitución de la persona jurídica fundacional válido.

HECHOS.—Una Comunidad de Regantes adopta por mayoría el acuerdo de constituir una fundación, la aprobación de sus estatutos así como el nombramiento de los miembros de su Junta de Gobierno. Dos de los comuneros interponen recurso ante la Confederación Hidrográfica del Ebro, interesando la anulación de dicho acuerdo, recurso que es estimado por falta de legitimación de la Comunidad de Regantes para constituir fundaciones, por la ajeneidad de los fines fundacionales respecto de los que la legislación atribuye a las Comunidades de Regantes y, por último, por no ser los beneficiarios exclusivamente los regantes comuneros sino toda la población en la que se ubica la Comunidad.

La Comunidad de Regantes interpone recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de la Confederación Hidrográfica del Ebro. El Tribunal Superior de Justicia estima el recurso y anula la citada Resolución.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—El artículo 8.4 de la Ley 50/2002 consagra una suerte de legitimación genérica para que las personas jurídico-públicas puedan constituir fundaciones salvo que la normativa específica se lo prohíba. Ni de la legislación general de aguas ni de las ordenanzas de la Comunidad de Regantes se deduce prohibición alguna en tal sentido, con lo que hay que concluir reconociendo la legitimación de dicha Comunidad de Regantes —corporación de Derecho público y entidad jurídico-pública— para la constitución de fundaciones.

Respecto del encaje de las concretas funciones asignadas a la Fundación controvertida con las propias de la Comunidad de Regantes, los fines no resultan ajenos a la actividad comunitaria pues tienen que ver con la gestión de las aguas, la agricul-

tura y la ganadería, si bien en sus vertientes formativas, educacionales y divulgativas. Restringir las funciones de una supuesta fundación a las que han de desempeñar las Comunidades por imperativo legal —vinculadas todas ellas al aprovechamiento hidráulico del que son concesionarias— conduciría al contrasentido de negar cualquier posibilidad de crear dicha fundación pues supondría atribuir el desempeño de dichas funciones públicas.

En cuanto a la circunstancia de que los beneficiarios de la fundación controvertida no sean los propios comuneros, no solo no es un obstáculo para la validez de la constitución, sino que ha de reputarse como condición indispensable para dicha validez: el artículo 3.2 de la Ley 50/2002 señala que en ningún caso podrán constituirse fundaciones con la finalidad principal de destinar sus prestaciones al fundador o a los patronos, a sus cónyuges o personas ligadas con análoga relación de afectividad, o a sus parientes hasta el cuarto grado inclusivo, así como a personas jurídicas singularizadas que no persigan fines de interés general.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 8.ª), de 13 de junio de 2013. Ponente: Dña. María Fe Ortega Mifsud

Responsabilidad de los miembros del Patronato: responsabilidad derivada de acto contrario a la Ley o a los Estatutos: necesario desconocimiento o conducta positiva a evitar el daño: inactividad de la Fundación más allá de su constitución: responsabilidad de la Secretaria inexistente.

HECHOS.—Desde la inscripción en 2006 en el Registro de Fundaciones de la *Fundación Venezolana Española de la Comunidad Valenciana*, ésta no ha presentado cuentas ni presupuestos anuales ni existe constancia de su funcionamiento ni del cumplimiento de sus fines fundacionales. Instado el expediente de extinción, no consta el destino que los Patronos han dado a la dotación de la Fundación, formulando la Generalitat Valenciana demanda contra la Fundación, instando su extinción, y contra los Patronos, para que rindan cuentas al Protectorado de su administración. La sentencia de instancia estima la demanda, formulando recurso de apelación Dña. Valle, la Secretaria del Patronato, única demandada no declarada en rebeldía. La recurrente niega su responsabilidad por no haber ostentado en la práctica el cargo (al que había accedido ante una situación precaria y el ofrecimiento de un trabajo como secretaria a cambio de su colaboración en la persona jurídica fundacional), pues el Patronato delegó todas las facultades en su Presidente. El recurso es estimado por la Audiencia Provincial.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—Teniendo en cuenta lo dispuesto respecto del Secretario del Patronato en la Exposición de Motivos de la Ley 50/2002, y a la vista de los artículos 14 y 15 del mismo texto legal, así como del 17, referentes a los órganos de Gobierno de la Fundación y la responsabilidad de los patronos, respectivamente, el órgano jurisdiccional manifiesta que del patrono se espera una conducta activa pues a la Ley de Fundaciones no le basta con que no haya intervenido en la adopción de un acuerdo que cause perjuicios a la entidad sino que exi-

ge su desconocimiento y, si lo conocía, su decidida conducta positiva desarrollando todo lo necesario para evitar el daño. La actividad de la apelante como Secretaria queda reducida a los actos fundacionales pues más allá de la constitución de la Fundación no existió actividad alguna. La responsabilidad deriva de un acto contrario a la Ley o a los Estatutos, no constando, sin embargo, que en los documentos constitutivos —escritura— hubiera tal acuerdo o acto, por lo que ninguna responsabilidad se le puede exigir.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5.ª), de 10 de junio de 2013. Ponente: D. Pedro Antonio Pérez García

Responsabilidad de los patronos: no cabe la aplicación analógica de las reglas de responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles por faltar la igualdad jurídica entre ambos supuestos: la responsabilidad de los patronos debe ser menos rigurosa que la de los administradores: cargo gratuito, falta de preparación técnico-jurídico: responsabilidad inexistente.

HECHOS.—La Fundación Asza Aragón Accesible interpone demanda contra D. Armando, Presidente y Patrono de la misma, solicitando indemnización por un acuerdo adoptado respecto del contrato de trabajo de una empleada que dio lugar a una posterior reclamación laboral. El Tribunal de Primera Instancia desestima la demanda y absuelve a D. Armando, corriendo la misma suerte el recurso de apelación.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—Con cita de los artículos 17 de la Ley 50/2002, 13 del Reglamento de Fundaciones de competencia estatal y los artículos 20 y 24 de los Estatutos de la Fundación del supuesto de hecho, todos ellos referidos a las funciones y responsabilidad de los patronos y el Presidente del Patronato, no puede apreciarse que concurren los presupuestos exigidos por el artículo 4.1 del Código civil para la aplicación analógica a los patronos de la fundación de los artículos 133, 135 y 262 de la Ley de Sociedades Anónimas, sobre responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles por faltar la igualdad o similitud jurídica esencial entre el caso que se pretende resolver y el ya regulado y debiendo ser menos rigurosa la responsabilidad exigible a los patronos que a los administradores. Para llegar a esta conclusión, se tiene en cuenta el carácter gratuito con el que el demandado prestaba sus servicios a la Fundación actora, su falta de preparación técnico-jurídica para la adopción del acuerdo objeto de controversia y la acreditación de que, además de haber actuado correctamente, la tramitación material de las decisiones a ejecutar debería corresponder a la gestoría contratada al efecto, excediendo la ejecución del acuerdo de las competencias propias del demandado, esencialmente representativas y de alta dirección.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 3.ª), de 30 de mayo de 2013. Ponente: D. Jesús Souto Herrerros

Contrato de cesión de uso: bien directamente vinculado con el fin fundacional, gravamen del bien con cesión gratuita, no autorización preceptiva del Protectorado: nulidad radical del contrato.

HECHOS.—El Patronato de la *Fundación San Miguel* interpone demanda contra una entidad mercantil entendiendo que el contrato de cesión de uso de un inmueble que se había llevado a cabo entre ambas personas jurídicas es nulo de pleno derecho por no haber atendido al cumplimiento de determinados requisitos exigidos en la Ley de Fundaciones. La demanda se desestima en Primera Instancia, siendo estimado, sin embargo, el recurso de apelación que interponen los demandantes-recurrentes.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—Es aplicable al supuesto de hecho la nulidad de pleno derecho de los actos contrarios a normas imperativas y prohibitivas del artículo 6.3 del Código civil, en relación con el artículo 21.1.2 de la Ley 50/2002, referente a los requisitos para la enajenación y gravamen de bienes y derechos que formen parte de la dotación o estén especialmente vinculados con el cumplimiento de los fines fundacionales, regulación que pretende hacer efectivo el sometimiento de las fundaciones a la tutela y protección de los poderes públicos, como garantía de cumplimiento de la voluntad fundacional, dirigida a la consecución de un interés general o público. El hecho de que bien objeto de litigio esté directamente vinculado al cumplimiento de los fines fundacionales, que el acto de otorgamiento del contrato de cesión de uso no contara con la autorización preceptiva del Protectorado y que dicho negocio jurídico supone un claro gravamen del bien —se procede a la cesión gratuita del inmueble sin cobrar renta simplemente a cambio de que el cesionario cumpla las obligaciones propias de un arrendatario, durante 25 años prorrogables— lleva consigo la nulidad radical del contrato pues con este hecho se ha dejado sin efectividad una norma que persigue un fin que trasciende más allá de cuestiones estrictamente económicas puesto que va dirigido a la protección del interés público. Puede entenderse, asimismo, vulnerada la norma prohibitiva del artículo 1548 del Código civil, entendiéndose aquí por administradores del bien a los Patronos de la Fundación y por poder especial la preceptiva autorización del Protectorado.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 5.^a), de 11 de marzo de 2013. Ponente: Dña. Covadonga Sola Ruiz

Derecho de uso sobre finca propiedad de una Fundación: no constituye un mero acto de gestión sino un derecho impuesto a voluntad del fundador a favor de terceros y elevado a público: no cabe modificación unilateral posterior; las normas de uso a favor de terceros no son contrarias al artículo 3.2 de la Ley 50/2002 ni causan perjuicio a la Fundación: derechos de uso vigentes.

HECHOS.—La *Fundación Rubió Tudorí Andrómaco*, constituida en 1987 para el fomento y desarrollo de la cultura, promoción y divulgación de temas científicos y técnicos relacionados con la Isla de Menorca, es adjudicataria, entre otros bienes, de una finca mediante escritura de disolución de la sociedad de la que era socio mayoritario el fundador de la persona jurídica fundacional. El Patronato estaba integrado en parte por personas designadas con carácter personal y vitalicio y en parte por otras designadas por razón del cargo que os-

tentaban, si bien el fundador se reservó para sí la totalidad de las facultades rectoras hasta la fecha de su muerte. En 1993 acuerda el Patronato por unanimidad establecer las normas de uso de la citada finca propiedad de la Fundación, permitiéndose, además de su uso normal por la entidad, el disfrute por parte de la familia del fundador para sus vacaciones y días de ocio. Tras el fallecimiento del fundador, e instituida heredera universal de todos sus bienes la Fundación, el Patronato acuerda en 2001 la anulación de dichas normas de uso por constituir un derecho puramente personal y ser una importante carga financiera para la economía de la entidad fundacional.

Interpone demanda la Fundación interesando que se declare que el derecho de uso sobre la citada finca pretendido por los familiares —demandados— es inexistente y nulo por haber sido revocado por el Patronato de la Fundación y violar mandato expreso de la Ley de Fundaciones. Frente a esto, los demandados oponen que la precaria situación de la persona jurídica se debe a otras causas, que el acuerdo sobre derechos de uso fue adoptado por el Patronato y constituye el establecimiento de una norma impuesta por el fundador que debe ser asumida por la Fundación y que no se trata de un acto ordinario de gestión sino de un acto que estipula derechos a favor de terceros, elevado a público por su Fundador y que constituyó su última y definitiva voluntad, siendo este uso compatible con el uso normal de la finca y costeándose los beneficiarios los gastos que genere su estancia. Niegan, además, que en 2001 el Patronato acordara la anulación de dichos derechos. La sentencia de instancia desestima la demanda, contra cuyo pronunciamiento se alza la parte actora interponiendo un recurso de apelación, recurso que es igualmente desestimado por la Audiencia Provincial.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—Las normas de uso establecidas por acuerdo del Patronato no constituyen un mero acto de gestión, adoptado por el Patronato, son la constitución de una obligación a favor de terceros que, como acto de disposición llevó a cabo el fundador, vinculando con su voluntad a la propia Fundación, por lo que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1256 del Código civil, no pueden ser revocadas unilateralmente. Fue voluntad del fundador la de constituir dichas normas de uso y como tal, por sí sola, vincula a la Fundación conforme determina el artículo 2 de la Ley 50/2002, lo que se desprende, no solo del hecho de que el fundador se reservara todas las facultades del Patronato sino también porque dicho acuerdo lo hace no tan solo por las facultades conferidas por acuerdo del Patronato sino también en su calidad de fundador. Por otra parte, los acuerdos posteriores no revelan claramente la intención de revocar las normas de uso sino simplemente evidencian la existencia de desacuerdos entre los patronos al respecto.

Las normas de uso controvertidas no son contrarias a la Ley estatal de Fundaciones pues lo que prohíbe esta norma es que la finalidad principal de la persona jurídica fundacional no sea otra que destinar sus prestaciones a determinadas personas (artículo 3.2), siendo claro en el supuesto de hecho que la finalidad primordial de la Fundación no es amparar dicho uso, que ni siquiera figura en los fines funda-

cionales. Además, no se ha probado el perjuicio económico a la Fundación que alega la demandante siendo el uso particular totalmente compatible con el cumplimiento de dichos fines fundacionales.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5.^a), de 25 de enero de 2013. Ponente: D. Javier Seoane Prado.

Gratuidad del cargo de patrono: retribución de la Fundación como patrono no acreditada: sumas recibidas por la Directora de la persona jurídica por la ayuda en la prestación de servicios profesionales: gratuidad no infringida.

HECHOS.—La *Fundación Asza Aragón Accesible* interpone demanda contra D. Héctor, Patrono de la misma, en reclamación de responsabilidad en la gestión y de cantidad, siendo estimada parcialmente la demanda, en la medida en que se condena al demandado al pago de una suma de dinero pero se le absuelve de la declaración de responsabilidad. La Fundación interpone entonces recurso de apelación solicitando que se declarara responsable al recurrido por haber realizado actos contrarios a la Ley o a los Estatutos fundacionales y sin la diligencia con la que se debía representar el cargo, al haber percibido por parte de la Directora de la Fundación pagos mensuales de 200 euros que la misma detraía de los 500 euros que factura mensualmente a la persona jurídica en el marco de un contrato de servicios profesionales, lo que quebranta la gratuidad del cargo de patrono. El demandado, si bien reconoce haber percibido dichas cantidades, niega que fuera en concepto del cargo de patrono sino como retribución por el trabajo que hacía para la Directora. El recurso es desestimado por la Audiencia Provincial.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—El demandado no percibe cantidad alguna de la Fundación sino de la Directora de la misma, quien admite que D. Héctor trabajó con ella en el desempeño de los servicios que tenía contratados con la actora. No se ha acreditado que el demandado haya percibido suma alguna por razón de su condición de patrono y menos que se hubiera valido de su condición de patrono para imponer la continuación de los servicios profesionales que tenía contratados con la Fundación y con su fundadora.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 6 de noviembre de 2012. Ponente: D. Ángel Márquez Romero

Fundaciones del Sector Público Local: aportación o representación mayoritaria de la entidad local, entidades vinculadas o dependientes; comparte finalidad de servicio público.

HECHOS.—Al hilo de un proceso penal en el que se juzga si determinados hechos son constitutivos del delito de cohecho, se plantea la naturaleza de la *Fundación Socio-Asistencial Mercasevilla* en aras a concretar la inclusión de algunos en la figura del funcionario público de Derecho penal. La Audiencia Provincial concluye a favor de considerar la citada Fundación como una entidad pública a los efectos de aplicación del artículo 24 del Código penal.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—La *Fundación Socio-Asistencial Mercasevilla*, constituida por la entidad mercantil Mercasevilla y en cuyo Patronato se asegura una mayoría de cargos de la misma, es una Fundación del Sector Público local, siéndole de aplicación supletoria y analógica los artículos 44 y siguientes de la Ley 50/2002 y los artículos 55 y siguientes de la Ley 10/2005, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Así lo establece el artículo 40 de la Ley 5/2010 de Autonomía Local de Andalucía (y en la misma línea, el artículo 3.1.f) de la Ley de Contratos del Sector Público), según el cual tendrán consideración de fundaciones públicas locales aquellas que se constituyan con una aportación mayoritaria de la entidad local, entidades vinculadas o dependientes o con un patrimonio fundacional que esté formado en más de un 50 por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por estas entidades, o bien aquellas en las que la entidad local tenga una representación mayoritaria.

Además, la referida Fundación tiene entre sus fines contribuir a la mejora de la prestación del servicio público de mercado mayorista alimentario, compartiendo la función con Mercasevilla, S.A.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19.ª), de 11 de octubre de 2012. Ponente: D. Nicolás Díaz Méndez

Adopción de acuerdos por el Patronato: no está prohibido el voto de calidad del Presidente en los Estatutos; expresamente establecido con carácter imperativo por el Reglamento de Fundaciones de competencia estatal: nulidad del acuerdo improcedente.

HECHOS.—Se interpone demanda siendo el objeto de la controversia si el voto del Presidente del Patronato es o no privilegiado y solicitando la parte recurrente la nulidad de un acuerdo concreto por considerar que ni los Estatutos ni ninguna norma legal faculta al Presidente para arrogarse el voto de calidad y debiendo operar el silencio en sentido contrario. Los Estatutos fundacionales iniciales expresamente señalaban que el en caso de empate el voto del Presidente sería decisivo, siendo esta mención eliminada en una posterior redacción estatutaria de adaptación a la Ley 50/2002. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda de igual modo que la Audiencia Provincial hace con el recurso de apelación que plantean los recurrentes.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—El artículo 14.1 de la Ley 50/2002 establece que los acuerdos del Patronato se adoptarán por mayoría, remitiendo a los términos establecidos en los Estatutos de la fundación. En el supuesto de hecho existe el vacío de qué ocurre en caso de no conseguirse esa mayoría por resultar empate, lo que puede entenderse en el sentido de que el acuerdo no es aprobado o bien entender el voto del presidente como de calidad, siendo esta última la vía que se establecía en los iniciales Estatutos, que sufrieron una posterior reforma en la que se suprimió la mención. La nueva redacción que se da a los Estatutos, sin embargo, hay que entenderla, no como derogación expresa ni tácita de la anterior sino como meramente reformadora para adaptarlos a la normativa vigente de fundaciones.

A la luz de lo establecido por la Ley 50/2002, no se puede entender el voto de calidad del Presidente como incompatible con el de mayoría, pues viene establecido a modo de solución al supuesto de empate y en aras de facilitar el desarrollo y desenvolvimiento de la Fundación, siendo coherente con las amplias facultades que el propio artículo 17 de los Estatutos atribuye al Presidente, sin que haya razón o fundamento alguno para concluir que aparece prohibido estatutariamente ese voto de calidad. En más, el artículo 11 del Reglamento de fundaciones de competencia estatal expresamente establece el voto de calidad del Presidente con carácter imperativo, lo que hace que se haya de entender como el sistema más adecuado.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16.ª), de 3 de octubre de 2012. Ponente: Dña. Inmaculada Zapata Camacho

Constitución testamentaria de una fundación: incumplimiento de los albaceas del plazo de creación de la persona jurídica nombrada heredera universal: transcurridos más de 30 años sin constitución formal: insuficiencia del patrimonio según normativa vigente al tiempo de constituir: ineficacia de la institución de heredero.

HECHOS.—En testamento se designa heredera universal a la institución cultura privada que, bajo la denominación *Fundación Ramón Torras Huguet* y en el plazo de diez años, habrían de crear sus albaceas universales, falleciendo el testador en 1978. Aceptaron en 1989 los albaceas el cargo y, en la misma escritura, procedieron a inventariar los bienes de la herencia, entregar los legados y a crear la citada Fundación, aprobando sus estatutos, nombrando el primer Patronato que la había de regir y con una dotación cifrada en 12.020.000 pesetas. En 2004, el Presidente de la Fundación solicita la inscripción de la persona jurídica, solicitud ante la que se le indica que para la constitución de una fundación era precisa una dotación inicial de 30.000 euros.

En 2008 interpone demanda la sobrina del testador contra los albaceas vivos en ese momento interesando la declaración de caducado del cargo de los albaceas universales, su rendición de cuentas así como ineficacia del nombramiento de la Fundación como heredera del causante dada la imposibilidad de su constitución como persona jurídica y, por tanto, la ineficacia del testamento. La demanda es estimada, interponiéndose contra ella recurso de apelación por parte de una de las albaceas. Solo se estima el recurso en lo que a imposición de costas a cargo de la recurrente se refiere, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—A pesar de que merece el máximo respeto el principio general de conservación del negocio jurídico del que, en derecho sucesorio, constituye manifestación el del *favor testamentii*, es evidente que tal principio no puede llevar a obviar la aplicación de normas imperativas como la de duración del albaceazgo, máxime cuando tardaron casi once años en aceptar el cargo y después de más de treinta años del fallecimiento del causante, sigue sin haberse constituido la Fundación que habría de adquirir la condición de heredera, siendo absolutamente incierta la posibilidad de que pueda llegar a crearse, agotadas las sustituciones

previstas en el testamento y sobreviviendo solo dos de los tres albaceas a los que de forma mancomunada había encargado el testador constituir la entidad.

En igual sentido cabe argumentar en cuanto a la imposibilidad de que un futuro se llegue a constituir la fundación, vista la insuficiencia de la dotación inicial asignada por los albaceas a partir de las instrucciones del causante. No se puede acoger el argumento de que la libertad de este último para disponer *mortis causa* de sus bienes no puede quedar cercenada por la normativa posterior, cuya variación no pudo prever. En la fecha de interposición de la demanda no solo no se había creado en forma la Fundación ordenada por el causante —la inscripción tiene carácter constitutivo por lo que nula eficacia cabe reconocer a la escritura otorgada por los albaceas en 1989— sino que en virtud de lo dispuesto por el artículo 5 de la Ley 5/2001, resultaba de imposible constitución: se exigía que la dotación inicial, consistente en una aportación de dinero o de bienes o derechos valorables económicamente, libres de cargas que impidan o limiten de una manera significativa su utilidad para la fundación fuera suficiente para llevar a cabo las actividades fundacionales, previsión que el Protectorado había interpretado en el sentido de que era precisa una dotación de, al menos, 30.000 euros.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14.^a), de 29 de junio de 2012. Ponente: D. Pablo Quecedo Aracil

Responsabilidad de los patronos exigida por el Protectorado: responsabilidad legal, no responsabilidad extracontractual; el Protectorado no es un tercero: prescripción según el plazo ordinario del artículo 1964 Código civil. Gestión deficiente probada en las actuaciones del Patronato: deficiencias en cuentas anuales, confusión de patrimonio y actividades con los de otra entidad, no cumplimiento de las recomendaciones del Protectorado: responsabilidad existente.

HECHOS.—La Comunidad de Madrid interpone demanda contra la *Fundación Latep Afanías*, solicitando que se declarara su extinción por imposibilidad de realización del fin fundacional, así como contra patronos de la misma por responsabilidad en el desempeño de sus cargos, habiendo omitido la obligación de informar y aclarar acerca de la pérdida de beneficios fiscales, pérdida del patrimonio fundacional e incremento de deudas contraídas por la entidad.

El Juzgado de instancia estima la demanda, resolución que es recurrida en apelación por el Patronato y por Dña. Teresa, miembro del mismo, no en ese momento sino en un período anterior. Los motivos que alega el Patronato se refieren, por un lado, a la prescripción de la acción —argumentando que el Protectorado actúa como tercero ejercitando una acción de responsabilidad extracontractual que está sujeta al plazo del artículo 1986 del Código civil—, y, por otro, de error en la valoración de la prueba de los hechos —al haberse quedado el Patronato en un momento determinado con cuatro miembros y sin poder tomar decisiones, sin que el Protectorado, conocedor de esta situación, tomara medida alguna al respecto—. Por su parte, el recurso de Dña. Te-

resa se centra en que durante su período de gestión no se le puede imputar hecho alguno porque no era patrona.

La Audiencia Provincial desestima el recurso del Patronato y estima el de Dña. Teresa.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—Respecto del plazo de prescripción. La responsabilidad de los patronos de las fundaciones es una responsabilidad legal y de carácter orgánico, propia y privativa del gestor, por su gestión que se deduce a título de culpa y, en su caso, de dolo, por la mala gestión, por no desempeñar la gestión de los bienes e intereses ajenos con la misma diligencia con que se gestionan los intereses propios (el artículo 17 de la Ley 50/2002 exige la diligencia de un representante leal). No es, por tanto, responsabilidad extracontractual y, no teniendo fijado un plazo especial de prescripción en la Ley de Fundaciones, se rige por el ordinario del artículo 1964 del Código civil. Por otro lado, lo importante para calificar la responsabilidad no está en el elemento subjetivo del que la exija, sino en su naturaleza en función de las relaciones jurídicas de las que nace, no siendo el Protectorado, en todo caso, un tercero sino el órgano supervisor y fiscalizador de las fundaciones, al que deben rendir cuenta de su gestión.

En cuanto a la gestión del Patronato, queda probada su deficiencia por los reiterados problemas con las cuentas, no inscritas en ocasiones por la cantidad de reservas y salvedades opuestas por las auditorías, las recomendaciones del Protectorado no cumplidas, la falta de inventario o de memoria de actividades o la constante confusión con el patrimonio y las actividades de una asociación vinculada, lo que en el ámbito mercantil hubiera supuesto la quiebra fraudulenta. El Patronato no es responsable de las actuaciones anteriores a su toma de posesión pero sí de las posteriores en tanto en cuanto no hicieron nada por resolver, clarificar o poner en orden la situación, sino que siguieron con el oscurantismo de las cuentas sin pedir desde el primer momento la disolución de la persona jurídica fundacional. De esta responsabilidad se exonera a Dña. Teresa en la medida en que los hechos que se persiguen son anteriores a su nombramiento y no parece que participara en ellos.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 9.ª), de 28 de mayo de 2012. Ponente: D. Andrés Montalbán Avilés

Contrato de arrendamiento celebrado entre el Vicepresidente y un tercero: cesión de un finca propiedad de la Fundación: los actos que exceden de gestión ordinaria son competencia de la Junta de la Fundación de forma indelegable: arrendamiento por 20 años y destino de la finca limitado por Estatutos, que son vulnerados: nulidad absoluta del contrato.

HECHOS.—D. Juan María, Vicepresidente de la *Fundación de la Comunidad Valenciana López Dols*, celebra con D. Abilio un contrato atípico por el cual la Fundación cedía a este último la finca propiedad de la persona jurídica sin ánimo de lucro durante el plazo de veinte años a cambio de que pusiese la finca en condiciones de ser explotada. La citada Fundación interpone demanda contra D. Juan María y D. Abilio solicitando la decla-

ración de que el dicho contrato se celebró sin conocimiento ni consentimiento de la entidad y que procede declarar su nulidad.

El Juzgado de instancia estima parcialmente la demanda, interponiendo recurso de apelación la Fundación, recurso que es estimado.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—Según los Estatutos de la Fundación, su órgano de gobierno es la Junta de la Fundación, a quien corresponde la representación de la Fundación y que, si bien tiene facultades para delegar, expresamente se dice que son indelegables los actos que excedan de la gestión ordinaria. Un arrendamiento por 20 años excede de las facultades de administración ordinaria con lo que a D. Juan María, aun ostentando el cargo de Vicepresidente y, en el reparto de áreas, teniendo atribuida la competencia sobre la finca litigiosa, ninguna facultad se le atribuía en lo que aquí importa: no puede considerarse que tal atribución incluya la facultad de contratación sobre dicha finca más allá de los actos de simple gestión pues no se dice expresamente y, además, el negocio jurídico que acordó D. Juan María es incompatible con la limitación que contienen los Estatutos en cuanto al objeto de la finca en cuestión (Granja Escuela, Centro de Experimentación Agraria y similares). El contrato está viciado de nulidad absoluta por celebrarse sin tener conocimiento, consentimiento ni autorización de la actora y por quien no ostentaba facultades para obligarla, a lo que se une la abierta vulneración de los Estatutos, que supone dejar sin efecto una disposición que persigue un fin que trasciende más allá de cuestiones estrictamente económicas puesto que va dirigido a la protección del interés público.

Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, de 7 de junio de 2012. Ponente: D. Juan Galo Carrasbal Onieva

Legitimación para entablar acciones en representación de una fundación: es necesario acreditar la decisión de litigar tomada por acuerdo del Patronato o el equivalente adoptado por el eventualmente apoderado para ello: legitimación inexistente.

HECHOS.—La *Fundación para el Estudio y la Promoción de la Acción Social* interpone recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de la Junta de Gobierno de la Villa de Bilbao en virtud de la cual se desestima el recurso especial en materia de contratación interpuesto contra la adjudicación de una serie de lotes. El Ayuntamiento recurrido aduce causa de inadmisibilidad del recurso por no haberse acreditado debidamente del cumplimiento de los requisitos para entablar acciones por parte de las personas jurídicas, pues el documento que se presenta es un poder especial dado por el apoderado en nombre de la Fundación. El órgano jurisdiccional inadmite el recurso.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—La LJCA introduce la obligatoriedad de acompañar al escrito de interposición el documento que acredite el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación. El documento que se entrega junto con el escrito de interposición del recurso no sirve para acreditar el cumpli-

miento de los requisitos exigidos ya que no se sabe quién es el otorgante del poder ni en qué términos se confiere y se desconoce si la persona otorgante del poder resulta debidamente facultada para decidir la interposición de la acción judicial.

Está ausente el acuerdo del órgano competente de la persona jurídica que autorice expresamente la interposición de un concreto proceso judicial, lo que requiere la acreditación vía estatutos o documento equivalente de que el órgano que adopta el acuerdo tiene competencias para ello, competencias que no son de representación sino de capacidad para decidir el ejercicio de la acción judicial. En el caso concreto, sería necesaria la acreditación del acuerdo del Patronato de la Fundación demandante de interponer el presente recurso contencioso-administrativo o el que hubiera sido su equivalente eventualmente adoptado por quien fuera, en su caso, apoderado con apoderamiento inscrito y cabal certificación de tal extremo conforme a la normativa en materia de fundaciones.

Índice

Presentación	15
<i>Javier Nadal Ariño</i>	

ESTUDIOS

La Sociedad Civil	21
<i>Javier Nadal Ariño</i>	

I. QUÉ ES SOCIEDAD CIVIL	21
II. QUIEN CONSTITUYE LA SOCIEDAD CIVIL	24
III. LA SOCIEDAD CIVIL EN ESPAÑA	26
1. <i>Actitudes y predisposición</i>	27
2. <i>Nivel de compromiso individual</i>	29
3. <i>Cómo se articula la sociedad civil en España</i>	33
4. <i>Actividad, impacto y recursos</i>	36
IV. EL IMPACTO DE LA CRISIS	38
1. <i>Primer problema: educación</i>	40
2. <i>Segundo problema: desempleo</i>	42
3. <i>Tercer problema: pobreza</i>	43
4. <i>Otras secuelas importantes</i>	45
5. <i>El impacto en los agentes</i>	46
6. <i>Nuevas respuestas a nuevas demandas</i>	48
V. LOS RETOS DE LA SOCIEDAD CIVIL	51
1. <i>Definir la agenda y responder adecuadamente a los problemas existentes</i>	52
2. <i>Mejorar la sostenibilidad con un modelo estable de financiación</i>	52
3. <i>Ganar independencia</i>	54
4. <i>Ser muy innovadores con el modelo de gestión</i>	54
VI. COMENTARIO FINAL	55
BIBLIOGRAFÍA	56

El régimen previsto para las fundaciones bancarias en la Ley de Cajas de ahorros y fundaciones bancarias	57
<i>Antonio Roncero Sánchez</i>	

I. INTRODUCCIÓN: LA TRANSFORMACIÓN DE LAS CAJAS DE AHORROS EN EL CONTEXTO DE LA REESTRUCTURACIÓN DEL SECTOR BANCARIO ESPAÑOL ..	57
---	----

II.	LA OPCIÓN POR LA ELABORACIÓN DE UN ESTATUTO JURÍDICO PROPIO DE LAS FUNDACIONES RESULTANTES DE LA TRANSFORMACIÓN DE UNA CAJA DE AHORROS A TRAVÉS DEL RÉGIMEN DE LAS FUNDACIONES BANCARIAS.	66
1.	<i>Consideraciones generales</i>	66
2.	<i>El ámbito de aplicación de la Ley sobre cajas de ahorros y fundaciones bancarias</i>	76
III.	RÉGIMEN BÁSICO DE LAS FUNDACIONES BANCARIAS SEGÚN LA LEY DE CAJAS DE AHORROS Y FUNDACIONES BANCARIAS	79
1.	<i>Concepto de fundación bancaria. En particular, el cómputo conjunto de las participaciones correspondientes a fundaciones que actúen concertadamente</i>	81
2.	<i>Caracterización de las fundaciones bancarias. El deber de transformación en fundación bancaria</i>	91
A)	Caracterización de las fundaciones bancarias: fines, objeto y naturaleza	91
B)	El deber de transformación en fundación bancaria.	99
3.	<i>Estructura y organización de las fundaciones bancarias.</i>	104
A)	Consideraciones generales. Órganos de la fundación bancaria, composición del patronato y otras normas de organización	104
B)	Requisitos para adquirir la condición de patrono de una fundación bancaria. En particular, la incompatibilidad entre el cargo de patrono y el ejercicio de cargos equivalentes en la entidad de crédito.	113
C)	Otros aspectos del estatuto jurídico de los miembros del patronato	120
4.	<i>Reglas de actuación de las fundaciones bancarias en relación con la gestión de su participación en una entidad de crédito.</i>	122
	BIBLIOGRAFÍA.	132
	Las Private Foundations en EE.UU.: una categoría fiscal	135
	<i>Marta Montero Simó</i>	
	<i>Juan-Cruz Alli Turrillas</i>	
I.	QUÉ SON Y CÓMO SON LAS <i>PRIVATE FOUNDATIONS</i>	136
1.	<i>Introducción: clarificando el contenido.</i>	136
2.	<i>La Private Foundation americana: cómo, cuándo y por qué surge.</i>	139
A)	El volumen de fundaciones privadas en los EE.UU. actuales	139
B)	Su origen histórico y las condiciones en que se desarrollaron	141
a)	El origen remoto comparado entre Inglaterra y el Continente.	141
b)	El origen y desarrollo inicial en los EE.UU	146
c)	Nacimiento de la «fundación» americana moderna.	152

C)	La aparición conceptual de la «fundación privada»	157
3.	<i>Concepto, naturaleza y clasificación de la fundación privada americana</i>	160
A)	El concepto y la naturaleza de la fundación privada	160
B)	Clasificación de fundaciones privadas	164
C)	Las nuevas figuras filantrópicas derivadas de la responsabilidad social de las empresas	168
II.	LA REGULACIÓN FISCAL DE LAS <i>PRIVATE FOUNDATIONS</i>	176
1.	<i>Las Private Foundations como entidades fiscalmente exentas</i>	176
2.	<i>Las sanciones impuestas por incumplimiento de sus obligaciones mediante excise taxes</i>	178
A)	<i>Excise taxes</i> impuestas por incumplimientos relativos a autocontratación	179
B)	Requisitos relativos a la distribución de beneficios y <i>excise taxes</i> como medida disuasoria ante la no distribución del patrimonio de estas entidades	181
C)	La <i>excise tax</i> impuesta por superar los límites de participación en otras entidades (<i>excess business holding</i>)	183
D)	Inversiones que ponen en riesgo a la <i>Private Foundation (jeopardizing investments)</i>	184
E)	La <i>excise tax</i> por incurrir en gastos prohibidos	185
3.	<i>Pérdida del status de Private Foundation</i>	187
4.	<i>Deducibilidad de las donaciones efectuadas a las Private Foundations</i>	187
III.	CONCLUSIONES	193
	BIBLIOGRAFÍA	198
	Filantropía de impacto: sus significados, sus promesas y sus escollos	205
	<i>Richard A. Marker</i>	
I.	INTRODUCCIÓN	205
II.	ANTECEDENTES Y CONTEXTO: EL «IMPACTO» EN EL MUNDO	206
III.	¿POR QUÉ EL IMPACTO SE HA CONVERTIDO EN EL OBJETIVO?	208
IV.	DE APOYO ORGANIZATIVO A MEDIDAS DE RESULTADOS: PRIMEROS PASOS HACIA EL IMPACTO	210
V.	FOMENTO DE LAS CAPACIDADES Y ASISTENCIA TÉCNICA	211
VI.	FINANCIACIÓN BASADA EN LAS PRUEBAS	213
VII.	FILANTROPÍA DE ENFOQUE EMPRESARIAL (« <i>VENTURE PHILANTHROPY</i> »)	215
VIII.	SISTEMAS DE « <i>ESCALA Y REPLICACIÓN</i> »	216
IX.	EL CAMBIO SISTÉMICO PRECISA DE ALGO MÁS QUE «IMPACTO»: ENFOQUES INTERSECTORIALES	219
X.	CONCLUSIONES	225

Una fiscalidad para las fundaciones y el mecenazgo en Europa	227
<i>Silvia López Ribas</i>	
I. PRESENTACIÓN	227
II. FISCALIDAD DE LAS RENTAS EUROPEAS OBTENIDAS POR FUNDACIONES RESIDENTES EN TERRITORIO ESPAÑOL.	229
1. <i>Régimen fiscal regulado en el Título II de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo</i>	230
A) <i>Ámbito subjetivo</i>	230
B) <i>Rentas exentas</i>	231
C) <i>Determinación de la base imponible</i>	232
D) <i>Tipo de gravamen.</i>	232
E) <i>Rentas de fuente extranjera.</i>	232
2. <i>Régimen fiscal de las entidades parcialmente exentas regulado en el capítulo V del título VII del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo</i>	234
A) <i>Ámbito subjetivo</i>	234
B) <i>Rentas exentas</i>	235
C) <i>Rentas no exentas.</i>	235
D) <i>Base imponible.</i>	235
E) <i>Tipo de gravamen.</i>	236
F) <i>Rentas de fuente extranjera.</i>	236
III. FISCALIDAD DE LAS RENTAS OBTENIDAS EN ESPAÑA POR FUNDACIONES RESIDENTES EN OTRO ESTADO MIEMBRO DE LA UNIÓN EUROPEA	236
1. <i>Delegaciones en España de fundaciones de Estados miembros de la Unión Europea.</i>	236
2. <i>Otros establecimientos permanentes en España de fundaciones de Estados miembros de la Unión Europea</i>	239
3. <i>Rentas obtenidas en territorio español por fundaciones de otros Estados miembros de la Unión Europea sin delegación/establecimiento permanente en España.</i>	241
IV. RÉGIMEN FISCAL DEL MECENAZGO ESPAÑOL A FAVOR DE FUNDACIONES EUROPEAS CON PRESENCIA EN TERRITORIO ESPAÑOL	244
V. RÉGIMEN FISCAL DEL MECENAZGO DE RESIDENTES EN OTRO ESTADO MIEMBRO EUROPEO A FAVOR DE FUNDACIONES RESIDENTES EN ESPAÑA Y DE FUNDACIONES DE OTROS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA CON PRESENCIA EN ESPAÑA	247
1. <i>Contribuyentes del IRNR sin establecimiento permanente en territorio español.</i>	247
2. <i>Contribuyentes del IRNR con establecimiento permanente en territorio español.</i>	249

VI.	¿HACIA UN ESTATUTO DE LA FUNDACION EUROPEA?.....	251
1.	<i>Estatuto de la Fundación Europea</i>	251
2.	<i>Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea</i>	256
3.	<i>Modificaciones normativas.</i>	259
VI.	CONCLUSIONES	260
Fundaciones y crisis económica. Concurrencia de causas de extinción y destino del patrimonio fundacional		263
<i>Ernesto Vidal Llarío</i>		
I.	INTRODUCCIÓN	263
II.	SITUACIONES DE CRISIS COMO CAUSA DE EXTINCIÓN LEGAL DE UNA FUNDACIÓN.	264
1.	<i>Contexto económico y fundacional de crisis</i>	264
2.	<i>Concurrencia legal de causas de extinción.</i>	265
III.	DESTINO DEL PATRIMONIO FUNDACIONAL	268
1.	<i>Marco legal regulatorio del patrimonio fundacional</i>	268
2.	<i>Requisitos legales del destinatario de los bienes.</i>	270
A)	Entidad no lucrativa privada	270
B)	Que persigan fines de interés general	271
C)	Tener afectados sus bienes a la realización de fines de interés general incluso en el caso de su propia disolución	272
IV.	CONCLUSIONES	277
V.	BIBLIOGRAFÍA	277
La disposición patrimonial sin autorización administrativa previa en las fundaciones (a propósito de una fundación sospechosa)		279
<i>César Hornero Méndez</i>		
I.	LA SOSPECHA SOBRE LAS FUNDACIONES.	279
II.	LOS HECHOS DE UNA FUNDACIÓN SOSPECHOSA (Y LAS SENTENCIAS QUE LOS ENJUICIAN)	284
III.	LA DISPOSICIÓN DEL PATRIMONIO FUNDACIONAL	289
IV.	LA DISPONIBILIDAD DE LOS BIENES DE LA FUNDACIÓN VINCULADOS DIRECTAMENTE AL CUMPLIMIENTO DE SUS FINES.	296
V.	LA SANCIÓN POR EL INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE LA AUTORIZACIÓN PREVIA, CUANDO SE PRETENDE DISPONER DEL PATRIMONIO DE LA FUNDACIÓN	299
VI.	MÁS SOBRE LAS CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS PREVISTOS PARA LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN DEL PATRIMONIO FUNDACIONAL REALIZADOS POR EL PATRONATO	304
VII.	CONCLUSIÓN: CÓMO ACABAR CON LA SOSPECHA	317
VIII.	BIBLIOGRAFÍA	318

CRÓNICA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Andalucía. Cooperación internacional para el desarrollo y novedades en materia de fundaciones	323
<i>Manuel Rodríguez Portugués</i>	
I. LA STS DE 2 DE OCTUBRE DE 2013: LA EXTINCIÓN DE FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO Y LA INTEGRACIÓN DE SU PERSONAL EN ENTIDADES INSTRUMENTALES DE DERECHO PÚBLICO NO RESULTA CONTRARIO AL ARTÍCULO 23.2 CE	323
II. EL RÉGIMEN DE LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL AL DESARROLLO EN ANDALUCÍA	326
1. <i>Competencias y legislación de la Comunidad Autónoma en materia de cooperación internacional al desarrollo.</i>	326
2. <i>Principios e instrumentos de la política andaluza de la cooperación internacional al desarrollo.</i>	328
3. <i>Organización. En especial, la inadecuada configuración de la Agencia Andaluza de Cooperación Internacional para el Desarrollo como agencia pública empresarial y la irregular actividad subvencional de la Mesa del Parlamento de Andalucía</i>	331
Las fundaciones en Asturias	337
<i>Alejandro Huergo Lora</i>	
<i>Javier García Luengo</i>	
I. INTRODUCCIÓN	337
II. NOVEDADES JURISPRUDENCIALES.	338
1. <i>El caso FASAD, la condición de medio propio de una fundación pública.</i>	338
2. <i>El caso FUSBA. La aplicación de los límites a la masa salarial establecidos en las Leyes de Presupuestos a fundaciones del sector público.</i>	342
III. PRÁCTICA ADMINISTRATIVA DE LOS REGISTROS DE FUNDACIONES	343
Las fundaciones de Cantabria en 2013: investigación, educación y cultura	345
<i>Marcos Gómez Puente</i>	
I. INTRODUCCIÓN: EL PANORAMA FUNDACIONAL EN LA REGIÓN	345
II. MEDIDAS PRESUPUESTARIAS, FINANCIERAS Y FISCALES	348
III. UNA NUEVA FUNDACIÓN DE MANO PRIVADA: LA UNIVERSIDAD EUROPEA DEL ATLÁNTICO.	350
IV. LA COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL SIN ÁNIMO DE LUCRO	353
V. UNA POLÉMICA INICIATIVA DE LA FUNDACIÓN MARCELINO BOTÍN	354

VI.	LA NUEVA FUNDACIÓN FESTIVAL INTERNACIONAL DE SANTANDER (FIS) . .	355
VII.	LA CREACIÓN DE LA FUNDACIÓN INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN MARQUÉS DE VALDECILLA	356
	Fundaciones en Castilla-La Mancha	359
	<i>José Antonio Moreno Molina</i>	
	<i>Alma Patricia Domínguez Alonso</i>	
I.	LAS MEDIDAS SOBRE FUNDACIONES EN LA LEY DE PRESUPUESTOS GENERALES DE LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA PARA 2013	359
II.	NUEVO PATRONATO DE LA FUNDACIÓN CAJA CASTILLA-LA MANCHA . . .	361
III.	PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES DE INTERÉS. CONSIDERACIÓN DE FUNDACIÓN COMO ADMINISTRACIÓN PÚBLICA A EFECTOS DE DESPIDOS DE TRABAJADORES	362
	Las fundaciones en Castilla y León	365
	<i>José Luis Martínez López-Muñiz</i>	
I.	INTRODUCCIÓN	365
II.	NOVEDADES SOBRE LAS FUNDACIONES EN GENERAL EN EL ÁMBITO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA	367
	1. <i>Algunas innovaciones normativas fiscales: tasas y beneficios fiscales . .</i>	<i>367</i>
	2. <i>Nuevas fundaciones</i>	<i>371</i>
	3. <i>Relaciones con la Administración autonómica al margen del Protectorado</i>	<i>374</i>
	A) Sumisión a supervisiones por razón de la actividad	374
	B) Financiación autonómica de la actividad fundacional	379
	a) Participación en ayudas públicas a determinadas actividades .	379
	b) En colaboraciones contratadas con la Administración autonómica	391
	C) Participación administrativa	394
III.	LAS FUNDACIONES DEL GOBIERNO AUTONÓMICO	396
	1. <i>Su renovada consideración, a ciertos efectos, como Administración pública</i>	<i>396</i>
	2. <i>Las leyes anuales de Presupuestos mantienen las mismas reglas</i>	<i>397</i>
	3. <i>Fusiones y extinciones</i>	<i>398</i>
	4. <i>Otras incidencias</i>	<i>400</i>
	5. <i>El Informe de Fiscalización de la actividad de las Fundaciones de Castilla y León, 2010</i>	<i>401</i>
	A) La cuestión de la delimitación de las Fundaciones en mano pública	404
	B) Insuficiencia informativa y de control	408

C) Estructura financiera dependiente	409
D) Endeudamiento.	410
E) Personal	410
F) Contratación.	412
G) Otros aspectos	414
IV. OTRAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO	414
V. INCIDENCIA FUNDACIONAL DEL PROCESO DE LAS CAJAS DE AHORROS	416
Las fundaciones en Catalunya. nuevas aportaciones sobre su nivel de sujeción al RDL 3/2011 de 14 noviembre y otras cuestiones de interés.	421
<i>Joaquín Tornos Mas</i>	
<i>Mar Martínez Martínez</i>	
I. LAS FUNDACIONES Y LOS CRITERIOS DE SUJECIÓN A LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA <i>GENERALITAT DE CATALUNYA</i>	421
II. OTRAS NOVEDADES CON INCIDENCIA EN LAS FUNDACIONES.	437
El panorama socio-jurídico del actual sector fundacional extremeño: Fundaciones y participación juvenil	443
<i>Vicente Álvarez García</i>	
<i>Enrique Hernández Díez</i>	
I. PLANTEAMIENTO GENERAL	443
II. LOS CONTEXTOS JURÍDICO, POLÍTICO-ADMINISTRATIVO Y SOCIAL DEL ACTUAL MAPA FUNDACIONAL EXTREMEÑO	444
1. <i>El contexto jurídico</i>	444
2. <i>El contexto político-administrativo: la extensión de la transparencia al sector público fundacional</i>	445
3. <i>El contexto social</i>	447
III. LAS FUNDACIONES EN EL SENO DEL TERCER SECTOR EXTREMEÑO.	449
1. <i>Fundaciones y asociacionismo extremeño</i>	450
2. <i>Fundaciones y voluntariado en Extremadura</i>	451
IV. LA PARTICIPACIÓN DEL SECTOR FUNDACIONAL EN LA SOCIEDAD CIVIL ORGANIZADA DE EXTREMADURA	453
1. <i>Introducción: la estructura de la sociedad civil organizada en Extremadura.</i>	453
2. <i>La convivencia de modelos participativos</i>	453
3. <i>Las principales plataformas hacia la participación exterior.</i>	455
4. <i>Los espacios públicos de sociedad civil</i>	457
A) El Consejo de la Juventud de Extremadura	457
B) El Consejo Económico y Social	458

C) El Consejo Extremeño del Voluntariado	459
D) El Consejo Asesor de Cooperación para el Desarrollo	459
E) Otros espacios públicos	460
V. LAS FUNDACIONES Y LA JUVENTUD EXTREMEÑA	460
VI. CONCLUSIONES	460
Las fundaciones del sector público en las Islas Baleares.	465
<i>Joana M. Socías Camacho</i>	
I. LOS ACUERDOS DEL CONSEJO DE MINISTROS DE MEDIDAS DESTINADAS A LA SUPRESIÓN Y FUSIÓN DE FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO.	465
II. EL PROYECTO DE REESTRUCTURACIÓN DEL SECTOR INSTRUMENTAL DE LAS ISLAS BALEARES. ANÁLISIS DE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA	472
Las fundaciones en la Comunidad Autónoma de La Rioja	481
<i>Antonio Fanlo Loras</i>	
Las fundaciones en la Comunidad de Madrid. 2013	487
<i>José Luis Piñar Mañas</i>	
<i>Alicia Real Pérez</i>	
I. INTRODUCCIÓN. NORMATIVA Y PROTECTORADOS	487
II. JURISPRUDENCIA SOBRE FUNDACIONES	488
1. <i>Denominación de las fundaciones y derecho de marcas.</i>	488
2. <i>Responsabilidad de los patronos en caso de extinción de la fundación.</i>	490
3. <i>Derecho de reversión de bienes tras la extinción de la fundación.</i>	492
4. <i>Sobre la necesidad de adoptar acuerdo de patronato para interponer recurso antes los Tribunales.</i>	499
Las fundaciones en la Región de Murcia	503
<i>Pilar Juana García Saura</i>	
I. MEDIDAS DE REESTRUCTURACIÓN Y RACIONALIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN EN 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	504
II. EL CONTROL PRESUPUESTARIO DE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO AUTONÓMICO	507
III. TERCER SECTOR. APROXIMACIÓN	511
IV. NORMATIVA AUTONÓMICA EN MATERIA DE VOLUNTARIADO.	513
1. <i>Competencias estatutarias de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en la esfera del voluntariado</i>	513

2.	<i>Estatuto del voluntariado en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia</i>	515
	A) Figura del voluntario y su regulación por el Derecho Autonómico murciano	515
	B) Figura de las entidades de voluntariado y su regulación por el Derecho Autonómico de Murcia	517
3.	<i>Relaciones de las Administraciones públicas murcianas con las estructuras de voluntariado de ámbito autonómico</i>	518
	A) Competencias en materia de voluntariado de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y su ejercicio	519
	B) Registro general de entidades de voluntariado	519
	C) Consejo asesor murciano del voluntariado. Participación	520
4.	<i>Medidas de fomento del voluntariado</i>	521
Las fundaciones en la Comunidad Foral de Navarra		523
<i>Martín M.ª Razquín Lizarraga</i>		
I.	NORMATIVA SOBRE FUNDACIONES	523
II.	JURISPRUDENCIA SOBRE FUNDACIONES	525
III.	CAJA NAVARRA, CAIXA BANK Y FUNDACIONES	526
IV.	INFORMES DE LA CÁMARA DE COMPTOS SOBRE FUNDACIONES Y TERCER SECTOR	528
	1. <i>Fundación privada que debe ser fundación pública</i>	528
	2. <i>Fundaciones y Tercer Sector</i>	529
El Derecho de fundaciones en la Comunidad Autónoma del País Vasco		531
<i>Edorta Cobreros Mendazona</i>		
I.	INTRODUCCIÓN	531
II.	RÉGIMEN SUBVENCIONAL Y PARTICIPACIÓN INSTITUCIONAL DEL TERCER SECTOR EN ACCIÓN SOCIAL	531
III.	JURISPRUDENCIA	532
IV.	INFORMES DEL TRIBUNAL VASCO DE CUENTAS PÚBLICAS	534
	1. <i>Previo: las fundaciones del sector público</i>	534
	2. <i>Informe de Fiscalización de fundaciones con posición dominante en el sector público vasco 2006</i>	536
	3. <i>Informe del Inventario de fundaciones del sector público vasco a 31 de diciembre de 2008</i>	537

CRÓNICA DE LA UNIÓN EUROPEA

Crónica de la Unión Europea	543
<i>Rosa Gallego García</i>	
I. ESTATUTO DE LA FUNDACIÓN EUROPEA	543
II. IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO	549

CRÓNICA DE IBEROAMÉRICA

Organizaciones de la Sociedad Civil. Tres Iniciativas para una Mayor Transparencia en Chile	553
<i>Roberto Peralta</i> <i>Jeannette von Wolfersdorff</i>	
I. EL DESARROLLO DEL ÁREA DE DERECHO DE LA TRANSPARENCIA	553
II. EL VALOR DE COHESIÓN SOCIAL Y TRANSPARENCIA PARA EL DESARROLLO ECONÓMICO Y HUMANO	556
III. LAS ORGANIZACIONES DE LA SOCIEDAD CIVIL Y LA TRANSPARENCIA	558
La FECU Social: Transparencia y rendición de cuentas en las OSFL ..	563
Experiencias del primer año de implementación en la Comunidad de Or- ganizaciones Solidarias en Chile	
<i>Luis Perera Aldama</i>	
I. LA GÉNESIS	563
II. UN MODELO INTEGRADO DE MEMORIA Y BALANCE PARA LAS OSFL: LA FECU SOCIAL	564
III. LOS FRUTOS	566
IV. LOS ANHELOS	567
ANEXO: EL MODELO APLICADO PARA LOS EJERCICIOS CERRADOS AL 31 DE DICIEM- BRE DE 2012	569
Trabajo de sociabilización para la implementación de un marco in- tegrado de rendición de cuentas en organizaciones no gubernamen- tales en Chile	587
Fortaleciendo el proceso de rendición de cuentas, probidad, transparencia y buenas prácticas	
<i>Contraloría General de la República</i>	
I. ANTECEDENTES	587
II. IMPLEMENTACIÓN DE LA TABLA IFAF	589
1. <i>Seminario de inicio</i>	589

2. <i>Integrantes de las mesas de trabajo</i>	590
3. <i>Acuerdos previos</i>	592
4. <i>Tareas</i>	594
5. <i>Metodología de trabajo</i>	595
6. <i>Auditorías pilotos</i>	596
7. <i>Próximos pasos</i>	596
III. CONCLUSIONES	597
ANEXO. MARCO INTEGRADO DE RENDICIÓN DE CUENTAS EN ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES EN CHILE.	598
Transparencia activa y rendición de cuentas de las organizaciones sin fines de lucro en Chile	601
<i>Fundación AVINA</i>	
I. COMPONENTE 1: PLATAFORMA DE DIFUSIÓN.	603
II. COMPONENTE 2: INSERCIÓN ESTÁNDARES EN OSFL	604
1. <i>Transparencia Activa</i>	604
2. <i>Rendición de Cuentas de Impacto</i>	606
III. COMPONENTE 3: CONSTRUCCIÓN DE ASOCIACIONES.	606
ANEXO 1: MIEMBROS DE GRUPO TRABAJO, CONSEJO CONSULTIVO Y MESA TECNICA.	608
ANEXO 2: ESTÁNDARES DE TRANSPARENCIA ACTIVA Y RENDICION DE CUENTAS.	609

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia sobre fundaciones	615
<i>María Natalia Mato Pacín</i>	